# HISTÓRIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO & HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL









### ORGS.

Lucas Emanuel Ricci Dantas Elisângela Padilha Rogério Piccino Braga Luna Stipp

### Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Lucas Emanuel Ricci Dantas, Elisângela Padilha, Rogério Piccino Braga & Luna Stipp (Orgs.)

Mauricio de Aquino (Editor)

Vladimir Brega Filho Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

### Comissão Científica do IX SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof. Dr. Ángel Cobacho Lópes (Universidade de Murcia - Espanha)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Prof. Dr. Gustavo Preusller (UFGD)

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)

Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)

Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)

Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)

Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

História e Teoria Crítica do Direito & Hermenêutica Constitucional / Lucas E Ricci Dantas, Elisângela P, Rogério P Braga & Luna Stipp, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-89-0

História e Teoria Crítica do Direito & Hermenêutica
 Constitucional / Lucas E Ricci Dantas, Elisângela P, Rogério P Braga
 Luna Stipp

CDU-330.8

### Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. História e Teoria Crítica do Direito & Hermenêutica Constitucional.

330.8

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.



## **SUMÁRIO**

A CONCEPÇÃO CONTRA-HEGEMÓNICA DE DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO DESESTABILIZADOR DA ANTROPOÊMIA NA PÓS-MODERNIDADE5 Karine CORDAZZO
A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: DA ROMA ANTIGA À CONSTITUIÇÃO DE 198818
Ana Laura Grilo GUASTALE
Ligia Maria Lario FRUCTUOZO
A PROBLEMÁTICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO41
Julia Ferrari PILLA
João Victor Mendes de OLIVEIRA
DEMOCRACIA TARDIA NO BRASIL E A TRISTE HISTÓRIA DE SEUS ATAQUES
DEMOCRÁTICOS
Luiz Otavio Baccon Rocha FALEIROS
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERSONALIDADE JURÍDICA77 Leonardo Bocchi COSTA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL98
Luiz Gustavo TIROLI Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO
INVENÇÃO DA NATUREZA, INVENÇÃO DO DIREITO: CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO EM HANS KELSEN, NECESSIDADE EM DAVID HUME
LIBERDADE SINDICAL E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA: ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO SOB A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL
"MENINA PRETINHA" E A SOCIALIZAÇÃO DA INFÂNCIA: O NÓ DE SAFFIOTI COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO FEMINISMO NEGRO

MARCO TEÓRICO – CONCEITO, ANÁLISE E PONDERAÇÕES NO ÂMBITO DA PESQUISA JURÍDICA168
CARNEIRO, Robyson Danilo
SANTIN, Valter Foleto
MOEDAS VIRTUAIS – ASPECTOS REGULATÓRIOS
Guilletille Flado Bollac de HARO
NOTAS CRÍTICAS SOBRE DIREITO, EXCLUSÃO E PROGRESSO204
José Mauro GARBOZA JUNIOR
O DIREITO À MORADIA NO BANCO DOS RÉUS: UTOPIA CONSTITUCIONAL OU
DISTOPIA?221 Claudia Karina Ladeia BATISTA
Ciaddia Raina Eadda Dili 1911
O PATRIARCADO PERMITE À MULHER OCUPAR ALTOS CARGOS? QUESTÕES DE GÊNERO NA ACADEMIA E NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Vitória Aguiar SILVA
Luiza Oliveira MARTINS
OS PARADIGMAS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA
POR UMA VISÃO QUEER OF COLOR DA CRIMINOLOGIA275 Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL
PRECEDENTE JUDICIAL E SUA OBRIGATORIEDADE DE ACORDO COM A LEI 13.105/2015287
Mateus Canela do NASCIMENTO
Valdir de Carvalho CAMPOS

### A CONCEPÇÃO CONTRA-HEGEMÔNICA DE DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTO DESESTABILIZADOR DA ANTROPOÊMIA NA PÓS-MODERNIDADE

Karine CORDAZZO<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho pretende destacar a necessidade de se adotar uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos. Tal postura, concebida inicialmente por Boaventura de Sousa Santos, remonta à possibilidade de coexistência tanto do direito à igualdade como do reconhecimento das diferenças, da utilização do direito para fins de emancipação e não de dominação. Trata-se de uma concepção em que os direitos humanos, entendidos como universais e indisponíveis, sejam dispersados para além de determinadas classes sociais. A partir de então, seria possível ocorrer o real enfrentamento da máquina antropoêmica da pós-modernidade, que gera uma ressonância de exclusão por toda a estrutura social.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Política Contra-Hegemônica; Exclusão Social.

#### **ABSTRACT**

This paper intends to highlight the need to adopt a counter-hegemonic conception of human rights. This position, conceived initially by Boaventura de Sousa Santos, goes back to the possibility of coexistence of both the right to equality and the recognition of differences. Of the use of the right for the purpose of emancipation and not of domination. It is a concept in which human rights, understood as universal and unavailable, are dispersed beyond certain social classes. From then on, it would be possible to face the real confrontation of the anthropoemic machine of postmodernity, which generates a resonance of exclusion throughout the social structure.

**KEYWORDS:** Human rights; Counter-Hegemonic Politics; Social exclusion.

### 1 INTRODUÇÃO

Na modernidade recente ou pós-modernidade, o avanço desordenado do processo de globalização e a busca incessante pelo capital fizeram com as demandas sociais fossem relegadas à um plano remoto, de difícil acesso e, mais que isso, fossem priorizadas demandas econômicas, pautadas essencialmente em pretensões de indivíduos que certamente não necessitam do amparo estatal.

Nos estados democráticos, como no Brasil, por exemplo, tem-se enfrentado um dilema muito complexo, o dilema da exclusão econômica *versus* inclusão social. A racionalidade social foi

Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2019) - Bolsista CAPES. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (2015). Diplomada em Saber Penal y Criminología pela Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología - ALPEC (2019). Professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Advogada. https://orcid.org/0000-0003-3465-0792

direcionada ao consumo desenfreado, à busca de uma vida melhor que pode ser satisfeita apenas com a compra de bens materiais, e isso têm tornado as relações sociais e a própria vida em sociedade em uma verdadeira disputa de egos. Em razão disso, aqueles que não podem participar desse círculo capitalista, acabam sendo arrastados para as margens da vida em sociedade. Lá devem permanecer, conformados, apenas observando a ascensão e a riqueza de poucos.

No entanto, através de um pensamento crítico e de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos, veremos que é possível lutar contra esses arbítrios perpetuados pelos detentores do poder econômico. Empreender um olhar para além de si mesmo, significa abraçar a causa dos socialmente oprimidos, analisar a trama nefasta que é construída por debaixo dos panos, dos movimentos sorrateiros, da atuação silenciosa das forças do capital que direciona a vida das pessoas e até mesmo a atuação estatal.

### 2 O DILEMA EXCLUSÃO ECONÔMICA VERSUS INCLUSÃO SOCIAL

Historicamente, as culturas dominantes acostumadas a fecharem-se sobre si mesmas, expuseram os demais seres humanos como selvagens, como bárbaros, consequentemente, edificaram e consolidaram um verdadeiro processo de neutralização sob as demais, sobretudo, àquelas pertencentes a grupos minoritários. Como bem esclarece Brito (2013, p. 35), "a visão mais radical de barbárie é a desconstituição de sua condição humana, a coisificação de sua natureza, reduzi-lo a objeto, não pessoa, não humano".

Desta forma, os direitos humanos, que deveriam ser estendidos sob todas as pessoas, indistintamente, acabaram por ser estilhaçados, deixando classes e grupos inteiros à mercê de todo e qualquer tipo de violação. Em verdade, foi revelado a falacioso argumento a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, como caráter intrínseco a todos.

Ao que parece, até mesmo as promessas acumuladas após as diversas revoluções, especialmente o legado deixado pela igualdade, liberdade e a fraternidade, perderam-se no tempo, tornando-se inatingíveis na prática.

Com um olhar cirúrgico, Bauman (2013, p. 22) assevera:

Se os direitos democráticos, e as liberdades que os acompanham, são garantidos na teoria, porém inatingíveis na prática, a dor da desesperança sem dúvida será coroada pela humilhação da infelicidade; a capacidade de lidar com os desafios da vida, testada todos os dias, é, afinal, a própria oficina em que a autoconfiança dos indivíduos (e também sua autoestima) é forjada ou dissolvida. O estado social foi a última corporificação da ideia de comunidade, ou seja, a reencarnação institucional daquela ideia em sua forma moderna de "totalidade imaginada" — composta de dependência, comprometimento, lealdade, solidariedade e confiança mútuos.

Inclusive, nos denominados Estados democráticos, tem se observado cada vez mais níveis inimagináveis de exclusão social, baixo desenvolvimento humano e índices gritantes de

criminalidade. Tudo isso, como resultado de um sistema orientado predominantemente pelo capital.

Nesse sentido, Santos (2011, p. 17) adverte:

As populações mais pobres, por sua vez, veem amplificadas as consequências das desigualdades nos índices de desenvolvimento. Os países com menor desenvolvimento humano tendem a ter maior desigualdade e, por conseguinte, maiores perdas no desenvolvimento humano. A frequência da mortalidade infantil é maior nas famílias pobres em todas as regiões do mundo. Variáveis como a etnia, a localização, o gênero, entre outras, são, por seu turno, decisivas para o maior ou o menor acesso a oportunidades de desenvolvimento.

Amartya Sen, em sua brilhante obra *Desenvolvimento como liberdade*, destaca que para haver desenvolvimento humano, é necessário que sejam removidos vários tipos de privações de liberdade, a exemplo da pobreza, da excessiva interferência estatal, da massacrante atuação das classes dominantes que direcionam todo o aparato institucional. Segundo o autor, "o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até à maioria" (SEN, 2010, p. 16-17).

Neste contexto, a "sociedade de mercado engendra uma cultura de individualismo que mina as relações e os valores necessários a uma ordem social estável, fazendo aumentar, consequentemente a criminalidade e desordem" (YOUNG, 2002, p. 82). Ocorre, no entanto, que o sistema capitalista, que dita a ordem política e econômica, precisa que essa situação calamitosa seja mantida, afinal, a existência da pobreza, da exclusão social e da criminalidade são consequências inevitáveis de um sistema de mercado livre bem-sucedido.

Destaca-se, nesse ponto, que a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar social constituem uns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante dicção do artigo 3° da Constituição Federal. Infere-se deste dispositivo "quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social" (PIOVESAN, 2007, p. 27).

No entanto, o avanço desordenado do processo de globalização e a busca incessante pelo capital fizeram com que o Estado priorizasse demandas econômicas e deixasse questões sociais básicas a um plano completamente intangível. Nesse sentido, complementa Sen (2010, p. 375) quanto às mazelas deste nefasto processo:

Embora a prosperidade econômica ajude as pessoas a ter opções mais amplas e a levar uma vida mais gratificante, o mesmo se pode dizer sobre educação, melhores cuidados com a saúde, melhores serviços médicos e outros fatores que influenciam causalmente as liberdades efetivas que as pessoas realmente desfrutam. Esses "desenvolvimentos sociais" têm de ser considerados diretamente "desenvolvimentistas", pois nos ajudam a ter uma vida mais longa, mais livre e mais proveitosa, juntamente com o papel que desempenham no aumento da produtividade, do crescimento econômico ou das rendas individuais. O uso do conceito de "capital humano"- que se encontra apenas em parte do quadro (uma parte importante, relacionada à ampliação do cômputo dos "recursos produtivos") – é com

certeza uma iniciativa enriquecedora. Mas necessita realmente de suplementação. Pois os seres humanos não são meramente meios de produção, mas também a finalidade de todo o processo.

Desta maneira, tais objetivos erigidos no diploma constitucional foram despidos de qualquer tipo de eficácia, uma vez que a lógica do mercado, têm suprimido cada vez mais a lógica do bem-estar social.

Destaca o economista Celso Furtado, ao tratar da formação do Brasil, que o país "acumulou historicamente um considerável atraso [...] na promoção do bem-estar da massa da população. A miséria de grande parte do povo brasileiro é a contrapartida do hiperconsumo praticado por uma pequena minoria em termos relativos" (FURTADO, 1999, p. 13). Inegavelmente, "[...] a ideologia do bem-estar coletivo foi perdendo força, suplantada pela racionalidade mercantil" (FURTADO, 1999, p. 13).

A exclusão social, portanto, decorre de um verdadeiro processo bulímico, que inclui e, posteriormente exclui os membros da sociedade. "A ordem social do mundo industrial avançado é uma ordem que engole seus membros. Ela consome e assimila culturalmente massas de pessoas através da educação, da mídia e da participação no mercado" (YOUNG, 2002, p. 125). Com efeito, as pessoas são instadas a participar do sistema capitalista, de consumir de maneira desenfreada. São instigadas pela busca do tênis de marca, dos carros de luxo, das roupas de grife, mas, diante da impossibilidade de inserirem-se neste círculo vicioso, são excluídas e, por conseguinte, estereotipadas.

Importante frisar que, quanto ao ato de estereotipar, Bhabha (1998, p. 125) destaca:

O ato de estereotipar não é o estabelecimento de uma falsa imagem que se torna o bode expiatório de práticas discriminatórias. É um texto muito mais ambivalente de projeção e introjeção, estratégias metafóricas e metonímicas, deslocamento, sobredeterminação, culpa, agressividade, o mascaramento e cisão de saberes "oficiais" e fantasmáticos para construir as posicionalidades e oposicionalidades do discurso racista.

Bauman, grande visionário, já advertia quanto à existência de uma sociedade de consumo estratificada, onde todos seriam convidados a desemprenhar o papel de consumidor, mas a grande maioria sequer poderia chegar perto dos objetos desejados. Com efeito, todos podem "desejar ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo pode ser um consumidor. [...] Como todas as sociedades, a sociedade pós-moderna de consumo é uma sociedade estratificada" (BAUMAN, 1999, p. 94).

Diante deste cenário, é necessário que sejam movidas forças para lutar contra esse processo neutralizante, que inclui, mas que ao mesmo tempo exclui os membros da sociedade. É preciso empreender um olhar, sobretudo, crítico, que abrace a causa dos socialmente oprimidos, dos grupos mais vulneráveis, grupos estes que vivem uma luta diária contra um sistema opressor, orientado

predominantemente para o progresso econômico e, pouco ou quase nada, para o progresso social.

Flores (2009, p. 14) propõe que:

A verdade de uma teoria crítica exige analisar os paradoxos e contradições aos quais nos pode levar uma teoria tradicional dos direitos. Para isso, deve ser vir como instrumento de luta contra as visões absolutistas e excludentes que postulam o fechamento categorial do direito a qual quer contexto social, econômico, político ou cultural. Por tal razão, mais que um enfrentamento com a dogmática jurídica, a teoria crítica propõe um afastamento dos dogmáticos que fecham seus olhos e suas análises a tudo o que ocorre a seu redor.

Como bem destaca Horkheimer, na sua obra, *Teoria Crítica*, "é direito e obrigação de cada ser pensante medir pelo seu próprio conceito o chamado mundo livre, encará-lo criticamente" (HORKHEIMER, 2015, p. 4), é preciso lutar contra todo tipo de opressão, de injustiças. É preciso ser parcial, descer do muro da indecisão, lutar contra os absolutismos, contra os antagonismos existentes na sociedade.

Através de uma teoria crítica é possível problematizar, desmistificar, desvelar o modo que o sistema capitalista atua silenciosamente na vida dos indivíduos, orientando-os única e exclusivamente pela busca do lucro material, fazendo-os esquecer até mesmo de sua própria humanidade.

Em verdade, o sistema de mercado atua docilmente e de maneira sorrateira na vida dos indivíduos, domestica os corpos, atenua anseios, aliena suas mentes. Torna-os escravos, peças de uma engrenagem que pode ser facilmente substituída. E mais do que isso, esse processo é enormemente facilitado pela aceitação acrítica destes indivíduos, pela conformação das coisas como lhes são dadas, e é isso que uma teoria crítica, sobretudo, aquela pautada no materialismo histórico-dialético, pretende confrontar.

Sobre o materialismo-dialético, Horkheimer (2015, p. 17) aduz:

[...] Marx e Engels assumiram a dialética num sentido materialista. Mantiveram a convicção hegeliana da existência de estruturas e tendências supra-individuais e dinâmicas na evolução histórica, descartando, entretanto, a fé num poder espiritual independente, que atuaria na história. Segundo eles, a história não tem fundamento, e nada é expresso nela que possa ser interpretado como sentido contínuo, como poder homogêneo, como razão motivante, como telos imanente. A confiança na existência de tal núcleo é, segundo eles, apenas um acessório de falsa filosofia idealista. O pensamento e, por conseguinte, também os conceitos e as ideias são atributos funcionais do homem e não uma força independente. Na história não há uma ideia contínua, voltada para si mesma, pois não existe um espírito independente do homem. Os homens com sua consciência são transitórios, apesar de todo o seu saber, sua memória, sua tradição e espontaneidade, sua cultura e seu espírito; nada existe que não nasça e morra.

No momento atual, uma teoria da sociedade dialeticamente comprometida, significa uma "teoria materialista (isto é, econômico-política) da realidade, que encontra suas premissas, em particular, ainda que não exclusivamente na obra de Marx e no materialismo histórico que dela parte" (BARATTA, 2014, p. 158). Os adeptos à visão materialista, com acerto, lutam por ideais que tenham como base "a solidariedade para com a humanidade sofredora, provam que a preocupação

com o próprio bem-estar físico não está ligada mais estreitamente a esta corrente de pensamento do que a qualquer outra" (HORKHEIMER, 2015, p. 57).

Nesta perspectiva, põe-se em evidência as condições subumanas em que os indivíduos têm sido submetidos, reflexo imediato da denominada globalização capitalista, do sistema de livre mercado, que cria e implementa políticas públicas inspiradas em ideais puramente mercadológicos, visando, sobretudo, a retirada de liberdades e a abolição do próprio Estado Social.

Brilhantemente, Rousseau (2008, p. 22) ensina que:

[...] renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive a seus deveres. Não há nenhuma compensação possível para quem quer que renuncie a tudo. Semelhante renúncia é incompatível com a natureza do homem e tirar toda liberdade à sua vontade é arrebatar-lhe toda moralidade a suas ações.

São estratégias que desintegram vínculos, que aniquilam os direitos mais básicos, mais elementares, tudo isso ante à lógica do capital. Assim, o abismo existente entre as classes, a manutenção dos antagonismos, o distanciamento entre burguesia e proletariado se torna cada vez mais profundo, até que um dia, quem sabe, seja completamente neutralizado.

A racionalidade social, então, é conduzida para a única coisa que importa em um mundo globalizado, o consumo. O mercado torna visível as desigualdades entre raças, classes, gêneros, criando, assim, um projeto universal de consumismo, ainda que uma grande parcela da população seja completamente excluída de todo esse processo. Propicia, pois, um individualismo exacerbado, do vencedor-leva-tudo.

Notadamente, a exclusão que decorre da impossibilidade de adentrar no mercado de consumo, "dá lugar a exclusões e divisões na sociedade civil, as quais dão lugar a mudanças quantitativas e qualitativas na exclusão imposta pelo Estado" (YOUNG, 2002, p. 94-95). Desta forma, a denominada máquina antropoêmica da pós-modernidade "gera uma ressonância de exclusão em toda a sua estrutura, cujo motor principal é o diapasão em desenvolvimento rápido das relações de mercado" (YOUNG, 2002, p. 94-95).

Com efeito, por trás de tudo isso, existe ainda um caráter muito complexo e, sobretudo, obscuro. O próprio Estado tornou-se conivente com tais práticas mercadológicas, haja vista as relações de poder se institucionalizarem e chegarem até ao poder político e, este, de maneira sorrateira, executa tais pretensões em favor das forças do capital.

Note-se, pois, que um Estado que é orientado por interesses de classes, por consectário lógico, não atuaria favoravelmente aos socialmente oprimidos, pelo contrário, essas forças que direcionam a própria atuação estatal perpetuam cada vez mais o massacre em detrimento dos grupos mais vulneráveis.

Em razão disso, é inescapável que ocorra o enfrentamento do dilema exclusão econômica

versus inclusão social. Para Acelino R. Carvalho, em sua obra *Constituição e jurisdição:* legitimidade e tutela dos direitos sociais, a democracia seria a única via capaz de dirimir esse dilema, afinal, "é a condição que possibilita aos destinatários das políticas estatais destinadas à proteção dos direitos sociais a contrapor-se à atuação permanente das forças econômicas excludentes do mercado" (CARVALHO, 2015, p. 251-252). Complementa ainda, ao afirmar que isso só será possível "com a salvaguarda da jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que essas lutas democráticas se prestam, acima de tudo, a assegurar direitos". (CARVALHO, 2015, p. 251-252)

Nesse diapasão, assegurar direitos, atualmente, tornou-se uma tarefa extremamente árdua no interior de Estados fascizantes. Há, contudo, uma saída. Designada por Boaventura de Sousa Santos como *campo contra-hegemônico* dos direitos humanos. Trata-se, pois, da tomada de consciência por parte dos cidadãos acerca da possibilidade de enxergar a mudança através dos instrumentos jurídicos, da mobilização de forças para uma nova inclusão no pacto social.

Complementa Rousseau (2008, p. 30) quanto à união de forças e ao pacto social:

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir aquelas que existem, não lhes resta outro meio, para se conservar, senão formando por agregação uma soma de forças que possa leva-los à resistência, coloca-los em movimento por um único móvel e fazê-los agir de comum acordo.

Afinal, o que os cidadãos estão acostumados, é a conviver dentro do caos, da exclusão social, inseridos em contratos de trabalhos precários, em um mundo tomado pela violência. Como assevera Santos, trata-se da perpetração de um verdadeiro fascismo social. Fascismo "criado por um sistema social muito injusto [...] que deixa os cidadãos mais vulneráveis, [...] à mercê de violências, extremismos e arbitrariedades por parte de agentes econômicos e sociais muito poderosos" (SANTOS, 2011, p. 35).

No entanto, a partir de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos é possível que os cidadãos tomem consciência, progressivamente, de que possuem direitos e de que eles precisam ser respeitados. Isso pode ser evidenciado através do aumento, sobretudo nos últimos anos, de muitos movimentos sociais e também da utilização da via judicial para efetivação de direitos. "É, a partir daí, que os movimentos começam a utilizar o direito e os tribunais como uma arma" (SANTOS, 2011, p. 37).

Como destaca Elida Seguin, um aspecto importante acerca da tomada de consciência sobre os direitos é que, com frequência, os grupos mais vulneráveis "não tem sequer a noção que estão sendo vítimas de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles sequer sabem que têm direitos" (SEGUIN, 2002, p. 12).

Neste prisma, Boaventura de Sousa Santos também adverte que o conceito de direitos

humanos deve ser readaptado sob o enfoque do multiculturalismo, uma vez que este seria condição lógica e necessária para o equilíbrio entre a comunidade global e local, "que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo" (SANTOS, 1997, p. 112).

Esse dualismo entre global e local, evidencia na modernidade recente, o quão líquidas tornaram-se as relações em um mundo completamente globalizado, tomado pelo processo de produção capitalista. O mundo moderno é um mundo que não para, o progresso é algo inescapável. Torna as coisas e os próprios indivíduos sujeitos a um prazo de validade muito curto, o que acaba por afetar com tamanha intensidade os comportamentos e as práticas sociais. São tendências globais tão expansionistas, tão universalizantes, que a vida social moderna se tornou instável, insegura, opaca.

Estas tendências globalizantes visam, sobretudo, que os indivíduos readaptem o seu tempo e o seu espaço para melhor de encaixarem nos preceitos do projeto capitalista. Como reflexo, "a indiferença civil representa um contrato implícito de reconhecimento e proteção mútuos entre participantes dos espaços públicos da vida social moderna" (GIDDENS, 2002, p. 48).

A ruptura na estrutura social evidencia a indiferença nas relações, a falta de contato, a precariedade dos vínculos, inclusive, os padrões anteriormente sustentados, hoje, já não fazem qualquer sentido, esta é a direção na qual o progresso levará a humanidade.

Os indivíduos produzem uma sensação de conforto em torno de si mesmos, a indiferença virou a palavra-chave que dita as relações atuais. As pessoas tornaram-se tão indiferentes umas com as outras que é possível observar numa dada sociedade, o quanto as diversas culturas podem conviver juntas, mas ao mesmo tempo segregadas.

As pessoas e a própria comunidade vinculam-se apenas pelo comércio, cada um trilhando o seu próprio caminho, esquivando-se uns dos outros, tratando de preservar o seu próprio eu. Trata-se de um mundo completamente fragmentado.

No entanto, a unificação desse mundo completamente fragmentado pode ser alcançada. "A liberdade deve ser alcançada pela emancipação progressiva do indivíduo, em conjunto com o estado liberal, e não por processos projetados de levante revolucionário" (GIDDENS, 2002, p. 194). Através de uma política emancipatória é possível que os valores de justiça se tornem imperativos. A emancipação possibilita uma verdadeira libertação, libertação dos processos exploratórios, das condições desiguais, da opressão. Possibilita a libertação de um mundo orientado pelo massacre social e para progresso material.

Pontifica Giddens (2002, p. 209):

O capitalismo, uma das principais forças por trás da expansão da modernidade, é um

sistema de classes que tende a gerar grandes desigualdades materiais — tanto na escala global quanto dentro das sociedades economicamente desenvolvidas. As lutas de emancipação que ajudaram a moderar os efeitos polarizadores dos mercados capitalistas "sem amarras" são portanto diretamente relevantes para a perseguição dos objetivos da política-vida.

Como destaca Flores, o direito poderá ser utilizado como instrumento de emancipação dos indivíduos se enquadrado "em um sistema de garantias que inclua a capacidade humana de transformação dos modos dominantes de acesso aos bens" (FLORES, 2009, p. 218), estendendo-se também, "ao controle daqueles poderes que tradicionalmente foram excluídos dos controles jurídicos, políticos, econômicos, sociais e culturais: quer dizer, democráticos" (FLORES, 2009, p. 218). Trata-se de um novo direito, "[...] ele próprio, alternativo que, por sua origem e função, já não seria mais portador de uma lógica de dominação mas, ao contrário, de uma lógica de emancipação" (CÁRCOVA, 1998, p. 91).

# 3 AS VULNERABILIDADES HUMANAS E A MANIPULAÇÃO ESTRATÉGICA DOS DETENTORES DO PODER

Com o atual estágio da globalização e desenvolvimento do sistema capitalista, nenhum Estado é capaz de efetivar o programa de direitos sociais, sequer pode suprimir as carências mais básicas da grande parte da população, trata-se de uma agenda social completamente inconcebível.

Em razão disso, parece cada vez distante a ideia de que a classe proletária encontrará na revolução o meio que lhe trará de volta o que de mais elementar lhe foi retirado. A relutância já não aparenta ser uma opção, afinal, o pouco do que lhes é dado, é melhor do que não possuir nada. E mais que isso, a supressão de direitos em troca de uma melhoria ínfima em suas vidas, por mais depauperadas que sejam, tornou-se algo aceitável na modernidade recente. Um verdadeiro ato de desespero.

Grupos dominantes produzem e reproduzem a hegemonia com relação a toda a sociedade. A hegemonia se apresenta como um meio eficaz pelo qual estes grupos detentores do poder econômico tornam seus interesses universais, "obtendo assim o consenso e assegurando o estabelecimento ou a produção de sua situação historicamente dominante" (CÁRCOVA, 1998, p. 158), o que mais tarde, seria denominado por Michel Foucault como disciplinamento ou *normalização* (CÁRCOVA, 1998, p. 158).

O poder é estratégico. Onde há poder, há dominador e há dominado, sem isso, não haveria poder. "A única coisa que o primeiro não pode fazer com o segundo é eliminá-lo, porque assim eliminaria seu próprio poder que se assenta em sua preponderância, na relação estabelecida" (CÁRCOVA, 1998, p. 167-168). Em razão disso, o direito, como verdadeiro discurso de poder,

possibilita a imposição das estratégias de determinados grupos ou classes dominantes sobre os demais, consagra interesses, legitima atrocidades, mascara sob o manto da legalidade a supressão de direitos, tudo em favor do capital.

Como destaca Bauman (2013, p. 70), "a incerteza e a vulnerabilidade humanas são alicerces de todo poder político", atrelado aos medos e às ansiedades que esses efeitos tendem a gerar, foi "que o Estado moderno prometeu proteger seus súditos; e foi principalmente dessa promessa que ele tirou sua razão de ser, assim como obediência e o apoio eleitoral de seus cidadãos" (BAUMAN, 2013. p. 70). No entanto, sob esse falso discurso de proteção, o Estado, detentor da obediência cega e irrestrita de seus súditos, pôde completar, sutilmente, as pretensões das forças capitalistas.

Como asseguram Adorno e Horkheimer (1985, p. 14), hoje, o progresso, assim como o declínio da humanidade é inescapável ao progresso econômico, que produz condições mais justas, mas, que ao mesmo tempo, reproduz uma ordem pautada na supremacia e no controle de determinados grupos sob os demais, consagrando uma verdadeira anulação dos indivíduos perante a estrutura econômica. Assevera ainda Horkheimer (2015, p. 19) que "a dominação sobrevive como fim em si mesmo, sob a forma do poder econômico".

Note-se, pois, que o Estado não só instrumentaliza os interesses das classes dominantes, mas, sobretudo, assegura e legitima seus anseios, mesmo que isto signifique o massacre de direitos. Trata-se da consagração de um estado de exceção, onde cada vez menos é possível enxergar o Estado, como um Estado de Direito.

Marx e Engels, ainda quando da publicação do célebre *Manifesto do partido comunista*, com acerto destacavam que, no momento em que o trabalhador deixar de representar um mero instrumento — que pode ser facilmente substituído — na busca pela multiplicação do capital, o modelo burguês capitalista pode ser superado. Para os autores, o trabalhador precisa viver "para multiplicar o capital, e apenas na medida em que essa vida seja do interesse da classe dominante" (MARX; ENGELS, 2012, p. 61). É surpreendente como este documento, que foi publicado em 1848, pode se fazer tão atual nos dias de hoje, afinal, a submissão de grande parte dos trabalhadores a condições degradantes e até mesmo subumanas, impostas por uma classe que pouco se importa com os direitos básicos dos oprimidos, ainda é latente. Senão tão gritante como outrora, mas imposta de uma maneira mais silenciosa e perene.

Nesse ponto, é importante fazer um adendo a respeito da funcionalidade da linguagem e do silêncio para manipulação da realidade, efetivada pela classe dominante.

Como destaca Boaventura de Souza Santos, em sua obra *O direito dos oprimidos*, "o silêncio não está igualmente distribuído entre culturas [...] e classes na mesma sociedade. O silêncio

é um recurso raro e escasso e as classes dominantes em todas as sociedades tendem a distribuí-lo de acordo com as suas conveniências [...]" (SANTOS, 2014, p. 136). Por exemplo, quando é importante que a linguagem seja utilizada, as classes detentoras do poder se apropriam dela e utilizam o silêncio como forma de dominação do povo, deixando-os completamente no escuro, guiando-os de acordo com suas pretensões.

De maneira inversa, quando é o silêncio que se torna importante, as classes dominantes se apropriam dele e, inundam o povo com uma enxurrada de linguagem, deixando-os submersos em meio a tantas informações, desviando, assim, suas atenções das verdadeiras tramas que estão sendo construídas sorrateiramente, das importantes decisões que estão sendo tomadas. E, fatidicamente, quando estas são trazidas à tona, já não existe mais um remédio capaz de reverter o que foi manipulado.

Certamente, as decisões que dizem respeito à vida dos cidadãos, a exemplo do reconhecimento e da supressão de direitos, em grande escala, são tomadas pelas costas da grande massa, através da manipulação da realidade pela linguagem ou pelo silêncio, a depender do que melhor convier.

Complementa ainda Boaventura de Sousa Santos, ao afirmar que nos Estados Capitalistas, o silêncio, a utilização da violência simbólica, têm se tornado uma das características marcantes do aparelho coercitivo estatal da modernidade recente, haja vista que, distante de qualquer alarde, consagra de maneira sorrateira e tão eficaz quanto, os anseios dos detentores do poder econômico.

Neste prisma, talvez não seja um erro afirmar que a ótica dos direitos humanos esteja sendo completamente invertida nos tempos atuais. Com acerto, a indagação a ser feita hoje, é, se de fato seriamos todos iguais. Ao que parece, diante de tudo que foi exposto, ainda assim a resposta seria negativa, afinal, é na diferença que reside a peculiaridade de toda a vida humana, a beleza e o seu encantamento. Mas, indiscutivelmente, é na igualdade, "que repousa o princípio da não discriminação" (SEGUIN, 2002, p. 29).

Muito embora tenhamos um direito opressor, um Estado que é conivente com os interesses dos detentores do capital, somente através de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos e, sobretudo, através da tolerância para com a diferença, será possível retornarmos a um status de direitos humanos, universais e indisponíveis. Notadamente, através de uma postura crítica e ativa dos homens é que chegaremos a estes objetivos.

### 4 CONCLUSÃO

Uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos, pautada essencialmente por um olhar crítico, permite que direito à igualdade e o reconhecimento das diferenças coexistam e sejam

suplementares um ao outro.

Possibilita que os direitos humanos, entendidos universais e indisponíveis, sejam dispersados para além de determinadas classes sociais, que sejam alçados para os que vivem nas margens da sociedade, para os mais vulneráveis, aqueles que, na visão de um mundo globalizado e capitalista, apresentam pouca relevância para o progresso econômico. No entanto, por mais ínfima que seja a relevância de determinados indivíduos neste projeto capitalista massacrante, ainda sim estes indivíduos são detentores de direitos, direitos elementares, direitos básicos, assim como qualquer outro ser humano.

Essa postura contra-hegemônica dos direitos humanos possibilita o enfrentamento do dilema da exclusão econômica *versus* inclusão social. O próprio poder judiciário poderá avocar sua quota de responsabilidade pela efetivação das políticas sociais, utilizando de seus instrumentos jurídicos para consagrar a emancipação dos indivíduos. Trata-se da utilização do direito para fins de emancipação e não de dominação, para a efetivação de direitos mínimos e não para a neutralização de direitos, para a proteção de uma vida justa e igualitária para todos e não para a manutenção do antagonismo social, como quer o sistema capitalista atual.

A luta contra-hegemônica permite a quebra de barreiras, a superação da visão totalizante do mundo, exerce uma tarefa crucial na transformação social. No entanto, trata-se de uma luta que requer resistência e ação social ampla, que necessita da mobilização de forças de dentro e de fora dos limites do direito. Necessita da articulação com diversos setores, grupos e órgãos, da formação de alianças para que, enfim, seja possível criar uma nova realidade, dotada de sentido social, diferente, porém, daquelas pretensões descritas nas primeiras cartas políticas revolucionárias, que como bem sabemos, ficaram apenas no papel.

Enquanto houver resistência e esclarecimento contra os absolutismos, enquanto houver pensamento crítico, direito nenhum poderá ser suplantado ante à lógica do capital. Quando mais forças se somarem a estes ideais, mais perto estaremos da realidade que queremos alcançar.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução Guido Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de

Janeiro: Zahar, 1999.

BHABHA, Homi K. O local da cultura. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

BRITO, Antonio José Guimarães. **Direito e barbárie no (I) mundo moderno: a questão do Outro na civilização**. Dourados: Ed. UFGD, 2013.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. Traduzido por Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Trad. Plinio Dentzan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. Tradução Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Trad. Sérgio Tellaroli. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics – Companhia das Letras, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios do direito político**. Tradução Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito, parte 1**. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova [online]. 1997, n. 39, pp.105-124. ISSN 0102-6445. Disponível em: <a href="http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007">http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007</a>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

SEGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: DA ROMA ANTIGA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ana Laura Grilo GUASTALE<sup>1</sup> Ligia Maria Lario FRUCTUOZO<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este trabalho busca, de maneira profunda e elucidativa, delinear um conteúdo que investiga em bases sólidas, a origem e a evolução do acesso à justiça no Brasil, arrolado neste escopo de forma acentuada e com o objetivo de perscrutar desde os primórdios de uma Roma Antiga até a vigente Constituição Cidadã, como é chamada a Constituição de 1988. Pretende, inicialmente, pesquisar na história do Direito Romano, o pilar que motivou o Direito Brasileiro, vislumbrado no acesso, no alicerçamento da advocacia e na evolução e berço dos honorários, para achegar-se às assistências judiciária e jurídica gratuitas. Uma vez tendo por concretizado este estudo, volta-se os olhos para o desenvolvimento histórico do acesso à justiça no cenário brasileiro, traçando uma linha do tempo que tangencia o Brasil Colônia, no Império e na República – até os dias atuais com a vigente Constituição de 1988 calcada na máxima de um Estado Democrático de Direito. Desta feita, projeta-se a responder questionamentos acerca do que as primeiras leis diziam, do momento em que a jurisdição se tornou inafastável no Brasil – para todos indistintamente – e como o acesso à justiça atingiu o status de Direito Fundamental que demanda garantia e efetivação para ratificação da igualdade material.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Direito Romano. Constituição. Estado Democrático de Direito.

#### **ABSTRACT**

The present work seeks, in a profound and elucidative way, to delineate a content that investigates in solid bases, the origin and the evolution of the access to justice in Brazil, coined in this scope of accentuated form and with the objective to peer from the beginnings of a Ancient Rome until the current "Citizen Constitution" (as the Constitution of 1988 is called). It intends initially to investigate in the history of Roman Law, the pillar that motivated the Brazilian Law, glimpsed in the access, in the foundation of the law and in the evolution and cradle of the fees, to approach the free judicial and legal assistance. Once this study has been completed, we turn our eyes to the historical development of access to justice in the Brazilian scenario, drawing a time line that touches Brazil Colony, in the Empire and in the Republic - until today with the current Constitution of 1988 based on the maxim of a Democratic State of Law. This time, it is projected to answer questions about what the first laws said, from the moment the jurisdiction became unaffordable in Brazil - for all indistinctly - and how access to justice reached the status of Fundamental Law that demands assurance and enforcement for ratification of material equality.

**KEYWORDS:** Access to justice. Roman law. Constitution. Democratic state.

### 1 INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: aguastale@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestranda pela Unicesumar de Maringá/PR. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Graduada na mesma Instituição. Professora no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Supervisora de Prática. Advogada. E-mail: ligiamaria13@hotmail.com.

Para entender o presente trabalho é necessário esmiuçar e compreender o passado, bem como os dispositivos e legislações — em sede de direito comparado — que serviram de base para a instituição de direitos e sua efetivação prática como garantias.

Quando se fala em acesso à justiça, é primordial que os olhos sejam voltados ao direito cujos preceitos, o recém-nascido – perto desse – Direito brasileiro debruçou-se: o Direito Romano. É por ele e perante a herança político-jurídica-administrativa lusitana, que ecoa na legislação, que se pode alcançar uma explicação sólida para as situações vivenciadas nos dias atuais – objetivando seguir os passos daquilo com que o direito pátrio se assemelha – no que diz respeito ao posicionamento dos direitos e garantias concedidas aos cidadãos que amplificam a democracia. O Direito Romano e as diversas facetas que assumiu ao longo de séculos, demonstram alicerce para as disposições legais contempladas no Brasil.

Inicialmente, a história da Roma Antiga – lapso compreendido entre 753 a.C até 476 d.C – dividida em 6 períodos bem delineados, se desenvolveu nessas épocas até a chegada do consagrado *Corpus Iuris Civilis*, por Justiniano, responsável pelo período de maior progresso e criação dos institutos que alicerçam a legislação – cá e lá, como da consolidação do advogado sendo alguém apto a prestar defesa técnica munido de capacidade para falar e postular em juízo em nome de outrem; da evolução dos honorários para a remuneração dos procuradores e cobrados em detrimento à derrota processual; das custas judiciais como forma de efetivação da jurisdição e da assistência judiciária gratuita aos menos abastados.

Após muitos anos deste período de consagração do Direito Romano, a colonização do Brasil pelos portugueses — datada de 1500 — foi cenário para a ingerência do direito português, que também muito influenciado pelo Direito Romano, aplicou em sua colônia as mesmas leis que em Portugal vigiam, respectivamente: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, quais pouco — ou quase nada — apresentaram sobre o acesso à justiça e o mínimo que dispunham não apresentava meios concretos para se efetivarem no Brasil, àquela época, como exemplo, a escolha de um advogado para os hipossuficientes realizada pelo magistrado e a implementação da igualdade de armas e de defesa entre as partes menos e mais favorecidas financeiramente, ou seja, direitos que eram previstos e efetivados na metrópole portuguesa mas não eram instrumentalizados na colônia portuguesa.

Mais posteriormente, perquire-se a garantia de acesso à justiça após a Proclamação da Independência do Brasil, no ano de 1822, precedida da primeira constituição brasileira, a de 1824, na qual se pode vislumbrar pequenos sinais de cunho social que com o fim do Império, abriu espaço para uma repaginação no texto constitucional da nova fase que o Brasil experimentara, a República, aludida com a constituição de 1891, responsável por quebrar com os paradigmas de um direito

primitivo e inovar acerca de vários institutos.

O acesso à justiça nesta fase e mais propriamente na constituição de 1934 ganhou amparo constitucional, já que esta carta se apresentava num viés mais social e garantidor, que mesmo assim tardava por se efetivar na prática. Entretanto, todas as conquistas sociais que aquela viera a afirmar a constituição de 1937 que a sucedeu, suprimiu, pois foi criada para concretizar a ditadura Varguista, perante um "Estado Novo". A conquista à uma jurisdição inafastável se distanciava de obter êxito.

Ocorre que, as mudanças vieram à tona com a constituição de 1946, que ratificou o que a de 1934 garantia e mais, instituiu outros direitos individuais e sociais, que novamente, foram erradicados pelo golpe militar de 1967, com a nova constituição moldada ao cenário político da época e mais repressiva frente à emenda constitucional nº 1, que estipulou a constituição de 1969.

Hoje, o cenário brasileiro com a constituição de 1988, demonstra a proteção ao Estado Democrático de Direito, que é confirmado por todos os dispositivos de bojo social, de visão mais igualitária, popular e progressista. O acesso à justiça por sua vez, viera a ganhar força e efetividade, sendo concedido a todos e a todos garantido, nesta Carta Magna, constituindo, atualmente, um dos temas mais importantes do estudo do direito, por meio dele é possível a proteção de todos os outros direitos. Por este motivo, não pode ser entendido apenas como o acesso ao Poder Judiciário, mas deve ser vislumbrado como o acesso a uma ordem jurídica justa, pautada num estudo sobre sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, que é de suma importância, pois se aloca como forma de proteção de todos os outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

No desenvolver deste artigo, o que se pretende abordar é justamente a construção histórica do acesso à justiça, iniciada como pilar para a legislação pátria, pelo Direito Romano antigo, analisado em seu cerne — bem como seus institutos - com cautela, correlacionando-o ao Direito brasileiro atual, passadas as constituições e os períodos históricos que as retrataram, expostas numa análise mais dinâmica e abrangente do acesso à justiça

Para expor o que se objetiva de forma elucidativa, fora utilizada uma abordagem qualitativa, investigada com base numa pesquisa histórico-explicativa sólida, somada ao caráter subjetivo e valorativo para a acepção dos eventos ocorridos no longo intervalo de tempo analisado no presente trabalho.

# 2 UM OLHAR PARA O PASSADO: A ORIGEM DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO ROMANO

O Direito que se formou em Roma, inegavelmente, decorreu da influência direta de diversos povos; muito relativizado e estudado em congruência com a sociedade romana antiga, que

ligada à religião, influenciou terminantemente o direito e a legislação em determinados períodos – nos quais Igreja e justiça se confundiam. Nesse interim, a Direito Romano maduro estabeleceu uma relação para com muitos outros cenários jurídicos, das sociedades mais modernas, como o Brasil, que se utilizou das leis romanas como diretriz para conceber a legislação pátria.

A história clássica da Roma Antiga é dividida em períodos para uma melhor acepção e entendimento do contexto em que as origens do Direito – para nós – nasceram e se efetivaram. Dada a pertinência, denota-se a classificação (ORSINI et al., 2012, s.p.) que, didaticamente, subdivide a história de Roma em: Realeza, entre 753 a 510 A.C; República, 510 a 27 a.C; Alto Império ou Principado, 27 A.C a 284 d.C; Baixo Império ou Dominato, 284 a 565 d.C e Período do Direito Justinianeu e do Direito Bizantino, 565 a 1453 D.C, cada qual se destacando em virtude da predominância de uma característica.

O Direito, no primeiro período – época da Realeza – era conhecido como *ius civile* ou *direito quiritário*<sup>3</sup>, revelado pelos sacerdotes, desenvolvido num procedimento extremamente formal, como quando os litigantes somente podiam se dirigir ao magistrado através de gestos simbólicos, expressões quais deviam ser pronunciadas de maneira rigidamente corretas, e, caso não houvesse estrito respeito a essas exigências, a eventual demanda se sujeitaria à nulidade. Mais adiante, na República, o Direito era em essência, pretoriano. No Império, o Direito era jurisprudencial (JÚNIOR, 1888, p.73).<sup>4</sup>

O Direito, então, tem como elementos formadores: as leis centuriatas, que ainda perdurão, os plebiscitos e os senatusconsultos. Influem também nessa formação os costumes, os edictos dos magistrados e as respostas dos Prudentes; mas os primeiros são a peneis um fraco prolongamento do perioclo anterior, e os edictos e respostas não têm ainda a força legal que adquirem no período seguinte. Occupando-se desta materia, diz o Compêndio da Faculdade em seo § 51: « O Direito escripto continba-se nas leis, plebiscitos e senatusconsultos. As leis erão feitas por todo o povo juntamente sob proposta do um magistrado senatorio, como v. g. um consul. Os plebiscitos erão constituídos pela plebe, propondo um magistrado plebôo. Os senatusconsultos erão mandados do Senado. » Esta indicação das fontes do Direito neste período está de accordo com o que acima dissemos (15). Vejamos agora quaes os jurisconsultes celebres desse tempo. Deixamos dito que um dos característicos do período a que nos referimos é o cultivo da Jurisprudência por alguns dos representantes da plebe. (JÚNIOR, João José Pinto. 1888, p. 14).

<sup>&</sup>quot;Este período é caracterizado por um direito que é a expressão de uma vida social ainda muito simples e restrita; em que o poder político se acha ainda, em parte, distribuído por certas organizações pre-estatais, dividido entre a familia e a civitas; em que no direito predominas as normas relativas de proprietários rústicos e aos interesses da agricultura, e em que finalmente, todos os actos jurídicos se revestem de um formalismo material, solene e arcaico. O direito romano, pode dizer-se, não nos oferece neste período, nenhuma originalidade, assimilhando-se antes ao direito de outros povos em idêntico grau de desenvolvimento social e encontrando sua mais elevada expressão no Código das XII Táboas." (MONCADA, Luís Cabral de. Elementos de História do Direito Romano. Fontes e instituições. Coimbra Editora. Coimbra, 1923).

<sup>4 &</sup>quot;por desfrutarem status de legítimos árbitros das divindades, os sacerdotes aconselhavam os litigantes a respeito dos litígios da vida civil, registravam os eventos mais importantes das histórias da Roma em arquivos públicos, respondiam a consultas jurídicas formuladas pelos patrícios, proferindo fórmulas processuais, que criara, posteriormente, uma verdadeira jurisprudência no arcaico sistema romano. A jurisprudência era definida como um conhecimento advindo do conhecimento das coisas divinas e humanas." (ORSINI et al., 2012, p. 15).

Com a incidência do Direito compenetrado em Justiniano e em seus descritos, o Direito recebeu status de justinianeu<sup>5</sup> e bizantino, qual era predominante, estritamente revelado pelo *Corpus Iuris Civilis*<sup>6</sup>, o Código de Justiniano, dividido em quatro bem delimitadas partes, *Institutas* (manual escolar), *Digesto ou Pandectas* (compilação dos iura), *Código* (compilação das leges) e *Novelas* (reunião das constituições promulgadas depois de 535 d.C, por Justiniano).

Assim, de forma bem delimitada, que pouco se faz pormenorizada neste trabalho, sucedeu o Direito Romano, em fases expressamente diversas dadas às características de cada época.

### 2.1 Da Consolidação do Advogado

Em continuidade ao que se tinha em Roma no último período, o processo era vislumbrado por um procedimento excessivamente formal; quando após a apresentação da demanda, o magistrado suscitava a presença do réu em juízo e ouvia as partes que deveriam verbalizar fórmulas solenes, obedecidas para que não houvesse nulidade na demanda. O magistrado, por sua vez, indicava um *iudex* — quem com base nas informações dadas pelo pretor, estaria adstrito ao julgamento da causa, do conflito de interesses (ORSINI et al., 2012, p.18).

Os plebeus – a classe mais baixa da sociedade romana – não detinham direitos políticos e por este motivo, não eram considerados cidadãos. Por consequência não tinham quaisquer privilégios, leis a eles destinadas ou justiça, e sequer poderiam se utilizar do direito existente à época, sendo-o inacessível para aqueles (ORSINI et al., 2012, p.18). Traça-se uma diferença gritante, no que pese o acesso à justiça e a possibilidade de assistência jurídica por advogado, quais não existiam para a camada mais baixa da sociedade desde estes primórdios do Direito Romano, que influenciou nossa legislação e os costumes jurídicos pátrios.

É neste estudo que se revela a importância do *advocatio* para a época, a quem ficaria reservado o auxílio à parte *in iure* na declamação das palavras solenes que gerariam validade ao processo, quando recitadas de modo inequívoco. Em tal contexto, surge a presença do advogado – no Direito Romano – sujeito indispensável à validade do procedimento, já que os rituais a serem seguidos pelas partes admitiam complexidade e o advogado com notável conhecimento, auxiliava na pronúncia impecável das fórmulas – que se dessa maneira não o fossem – acarretavam nulidade.

Remanesce a ideia de que, muito anteriormente ao que se pode imaginar, o procedimento seria válido e eficaz para as partes se, estivessem atentas à ritualística que se exigia bem como amparadas pela presença do advogado, que auxiliaria na recitação das fórmulas contidas na lei à época. Vide o que retrata sobre o tema Fustel de Coulanges (1996, s.p.), em sua consagrada obra, A

<sup>5</sup> CORPUS Iuris Civilis. 12. ed. Berlin: Berolini, 1959.

A esse conjunto, o romanista francês <u>Dionísio Godofredo</u>, em <u>1538</u>, na edição que dele fez, denominou Corpus Iuris Civilis (Corpo de Direito Civil), designação essa que é hoje universalmente adotada.

### Cidade Antiga:

As formas estranhas do antigo processo romano não nos causarão surpresa, se considerarmos que o direito antigo era uma religião, a lei um texto sagrado, a justiça um conjunto de ritos. O requerente procede legalmente, de acordo com a lei: *agit lege*. Pelo enunciado da lei, apodera-se do adversário. Mas que tome cuidado; para ter a lei a seu favor é necessário conhecer os termos, e pronunciá-los com exatidão. Se diz uma palavra por outra, a lei deixa de existir, e não poderá defendê-lo.

A origem da palavra advogado teria surgido do termo *advocatio*, que pertencia a uma expressão, que, parcialmente traduzida, corresponderia a reconhecer em *convicium* (ORSINI et al., 2012, p. 19).

Sinalizando a necessidade ou não de realizar pagamento – de qualquer natureza – pelo auxílio prestado pelo *advocatio* em juízo, aferimos que "nos primeiros tempos, a ajuda prestada por *oratores* e *advocati* foi gratuita, por pertencerem a profissões liberais. As suas funções, que se consideravam muito dignas, estavam ligadas à *amicitia*<sup>7</sup> e, por isso, não podiam constituir *objecto* duma *locatio operarum*" (A. SANTOS JUSTO, 2017, p.331).

A palavra *advocatio* viera a ganhar uma conotação técnica séculos depois, que inovou em atribuir à expressão – antes já conhecida de forma genérica – uma designação técnica à qualificação de alguém específico relacionado a uma classe, exercendo profissão, amparando causas e integrando determinada corporação – a depender da cidade a que pertencia.

Posteriormente, durante o período em que vigorou o Direito Justinianeu, idealizado no *Corpus Iuris Civilis*, mais especificamente com alocação no Digesto (também chamado de Pandectas<sup>8</sup>), consagrava o fenômeno da postulação em juízo em seu Livro III (D.3,1,1,2, Ulpianus 6 ad ed.), exercida exclusivamente pelo titular do direito subjetivo dirimido ou seu amicus, podendo sê-lo um parente, tutor ou curador. Dispôs ainda, em caráter excepcional a respeito da exclusiva capacidade postulatória empreendida por um terceiro, alheio ao rol dos intitulados *amicus* do titular do direito; fala-se aqui do citado *advocatio*, quem procederia em juízo, em nome do titular do direito ofendido num ofício de ordem necessária, *necessario officio* (ORSINI et al., 2012, p. 20).

Em que pese a concessão de assistência jurídica, no mesmo período, assentava a presença do advogado *humanitas*, nomeado pelo magistrado ao litigante que, não apresentasse aptidão para postular em causa própria e que não conseguisse advogado para a causa, para fazê-lo em seu nome. Antevê-se aqui, a inegável presença do advogado ou defensor público, profissional de Direito apontado pelo Estado para representar pessoas que não podem financiar um defensor, configurando uma espécie de assistência jurídica gratuita, componente do nosso atual cenário

<sup>7</sup> Amizade. Disponível em: < https://pt.glosbe.com/la/pt/amicitia > Acesso em 30 de abril de 2019.

<sup>8</sup> s.m. Compilação das decisões dos jurisconsultos romanos, convertidas em lei por Justiniano, imperador romano do Oriente, e que constitui uma das quatro partes do "Corpus Juris Civilis. Disponível em: <a href="https://www.significados.com.br/?s=digesto">https://www.significados.com.br/?s=digesto</a> > Acesso em 27 de abril de 2019.

jurídico, ratificando, malgrado contradições a serem abordadas, a formação do personagem central na busca do concretização de uma justiça democrática (SANTOS, 2007, s.p.) e alcançável a todos sem discrepância de qualquer ordem.

Com o decorrer do tempo e o exercício exaustivo da ritualística forense, indispensável para demandar em juízo como procedimento exigido – qual tangenciava as leis escritas, pronunciamento de palavra imutáveis pelo magistrado e pelas partes amparadas pela figura do *advocatio* – ganhou descrédito na sociedade romana, que há muito, vinha insatisfeita com o excesso de padrões formais frente à uma inefetiva prestação jurisdicional, (ORSINI et al., 2012, p.21). Deliberou-se por uma nova legislação<sup>9</sup> que viera para abolir os preceitos antes imprescindíveis à causa e que agora estabelecera um processo parcialmente escrito, marcado, pela presença de uma nova versão do *advocacio*, conhecido neste período como jurisconsulto<sup>10</sup>, quem estudava, sistematizava, interpretava (ORSINI et al., 2012, p.21) a lei, prestava assistência à parte nas consultas e de forma técnica, expunha o direito.

Conclui-se que, alinhada ao tempo, a presença do advogado em diversos períodos e com suas diversas atribuições — que evoluiu para uma designação e reconhecimento técnico específico necessário para o pleiteio em juízo — foi de extrema importância e considerável necessidade da ocupação de um posto no viés forense. Sua atuação inicialmente apenas como conselheiro e auxiliar da recitação das fórmulas perante o magistrado evoluiu significativamente para posicionar-se como sujeito imprescindível à prestação da jurisdição, concretizando o ideal de justiça e agindo de forma a comprometer-se com a solução da lide (SANTOS, 2007, s.p.).

### 2.2 Dos Honorários

Compulsando a história do Direito bem como seus próprios desdobramentos e evoluções iniciadas na Roma Antiga, pode-se averiguar a demarcação dos honorários advocatícios em determinado período. A origem do vocábulo honorário, em latim, deriva da palavra *honor*, que em sua mais remota forma, alude o sentimento de consideração, deferência, reverência, estima, qual passou a vigorar como quantia licitamente exigível dos clientes entre os anos correspondentes ao Alto e ao Baixo Império.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Lex Aebutia (p. ext. lex Aebutia de formulis), «lei de organização judiciária de data incerta (234, 187 ou 169 a. C. ?), que se aponta como o marco inicial do procedimento mediante fórmulas escritas, em substituição ao primitivo sistema oral das legis actiones»[1]. Disponível em: < <a href="https://juris.wiki.br/w/Lex\_Aebutia">https://juris.wiki.br/w/Lex\_Aebutia</a> > Acesso em 28 de abril de 2019.

s.m. Jurídico. Indivíduo que possui muito conhecimento acerca do direito jurídico, geralmente, trabalha dando consultoria e emitindo pareceres jurídicos; jurista ou jurisprudente. Disponível em: <a href="https://www.significados.com.br/?s=jurisconsulto">https://www.significados.com.br/?s=jurisconsulto</a> > Acesso em 30 de abril de 2019.

<sup>11</sup> Período compreendido entre os anos de 27 a.C e 565 d.C.

Nos primeiros tempos, à edição da Lex Cincia<sup>12</sup>, as leis romanas se mantiveram desfavoráveis à remuneração dos advogados pelos honorários, já que, nos primeiros momentos, eram alocados às causas judicias — quaisquer pessoas — apenas para amparar as partes na recitação das palavras em juízo<sup>13</sup>. Durante o século III d. C. *honorarium* passou a designar um termo técnico, consagrado como uma quantia exigida aos clientes, dentro dos limites legalmente estabelecidos, que por excelência, vedava a cobrança de honorários acima do patamar autorizado.

Ademais, além da vedação à cobrança do valor relativo aos honorários além do quantum permitido, era igualmente vedada qualquer forma de associação do advogado com o cliente "seja por meio do *pactum* de quota litis (honorários sobre um percentual do êxito), do *palmarium* (honorários só em caso de vitória na demanda), ou da *redemptio* litis (substituição do constituinte pelo advogado, que assumia integralmente o risco da lide)", (FONSECA, 2011, artigo de revista).

Acerca dos honorários sucumbenciais, retrata Fabiana Azevedo Araújo, em artigo intitulado "A remuneração do advogado: investigações acerca da natureza jurídica dos honorários de sucumbência", momento em que repagina Santos Filho (1998, p.32), que:

No Direito Romano, regra geral, as próprias partes arcavam com as respectivas despesas processuais, sem que fosse considerado o êxito na demanda. No entanto, a origem remota da sucumbência está nas *leges actiones*. Nesse procedimento, no início da ação, ambos litigantes depositavam certa quantia; o vencido perderia o montante por ele consignado, na qualidade de imposto, para os sacerdotes ou para o erário, não para o vitorioso. Ainda, nessa época, surgiu em Roma a *actio dupli* que consistia em uma ação contra o derrotado, que resistira injustamente ao processo, cujo objetivo era o pagamento do dobro do valor da condenação, ou seja, nessa hipótese a imposição do ônus da sucumbência tinha natureza de penalidade. Tal situação perdurou até a Constituição de Zenão, em 487, que prescreveu que o magistrado condenaria, na sentença, a parte vencida ao pagamento das custas processuais. Além disso, esse valor poderia ser aumentado em até dez vezes, em caso de temeridade do perdedor. O referido ato normativo previu, ainda, que parte desse acréscimo poderia ser convertida em favor do vencedor, para reparação do dano sofrido, ou ser entregue ao fisco. (ARAÚJO, 1997, revista jurídica, s.p.).

Pode-se aferir, compulsando o estudo acima exposto, que o diploma legal da Constituição de Zenão, é considerado um grande marco para a época em que vigeu, já que, influenciou o pagamento dos honorários de sucumbência da forma como hoje é feita, em razão de, já dispor que o vitorioso poderia ser ressarcido nos custos dispendidos com a demanda judicializada e decidida em seu favor, deixando de ter caráter meramente sancionatório o pagamento das despesas do processo pelo vencido. Passou, portanto, a ser cobrado em detrimento da derrota processual e

<sup>12</sup> *Leges imperfctae* são as que não cominam sanção alguma, i. é, nem declaram nulo o ato contra a lei, nem impõem uma pena. Sua função é muito obscura, do mesmo modo que sua origem, que geralmente se liga ao direito sagrado. Faziam-se valer por obra do pretor, o qual negava a ação (*denegatio actionis*) a quem em juízo quisesse fundar-se em um ato jurídico contrário à lei, ou dava um meio de defesa (*exceptio*) a quem tivesse sido chamado a juízo para responder a uma ação. Um exemplo de *lex imperfecta* é a *lex Cincia* de *donis et muneribus* de 204 a.C. que proíbe as doações além de determinada quantia, mas nem comina a nulidade da doação nem impõe pena ao transgressor. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano. 2ª ed. Edição Saraiva: São Paulo, 1953. p. 25).

<sup>13</sup> Vide 2.1.1, parágrafo 5.

independentemente de má-fé da parte - como antes o era.

#### 2.3 Da Assistência Judiciária e Das Custas Judiciais

Não é de difícil compreensão entender, com olhos ao que já se arrolou, que a distinção e discriminação dos pobres no contexto da justiça existia e – diferente do que se tem atualmente – não carregava máscaras. Os tribunais em Roma, estavam e permaneceriam por um longo período, inalcançáveis aos pobres, tal como se observa no ditado de Ovídio, *curia pauberibus clausa est* destacando que o tribunal estaria de portas fechadas aos pobres (PARIZ, 2001, p.174).

O cenário negativo da justiça às camadas mais baixas da população romana perdurou por alguns séculos. Mais posteriormente, Anastásio (Roma Antiga) ao legislar sobre despesas processuais, sinalizou que aproveitaria à benesse da isenção parcial ou total das custas ambas as partes, quando qualquer um dos litigantes gozasse de tal privilégio ante sua pobreza, e que até mesmo o depósito destinado a assegurar a indenização ao litigante vencedor da demanda, estaria dispensado, neste caso (CAMPO, 2002, p.2).

As custas judiciais, nos primeiros tempos do processo na Roma Antiga, foram desconhecidas, segundo Chiovenda. Dessa fase até Ulpiano – 211 a 222, d.C – a sucumbência como ônus tinha por finalidade, servir de pena, qual deveria ser imposta ao litigante derrotado na demanda, que passou a pertencer, no período formulário, ao vencedor do pleito. (CAMPO, 2002, p.2).

Constantino incentivou, entre 288 a 337 d.C, o patrocínio judiciário gratuito aos menos abastados; Justiniano nos anos de 483 a 565 d.C., viera a seguir a recomendação de Constantino no que diz respeito à isenção das custas e concessão do patrocínio jurídico gratuito, por meio de uma assistência, que cabia aos magistrados provinciais dispor o serviço de advogados não só aos pobres, mas às viúvas, pupilos e aos insanos, além de poderem — estas classes — ir ao Tribunal e exigir que seus litígios fossem julgados mais rapidamente em detrimento de outros, vide:

Tamanha era a preocupação do Imperador nesse sentido, isto é, de dar defensor aos que fossem hipossuficientes, que, caso não houvesse requerimento deles no sentido de ter um patrocínio advocatício gratuito, caberia ao próprio magistrado determinar de ofício. (CAMPOS, 2002, p.3).

Especificamente em uma das Novelas, integrante do *Corpus Iuris Civilis*, o Imperador Justiniano determina aos magistrados, evidenciando uma grande conquista à classe menos favorecida financeiramente: "terás de cumprir um terceiro dever: o de ser equitativo em tuas sentenças; julgarás verbalmente as causas de pequeno valor, sobretudo as que suscitam entre pobres, evitando os debates e não permitirás que em uma demanda cujo interesse seja de menor quantia que a estabelecida em nossa lei, obriguem-se os litigantes a pagar as custas do processo, mesmo que

possam fazê-lo." Ainda firmou: "e terás caridade para que por tua negligência nenhum habitante da tua província venha molestar-nos nesta felicíssima terra; porque, se interrogado sobre o que reclama e se reconhecermos que não obteve Justiça, depois de ter apresentado sua reclamação perante o Tribunal, cairá sobre ti toda a nossa indignação."

A chegada do Cristianismo com a máxima de amor ao próximo a se espalhar por aqueles povos, em fusão de direito e religião, a obrigação de defender os desafortunados, sob o manto da solidariedade e do amor, foi imposta aos advogados, que não receberiam qualquer espécie de remuneração para o exercício dos interesses dos pobres em juízo bem como, aos juízes, ficou determinada a incumbência de julgarem as causas sem exigir custas.

# 3 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: DO PERÍODO COLONIAL AO FIM DO ESTADO NOVO

A vigência do Direito que hoje temos, em território pátrio, é fruto da história qual percorremos, como sociedade, que evoluiu para se achegar no ordenamento jurídico que se opera atualmente e que deve ser compreendido através de sua trajetória.

O Direito Brasileiro – e não só essa sociedade moderna – de fato e como já visto, assentou seu berço no Direito Romano, a vislumbre de ser a civilização e o cenário jurídico base para as demais que a sucederam; mas não só se debruçou a repaginar as leis romanas além de, como colônia portuguesa, organizar nosso ordenamento jurídico como reflexo das ordenações e leis para além mar. Dessa forma, descobridor e colonizador, Portugal possuía ordenamento jurídico próprio, qual inegavelmente foi levado para suas colônias, dentre essas, o Brasil (DIDONE, 2005, tese de doutorado, s.p.).

### 3.1 As Ordenações do Reino e sua Ingerência no Território Brasileiro

Portugal por sua vez, aproximadamente à época em que estabelecera estadia colonizadora em terras brasileiras, regia-se pelas Ordenações do Reino, caracterizados como regulamentos que carregavam o nome dos reis que as faziam elaborar ou apenas compilar e que pretendiam dispor acerca de todos os aspectos legais da vida dos súditos; são elas: Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas, promulgadas no ano de 1595 e editadas em 1603, período de domínio espanhol do império luso, conforme retrata o trabalho científico "História do Direito Português no Período das Ordenações Reais", exposto no Congresso Internacional de História, realizado pela Universidade Estadual de Maringá.

### 3.1.1 Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas

As Ordenações Afonsinas foram a primeira considerável compilação das leis esparsas em vigor. São de importante menção pois vigiam no Império Português no ano de descobrimento do Brasil, em 1500 e foram efetivadas durante o reinado de D. Afonso V, que reinou em Portugal de 1438 a 1481, são divididas em cinco livros, que dispõem sobre os bens e privilégios da Igreja, os direitos régios e de sua cobrança, jurisdição dos donatários, as prerrogativas da nobreza e pela legislação especial para judeus e mouros, introduzindo vestígios de direito civil no livro IV e direito penal no livro V.<sup>14</sup>

Conforme alude o professor doutor André Rubens Didone (2005, p. 20), transição das Ordenações Afonsinas para as Manuelinas "se deu pelo fato de que, no decorrer dos governos de D. João II e de D. Manuel I, muitas leis foram expedidas, alterando, corrigindo e suprimindo disposições das Ordenações Afonsinas, tornando-se indispensável a organização de um novo código de leis, cuja compilação iniciou-se em 1505, tendo sua primeira edição ocorrido em 1512."

As Ordenações Manuelinas foram publicadas pela imprensa no ano de 1512 e constituíam fruto da compilação das Ordenações Manuelinas somada à recopilação de algumas leis extravagantes, numa tentativa de estabelecer uma técnica legislativa na intenção de estabelecer uma melhor compreensão — pelo povo — das normas vigentes. Além disso, destacaram como motivo fundante para essa repaginação no ordenamento à época, a invenção da imprensa e a necessidade de correção e atualização das normas, que vigoraram desta forma até meados de 1603, sendo substituídas pelas Ordenações Filipinas.

Editadas por Felipe II<sup>15</sup> no intuito de reorganizar o direito português e atender ao clamor social, em virtude da existência de um elevado número de leis posteriores a Colecção de Leis Extravagantes<sup>16</sup> (como preleciona Nuno J. Espinosa), que começaram a tornar as antigas Ordenações antiquadas e fazer renascer o desejo de uma nova compilação, as Ordenações Filipinas foram entabuladas e passaram a viger no Direito Português, consequentemente no "quinta português", Brasil, no ano de 1603.

Conforme preleciona Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (1985, s.p.), em sua conceituada obra "História do Direito Português", podemos aferir que as Ordenações Filipinas tratavam-se de uma compilação carecida de inovação quanto aos ditames e aos dispositivos, cujo foco principal era, em verdade, reunir, em um mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Colecção de Duarte Nunes do Leão<sup>17</sup> e as leis, posteriores a essa, mantendo-se o sistema de divisão em cinco livros –

<sup>14</sup> Disponível em: < http://www.cih.uem.br/anais/2011/index.php?l=trabalhos&buscar=hist %F3ria+do+direito+portugu%EAs&idc= > Acesso em 07 de maio de 2019.

<sup>15</sup> Filipe II foi Rei da Espanha de 1556 até sua morte, e, também, Rei de Portugal e Algarves como Filipe I a partir de 1581.

<sup>16</sup> Lei que, se ocupando de matéria que foi objeto de compilação ou codificação oficial, não vêm a ser aí incorporadas, vigorando "por fora" (Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, 1991).

<sup>17</sup> Idem

que outrora foram assim por sua vez divididos em títulos e parágrafos. Mais propriamente, o objetivo da alteração era refletir sobre aspectos da organização social lusitana do século XVII.

O ordenamento e toda a estrutura jurídica portuguesa estavam revelados nas Ordenações, que não restringiam sua aplicação em Portugal, sede do império, mas também às suas colônias; ocorre que nem todas essas leis eram de fácil execução no território brasileiro, em virtude das peculiaridades culturais e/ou da falta de condições à aplicabilidade — não detinham a mesma eficácia em território nacional. Entretanto, independentemente de sua eficácia na aplicabilidade, as ordenações portuguesas e este sistema jurídico governava o Brasil, que perante essas era legislado, executado e julgado.

Em se tratando do acesso à justiça, podemos dizer que nas Ordenações do Reino, e até mesmo desde a chegada dos portugueses ao Brasil, até o final do século XVIII e início do século XIX, muito pouco ou em verdade, quase nada se dispôs sobre este princípio aplicável aos jurisdicionados (no geral), quais não tinham como garantia a possibilidade de uma jurisdição inafastável – recorrer à justiça – perante o ordenamento luso-brasileiro (SOUZA, 2015, artigo de revista, s.p.).

Entretanto, sobre o tema e perscrutando mais profundamente este período, o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000, s.p.), em seu livro "Acesso à Justiça" cita a existência de algumas disposições — mais especificamente nas Ordenações Filipinas — sinalizando um suposto direito das pessoas menos abastadas, pobres e miseráveis, terem o patrocínio de um advogado em causas levadas à apreciação da justiça, expondo a existência de dispositivo debruçado no princípio da igualdade material, qual determinava que recaia ao magistrado, a incumbência na escolha do advogado para pleitear pelo indivíduo que não tivesse condições de contratá-lo. Nesse interim, o autor verifica outro aspecto importante no período colonial, qual toca à igualdade de armas e de defesa entre as partes menos e mais favorecidas financeiramente: "O juiz deve sempre preferir o advogado de mais idade e de melhor fama ao mais moço e, principalmente, a fim de que não seja mais perito o da parte contrária" (CARNEIRO, 2000, p.34).

Não obstante isso, em tempos de outrora, a legislação brasileira foi carecedora de dispositivos aptos e específicos a garantir o pleno exercício do direito de acesso à justiça, apenas consubstanciado em pequenos vestígios nas Ordenações Filipinas, quais tiveram maior aplicação no Brasil Colônia. Esse cenário de desprovimento dos instrumentos hábeis à guarida dos interesses da população, perdurou durante os séculos XVII e XVIII, que ao final do século XVIII - após 3 séculos do início da colonização portuguesa no Brasil — a legislação brasileira não apresentava independência das últimas Ordenações do Reino, vindo a ser regida inteiramente por esta, e consequentemente, não se vislumbrava mecanismos que oportunizassem ao indivíduo o exercício da

tutela de suas pretensões em juízo, por meio de um acesso à justiça fadado ao despreparo.

Em suma, essas Ordenações foram as mais importantes para o Brasil, já que aplicáveis à colônia brasileira, tiveram prestabilidade, durante um grande período. No entanto, em razão da quase inexistente instrumentalização dos dispositivos utilizados para aplicar os direitos e garantias relativos ao acesso à justiça pelos cidadãos — neste período colonial — não se observou grande evolução prática no que toca o instituto e suas benesses à população.

### 3.2 Acesso à Justiça Após a Proclamação da Independência

O Estado brasileiro esteve adstrito à qualificação de "quintal português" – tal qual colônia luso-brasileira – até o século XIX. No ano de 1822, com a proclamação da Independência do Brasil, vislumbrou-se, por excelência, a necessidade de confeccionar-se uma legislação típica e específica para a época, coadunada com o direito pátrio e suas particularidades.

Em detrimento desta urgente imperiosidade, fora promulgada, em 1824, a primeira constituição brasileira, Constituição do Império, na qual pode-se encontrar pequenos sinais de dispositivos com o cunho social, visto que, ainda era prematuro o ideal de acesso à justiça e de uma jurisdição inafastável numa sociedade assentada no regime escravocrata e recém independente ao sistema colonial. Apesar disso, alguns gestos garantidores de direitos aos cidadãos foram conferidos pela Constituição de 1824, mesmo com a presença do Poder Moderador. Os direitos civis e políticos foram previstos, sobretudo, a liberdade religiosa, liberdade de imprensa, inviolabilidade de domicílio, garantias dos socorros públicos, instrução primária, segurança individual e da propriedade, dentre outros direitos arrolados no Título 8º da Constituição de 1824, intitulado "Das Disposições *Geraes*, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos *Brazileiros.*".

Além da supracitada inovação quanto à garantia de alguns direitos que tangenciam a carta de direitos fundamentais hoje consagrada no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, o Art. 161 da Constituição de 1824, dispunha que: 'Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começará processo algum". Com essa descrita podemos aferir um início da valorização da conciliação como meio capaz à resolução de conflitos, constituindo tal feito como uma das modalidades de garantia do acesso à justiça — proporcionar meios alternativos para a resolução do conflito de interesses — bem como um grande avanço para a época.

No mais e para finalizar o trecho das maiores novidades da Constituição de 1824, o Art. 179, inciso XIII, determinou de fato, a igualdade na aplicação da lei para todos os cidadãos, fosse para proteger, castigar ou recompensar em proporção aos merecimentos de cada um; pode-se entender nesse contexto uma grande evolução, ao estabelecer igualdade na lei para todos os jurisdicionados a ela submetidos, contrariando alguns ditames das Ordenações do Reino que à

época, estabeleciam divergência na aplicabilidade dos dispositivos legais dada à ocupação do sujeito em respectiva classe social – o que também se aplicava na colônia brasileira.

Nesse diapasão, o fim do Império e o início do Brasil República, é marcado pela promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, no ano de 1891, que viera a pôr fim ao poder moderador bem como a quebrar com a vinculação do Estado brasileiro à Igreja Católica, quando passara a carregar o status de "Estado laico".<sup>18</sup>

Neste momento, apesar de possuir aspirações democráticas, não podemos sinalizar avanços no campo do acesso à justiça. Tal morosidade na concessão de garantias se justifica pela prematura extinção do regime escravocrata — no citado período — ou seja, grande parcela da população era composta por analfabetos, pobres e sem nenhuma noção acerca dos seus direitos — quem dirá a pretensão de lutar por eles. Portanto, mesmo existindo um Poder Judiciário independente dos demais, não se pode vislumbrar o exercício do direito de acesso à justiça já que a população não gozava de condições para usufruí-lo (BEDIN e SPENGLER, 2013, v.14, p. 97); muito pelo fato de ainda não haver promulgação e sequer projeto de um código de processo civil. Entretanto, a Carta Magna de 1891, em seu Art. 34, XXII, concedeu aos Estados a competência para legislar sobre seus códigos de processo judicial.

No ano de 1930, em decorrência da quebra nas alianças entre São Paulo e Minas Gerais, protagonistas da política do café com leite, muitas pessoa se mostravam descontentes com a Constituição de 1891, que para a época – em decorrência da acelerada evolução social e anseio pela conquista de direitos e garantias – já era encarada como obsoleta, e passaram a reivindicar a eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte, realizada em 1933, sob o governo de Getúlio Vargas.

Superada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, em 1934 fora promulgada uma nova Constituição, responsável por estabelecer diversas mudanças políticas sob um viés mais social e garantidor, uma vez que com esse caractere podemos vislumbrar que, instituiu a justiça do trabalho como uma justiça especializada, criou a ação popular e no que tangencia o acesso à justiça, previu a assistência judiciária gratuita para os carentes, com a resultante isenção do pagamento de custas, emolumentos, taxas e selos, designando competência legislativa concorrente entre União e Estados à obrigatoriedade da prestação de assistência jurídica gratuita por cada um dos estados, mediante instauração de órgãos especiais e abalizados para o exercício do direito. É nesse momento que a assistência jurídica passa a ter status constitucional e previsão em todas as Constituições que a sucederam, com exceção à de 1937<sup>19</sup>. Embora tenha vigorado por apenas 3

<sup>18</sup> Estado laico significa um país ou nação com uma posição neutra no campo religioso. Também conhecido como Estado secular, o Estado laico tem como princípio a imparcialidade em assuntos religiosos, não apoiando ou discriminando nenhuma religião. Disponível em: < <a href="https://www.significados.com.br/estado-laico/">https://www.significados.com.br/estado-laico/</a> > Acesso em 08 de maior de 2019.

<sup>19</sup> A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937a colocava em sintonia com os modelos fascistizantes de

anos, a constituição de 1934, bem como a de 1946 e de 1988, atual Carta Constitucional vigente, são vistas como as constituições mais importantes quando se fala em acesso à justiça no país.

Ilustrada a conquista no que diz respeito à concessão de garantias, a efetivação do mandamento constitucional para instituição de disposições legais especiais que prescrevessem a execução da garantia do acesso à justiça bem como da criação de órgãos exclusivos a salvaguardar tal direito, só foi alcançada com a promulgação da Lei 1.060/50, dezesseis anos depois da promulgação da constituição de 1934. É essa lei que, ainda em vigor, assegura um dos instrumentos mais importantes em nosso ordenamento jurídico, no tocante ao acesso à justiça dos que não podem pagar às custas de um processo.

No que toca o Diploma Constitucional de 1937, extremamente ditatorial, não apresentou maiores destaques sobre o direito de acesso à justiça, quando, das inovações implementadas pela constituição que o precedeu, tais não foram sequer mencionadas, retrocedendo nesse contexto ao suprimir drasticamente as conquistas atinentes à ação popular e à assistência judiciária gratuita, em seu lato sensu (CARNEIRO, 2000, s.p.), retirando direitos e garantias do texto constitucional.

É correto dizer que, diante do exibido, o direito de acesso à justiça não alcançou protagonismo – constitucional e nem infraconstitucional – entre o período que compreende a fase colonial brasileira até o final do Estado Novo, afirmado pela Constituição de 1937, já que os textos constitucionais do período se reservavam muito mais a disciplinar a organização do Estado do que garantir direitos e garantias aos indivíduos, e muito menos, demonstrar a maneira como essas garantias (quando previstas) se concretizariam na prática. Assim, faz-se necessário analisar o direito de acesso à justiça no período de redemocratização do Brasil - após o Estado Novo - até a promulgação da Constituição de 1988, o que se pretende fazer na sequência.

### 4 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL NO BRASIL: DA REDEMOCRATIZAÇÃO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

O final da 2ª (Segunda) Guerra Mundial em 1945, numa visão global, desacorrentou os países envolvidos direta e indiretamente de um cenário de caos e mais especificamente no Brasil, estimulou a busca pela redemocratização. Superando uma atmosfera de desconstituição e supressão de direitos, no ano de 1946 em virtude da anterior deposição de Getúlio Vargas, fora promulgada uma nova Constituição, na ânsia de resgatar garantias extintas e alcançar o fortalecimento do Estado Democrático de direito, antes violado, reafirmando o acesso ao judiciário ao dispor sobre o direito

organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Disponível em: < https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937> Acesso em 08 de junho de 2019.

de ação conferido aos cidadãos, neste momento e pela primeira vez, com status de direito fundamental, universalizando a jurisdição, veiculado no artigo 141, §4°, que dispunha *in verbis*:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §  $4^{\circ}$  - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Assim, ao indivíduo era permitido levar eventual pretensão ao Poder Judiciário e por este deveria conhecê-la, inaugurando o princípio da universalidade da jurisdição de forma expressa nas Constituições brasileiras (RULLI JÚNIOR, 1998, s.p.).

Este texto constitucional estabeleceu novamente a independência e a divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário e resgatou os direitos sociais, ampliando o direito à cidadania, já que o país vivia um período pós-repressão. A Carta Constitucional de 1946 foi elaborada com intuito liberal e almejou assegurar os direitos e garantias individuais da população, (SOUZA, 2003, p.11). Ainda, no supracitado artigo, em seu parágrafo 25, a constituição de 1946 também previu a ampla defesa e no parágrafo 35, a concessão da assistência jurídica, esquecidas pela Magna Carta de 1937, *in verbis*:

Art. 141, Constituição Federal de 1946:

§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

Até o advento da Lei nº 1.060/50, cujo estudo merece respaldo em momento oportuno, fazia-se uma interpretação sistemática entre o mandamento constitucional vigente e as disposições constantes no Código de Processo Civil de 1939 (CAMPO, 2002, p. 9).

Em se tratando de conquistas relacionadas a garantias concedidas ao povo, a Constituição de 1946 se apresenta, para a época e para o contexto em que fora promulgada, como um grande e notável progresso, quando evidentemente objetivou a todo custo – perante o deslinde das amarras de um período supressor – retornar ao rumo garantidor da Constituição de 1934 que acabou sendo interrompido pela Carta Constitucional de 1937, sobrelevando nestes moldes a democracia liberal (BEDIN e SPENGLER, 2013, v.14, p.141).

A Ordem Constitucional de 1946 esteve em vigência até o ano de 1967, vez que, em decorrência do golpe militar de 1964, os direitos e garantias reestabelecidos foram novamente e aos poucos – de forma velada – sendo suprimidos até em 1967 vislumbrou-se o momento oportuno de conjuntura política montada para a outorga de uma nova constituição, sob o manto do governo ditatorial que se experimentava à época no Brasil.

Como outros direitos, o acesso à justiça antes concedido, mesmo que previsto, passou a ser mitigado em todo território brasileiro já que o regime militar adotou inúmeras medidas visando restringir sua aplicação e seu alcance pelo povo; além de concentrar todo o poder nas mãos do chefe do executivo – como fizera a constituição de 1937 – fazendo do legislativo e do judiciário apenas anexo daquele, certa se fez a manobra para diminuir o veículo para provocação da jurisdição à obtenção de uma resposta – que evidentemente tardaria por ser justa e equânime.

A decretação dos Atos Institucionais durante o período em que vigorou o regime militar, mais propriamente o Ato Institucional nº 5 (AI-5)²º, foi o responsável por eliminar todos os direitos e garantias fundamentais e em relação especificamente à atividade judiciária, interrompeu a aplicabilidade das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; instituiu a intervenção da Federação nos Estados e Municípios, suspendeu os direitos políticos das pessoas — o que violou o Estado Democrático de Direito e os cidadãos de maneira significativa principalmente por ter suspendido as garantias e direitos fundamentais — além de ter decretado o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado (SOUZA, 2015, v. 5, p.38).

O acesso à justiça foi totalmente ignorado pelo AI-5 já que este Ato, palco para tantas supressões, desprezou o direito de ação excluindo da apreciação do Poder Judiciário, todas as lides que fossem contrárias às disposições contidas neste ato, violando expressamente a jurisdição tida anteriormente como inafastável e restringindo a serventia do direito de demandar. Nas palavras do jurista Michel Souza (2015, p.40), em sua publicação A História do Acesso à Justiça no Brasil, "a justiça era aplicada, não por leis, ou pelo Poder Judiciário, mas sim pelo regime militar na figura do chefe do Poder Executivo, ou seja, o acesso à justiça simplesmente não existiu durante os anos da ditadura militar".

No ano de 1969, sucedeu no brasil a primeira emenda à constituição de 1967, que incorporou em seu bojo o AI-5 e suas disposições, foi para muitos considerada como uma nova Constituição Federal, reconhecida pelo povo como a "constituição do terror", que conferiu ao Presidente da República poderes excepcionais que lhe permitiam, inclusive, modificar e suspender até a própria Constituição (SOUZA, 2015, v.5, p.40).

Ressalta-se, portanto que a constituição de 1969 – emenda constitucional nº 1 – manteve as atrocidades e supressões evidenciadas pelo Ato Institucional nº 5 e no que toca o acesso à justiça, como anteriormente ressalvado, não apresentou alterações substanciais, visto que: conservou a ausência da garantia de acesso à justiça e sustentou a supressão do direito de ação, causando a morosidade e insatisfação da população consequentemente desprestigiando a jurisdição, qual não recebera a característica de a todos acessível pois o regime militar expressamente impedia o acesso

<sup>20</sup> Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/AIT/ait-05-68.htm > Acesso em 10 de junho de 2019.

dos cidadãos ao Poder Judiciário, notadamente para questionar seus atos ou para garantir direitos fundamentais (BEDIN e SPENGLER, 2013, v.14, p.143).

Após um período intenso sob um governo de terror resguardado pela legislação confeccionada com o intuito de calar o povo, em virtude do medo perante o cometimento de atrocidades, na década de 70 passam a surgir rumores dos primeiros movimentos sociais com o intuito de lutar pela igualdade social, pela cidadania plena e colocar em pauta os problemas enfrentados cotidianamente pela sociedade.

A redemocratização, alcançou cena a partir do ano de 1980, quando os movimentos sociais de acesso à justiça começaram a ganhar força e foram se intensificando em detrimento das modificações legislativas que visavam trazer à tona direitos individuais, econômicos, sociais e coletivos; a título de ilustração destacam-se as Leis Federais nº. 6.938/81<sup>21</sup> e nº. 7.019/82<sup>22</sup> bem como a Lei nº. 7.244 de 1984, que criou os Juizados de Pequenas Causas na intenção de tornar a justiça mais acessível aos cidadãos, elucidando uma alteração no direito positivo brasileiro com o objetivo de desburocratizar e dar maior celeridade à jurisdição.

Uma nova Carta Magna viera a ser promulgada no ano de 1988 – ainda vigente – batizada por Ulysses Guimarães<sup>23</sup> como "Constituição Cidadã" em virtude do seu viés democrático que recompôs em seus dispositivos o Estado Democrático de Direito. Buscou em seu cerne, quebrar com todo e qualquer vínculo com as normas ditatoriais antes outorgadas na sociedade, quando apresentou seus avanços redigidos de forma a garantir a todos uma democracia mais moderna e legitimada pela vontade do povo (SEIXAS e SOUZA, 2013, v.14, p.80).

Em decorrência de tais afirmações antiautoritárias, o Art. 5º da atual Carta Magna, reza os Direitos e Garantias Fundamentais, arrolados em título próprio – o que o confere mais proteção e evidência – subdividido em cinco capítulos, sendo: Capítulo I: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5°); Capítulo II: Dos Direitos Sociais (artigos 6° a 11°); Capítulo III: Da Nacionalidade (artigos 12° e 13°); Capítulo IV: Dos Direitos Políticos (artigos 14° a 16°); Capítulo V: Dos Partidos Políticos (artigo 17°).

O acesso à justiça, por sua vez, foi alocado no Art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal, como direito fundamental, nos ditames que versa "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" e que, goza do status de princípio constitucional pelo

<sup>21</sup> Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e concede legitimidade ao Ministério Público para postular a responsabilidade civil por danos causados ao Meio Ambiente.

<sup>22</sup> Cria o procedimento de arrolamento de bens em caso de partilha amigável.

<sup>23</sup> Exerceu a presidência da Câmara dos Deputados em três períodos (1956-1957, 1985-1986 e 1987-1988) e, cumulativamente, da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), condição na qual promulgou a nova Constituição Federal. Disponível em: < <a href="https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/discursos-em-destaque/serie-brasileira/decada-1980-89/biografia-ulysses-guimaraes">https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/discursos-em-destaque/serie-brasileira/decada-1980-89/biografia-ulysses-guimaraes</a> > Acesso em 10 de junho de 2019.

Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, quando tenciona proteger não apenas uma concreta lesão a um direito mas também a tutela preventiva à ameaça de violação à direitos. Ademais, é característica indispensável para assegurar a dignidade da pessoa humana, o exercício de uma defesa ampla, de um efetivo contraditório, resultado de um processo que deve ser devido — mesmo que ante a uma eventual gratuidade — pois o desempenho do acesso à justiça em lato sensu, propicia a defesa em juízo de todos os direitos assegurados pela Lei Maior.

O legislador, quando da confecção deste dispositivo concedeu ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, facultando ao jurisdicionado o direito de ação para provocação do judiciário em juízo e outorgou ao juízo o poder geral de cautela, que pode ser apurado do acesso à justiça mediante uma interpretação profunda e mesmo que implicitamente, deve-se presumir a possibilidade de concessão de cautelares como segurança do indivíduo e resguardo de seus direitos ante às possíveis ameaças de lesão. Ou seja, aferimos seu caráter repressivo e, também, preventivo.

Sobre o tema e mais propriamente acerca do que discorre o Art. 5°, inciso XXXV da Constituição Federal, Pietro de Jesus Lora Alarcón, (2011, p.180) apregoa brilhantemente seu entendimento:

[...] Observe-se que existe uma tríplice mensagem normativa. Primeiro, dirigida ao legislador, que não poderá afastar através de seus dispositivos típicos o exame de qualquer lesão ou ameaça ao direito pelo órgão jurisdicional; logo, ao próprio Judiciário, ao qual lhe está vedado eximir-se de apreciar e, ao final, realizar o direito; finalmente, aos coassociados, que tem a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para resolver seus conflitos, livres de constrangimentos que os obriguem a assumir a opção de fazer justiça por aí.

Com o intuito de dar ao tema maior explanação e viabilidade em outros dispositivos, Bedin e Spengler (2013, p.143), no trabalho intitulado "O Direito de Acesso à Justiça e as Constituições Brasileiras: Aspectos Históricos" reportam seu texto à consagrada obra do professor e jurista Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, "Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública", que dispõe mais especificamente da relevância prática à previsão de outros direitos e garantias engajadores do acesso à justiça:

Dessa forma, a relevância da Constituição de 1988 para empregar maior efetividade ao direito de acesso à justiça se deve a algumas medidas e conceitos adotados pela Constituição. Vejamos: a consagração do princípio da igualdade material (Art. 3°); alargamento do conceito de assistência judiciária gratuita (Art. 5°, LXXIV), compreendendo também o direito à informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial; previsão de criação dos juizados especiais para julgamento e execução de causas cível de menor complexidade e penais de menor potencial ofensivo (Art. 98, I); previsão de uma justiça de paz (Art. 98, II); tratamento constitucional da ação civil pública para defesa dos direitos difusos e coletivos (Art. 129, III); novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos (Arts. 5°, LXX, LXXI) e legitimidade aos sindicatos (Art. 8°, III) e sociedades associativas (Art. 5ª, XXI) defenderem direitos coletivos e individuais; reestruturação e fortalecimento do Ministério Público (Arts. 127 e 129); e elevação da Defensoria Pública como instituição fundamental à função jurisdicional (Art. 134).

Assim, o direito de acessar à justiça e ter para si uma jurisdição inafastável – aproveitado

indistintamente pelos jurisdicionados – é vislumbrado como o mais básico dos direitos humanos interpretado em conjunto com os novos direitos individuais e coletivos à medida que, debruça seu esteio e aplicabilidade sobre outros direitos – acima arrolados – em plena harmonia pela qual: um não exclui o outro e sim, agrega positivamente, para própria efetividade e tutela do exercício em juízo e apreciação da real violação ou ameaça de lesão a direito.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 é considerada como uma das mais completas do mundo quando o assunto toca a previsão de direitos e garantias fundamentais, e nesse contexto, viabilizou o acesso à justiça pela inafastabilidade da jurisdição, consagrou a igualdade material – na busca incessante pela igualdade real – conjecturada na máxima Aristotélica<sup>24</sup> pela garantia de redução da desigualdade social e, para ratificar tais premissas, a previsão da assistência judiciária gratuita aos necessitados com consequente reorganização das Defensorias Públicas a fim de concretizar este benefício.

Desta feita, o Estado como detentor do monopólio da jurisdição – quando veda a autodefesa e limita a autocomposição – tem o dever de criar mecanismos para o acesso de todo e qualquer cidadão às portas do judiciário, não podendo, em qualquer circunstância, se eximir de solucionar os litígios que lhes são submetidos, visando ao final de um devido procedimento – ressalvadas todas as garantias que aproveitam às partes – se achegar a uma decisão justa, pública, coerente e equânime.

#### 5 CONCLUSÃO

Após percorrer o cediço estudo – que resultou neste exposto – pode-se entender que a evolução histórica do acesso à justiça se deu de forma morosa e gradativa, harmonizada com os anseios sociais à medida que tais transformações iam ocorrendo ao longo do tempo.

É correto dizer que o Direito Romano influenciou fortemente na construção deste instituto, já que como berço para as demais legislações, demonstrou a evolução de conceitos, cargos, custas e da própria justiça, com o fim de atender a todas as pessoas indiscriminadamente, e na pessoa do advogado, o anseio incessante pelo deslinde do litígio.

Assim, das ordenações de Portugal aplicadas à Colônia brasileira, passando pelo período Imperial, pela Velha República e pela Ditadura Varguista, até um breve período democrático pós Vargas em contraponto com a Ditadura Militar, e com a redemocratização da década 1980 calcada na promulgação da Constituição de 1988, o acesso à justiça em nosso país, mais especificamente, passou por vários momentos de evolução e decadência, de concessão e supressão. Contudo, é notório que nas últimas três décadas, o acesso à justiça avançou de forma significativa com a

<sup>24 &</sup>quot;Tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades."

promulgação da garantista "Constituição Cidadã", instrumentalizando de forma apta, mediante órgãos especializados, a concessão dos direitos, benefícios e garantias.

É possível, embora não tenha sido o foco do estudo, perceber que medidas muito importantes foram adotadas no Brasil para melhorar e garantir um acesso à justiça mais eficiente aos cidadãos, como, por exemplo, a criação dos Juizados Especiais e a implantação das Defensorias Públicas, que de fato, garantem o acesso efetivo à justiça através da justiça gratuita prestada aos necessitados que comprovarem sua insuficiência de recursos.

Perante a abordagem majoritariamente histórica, é correto afirmar que o acesso à justiça, idealizado nos dias atuais inclusive como princípio constitucional, não foi conquistado de pronto, e sim, se concretizou como indispensável ao logo do tempo; sua edificação e aplicabilidade não logrou o patamar de algo que não possa ser melhorado, muito pelo contrário, sua utilidade prática deve corroborar com uma jurisdição inafastável e acessível em todas suas ramificações por qualquer cidadão.

Dessa forma, o acesso à justiça é um objetivo que devemos permanentemente buscar, devendo ser o acesso qualificado, de modo a cumprir com as características de ser amplo, justo e célere; que pacifique litígios em um tempo razoável e que a sensação de justiça não se perca pelos caminhos do procedimento. As barreiras que impediam o acesso do cidadão ao Judiciário estão aos poucos se rompendo definitivamente. O indivíduo, como um sujeito de direitos, não pode mais ser considerado individualmente, mas sim como um integrante da coletividade que possui direitos fundamentais que devem ser protegidos e efetivados.

#### REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARAÚJO, Fabiana Azevedo. **A Remuneração do Advogado: investigações acerca da natureza jurídica dos honorários de sucumbência**. Brasília, Consulex: revista jurídica.1997.

BEDIN e SPENGLER, **O Direito de Acesso à Justiça e as Constituições Brasileiras**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. Jul/Dez 2013. ISSN: 1982-0496. Q

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Politica do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional do Brasil, 1891.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional do Brasil, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Francisco Campos, 1937.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência Jurídica Gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPLLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CORPUS Iuris Civilis. 16. ed. Berlin: Berolini, 1954.

COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Editora: Hemus. 12ª Edição, 1996.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O Direito no Brasil Colonial.** In: Wolkmer, Antônio Carlos. Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIDONE, André Rubens. **A Influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na Formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império**. Tese de doutorado.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2002.

FONSECA, João Francisco Naves da. **O Advogado em Roma**. 2011, artigo de revista. Lex Magister.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; VASCONCELOS, Antônio Gomes de (Org.). **Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 7-27. (Série Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito, v. 2).

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Devido Processo Legal na Jurisdição Civil**. Brasília, DF. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática**. São Paulo: Cortez. 2ª Edição. 2007.

SILVA, Jose Luiz Foresti Werneck da. Correio Braziliense, Brasília, nº 8560, p. 7-8, 13/09/ de 1986, 13/09/1986.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português: Fontes de Direito.** Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SOUZA, M. F. **História do Acesso à Justiça no Brasil**. Direito & Diversidade, v. 5, p. 28-45, 2015.

TAVARES, Fernando Horta. **Teoria Geral do Direito Público**. Editora: Del Rey, 2013.

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. Editora: Leya, 2011.

# A PROBLEMÁTICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Julia Ferrari PILLA<sup>1</sup> João Victor Mendes de OLIVEIRA<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Os tratados internacionais foram criados com o intuito de estreitar os laços estatais. A partir do momento em que os direitos humanos passaram a incorporar o conteúdo jurídico desses instrumentos, os países signatários passaram a ter a obrigação de assegurá-los. Nessa perspectiva, busca-se demonstrar, em um primeiro momento, a importância atribuída à tutela dos direitos humanos e suas noções gerais, permeando o seu conceito, histórico de positivação, bem como suas características. Em um segundo momento, foi retratado a dissonância entre os supralegalistas e os constitucionalistas sobre o status hierárquico conferido aos tratados internacionais, sobretudo os que possuem como conteúdo material os direitos humanos, visto que ainda hoje há discussão na doutrina e na jurisprudência sobre esse aspecto.

**PALAVRA-CHAVE:** Direitos Humanos. Características. Dimensões. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Hierarquia.

# 1 INTRODUÇÃO

Em épocas de constantes alterações na estrutura da sociedade brasileira, os direitos humanos passaram a ter proeminência nos debates e no estudo do direito.

Cumpre frisar que o presente trabalho não busca escoar o estudo dos direitos humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto se mostraria um estudo histórico e não jurídico, pois a construção acadêmica existente é bem extensa e profunda.

Busca-se com o presente trabalho fazer um apanhado histórico acerca das constantes mutações sociais, as quais resultaram em criações de normas protetoras dos direitos do homem, culminando na promulgação de tratados internacionais de direitos humanos.

Sem dúvida os tratados internacionais de direitos humanos tiveram e ainda tem muita relevância jurídica, pois uma vez ratificados pelo Brasil, passam a integrar o sistema jurídico brasileiro e hão de ser cumpridos, sob pena de responsabilização internacional — *pacta sunt servanda*.

Em sede de considerações iniciais, após perpassar os aspectos históricos dos direitos humanos e suas características, buscou-se delinear sua eficácia no direito brasileiro, sobretudo, aqueles emanados de tratados internacionais.

<sup>1</sup> Discente do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – São Paulo. Email: ¡uliapilla@terra.com.br.

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito Civil no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP. Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Advogado. Email: joaovictormospfc@hotmail

Nessa perspectiva, analisou-se a teoria monista e dualista, as quais buscam estabelecer qual norma deve prevalecer quando há conflito entre normas nacionais e normas provenientes de tratados internacionais, sendo certo que o Brasil adota àquela, porquanto o direito interno e o direito internacional compõem parte de um mesmo ordenamento jurídico (unidade normativa).

Partindo da premissa que as normas internacionais e nacionais compõem uma unidade normativa, elas são passíveis de confronto, ocasião em que entra em cena a extrema e árdua discussão acerca da hierarquia normativa.

Realmente, a busca pela consonância dessas normas tem se mostrado muito desafiador, pois a doutrina e a jurisprudência nacional divergem nesse sentido.

À vista disso, o presente trabalho analisou sistematicamente as decisões proferidas pelo Suprema Corte Brasileira e seu enfrentamento pela doutrina pátria, assim como os impactos ensejados pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o fito de vislumbrar uma maior coerência entre elas.

## 2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de mais nada, é importante apontar a diferença entre *direitos do homem*, *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.

Os *direitos do homem* são considerados o conjunto de normas que contemplam direitos naturais, as quais podem ou não estarem positivadas. São direitos que transcendem os textos constitucionais e até mesmo os tratados, porquanto aptos à proteção global do homem e válidos a todo tempo, independente do processo de evolução em que o mundo se encontre.

Os *direitos fundamentais*, por sua vez, são aqueles que foram incorporados no ordenamento jurídico interno de cada Estado por meio de suas respectivas constituições.

Para José Gomes Canotilho (2002, p. 391), os direitos fundamentais são aqueles objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, enquanto os direitos humanos são aqueles válidos para todos os povos e em todos os tempos.

Esses direitos possuem força obrigatória cogente, de modo que devem constar de todos os textos constitucionais, independente de ulterior modificação, sob pena de o instrumento chamado constituição perder totalmente o sentido de sua existência, tal como assevera o conhecido art. 16 da Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (MAZZUOLI, 2012, p. 822).

Já os *direitos humanos* são aqueles que se encontram objetivados nos tratados e emanados dos costumes internacionais, de modo que suplantam as normas nacionais, alçando o patamar de

direito internacional público, perfazendo um direito comunitário.

Nessa perspectiva, Flávia Piovesan (2010, p. 43) disserta sobre uma concepção contemporânea dos direitos humanos, fundando-se na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, conferindo à dignidade humana o mais alto valor a ser tutela pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Em um primeiro momento, ela atribui a Declaração Universal e Direitos Humanos de 1948 o marco do processo de reconstrução do sistema internacional por introduzir uma concepção contemporânea, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade. A primeira característica se dá em virtude da extensão universal dos direitos humanos, visto que a condição de pessoa é o único requisito para se ter dignidade e a titularidade de direitos. Já a segunda característica relaciona-se à garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que se algum deles for violado, os demais também serão, o que denota a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 43).

Valério de Oliveira Mazzuoli(2012, p. 824) assinala algumas distorções resultantes do processo de diferenciação realizado pela doutrina:

Mas, para além dos pontos de encontro, existem também pontos de divergência, como a falta de identidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão amplo, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por todas as pessoas indistintamente (tome-se, como exemplo, o direito de voto, que não pode ser exercido pelos constritos, durante o período de serviço militar, sem falar – obviamente – nos estrangeiros: CF, art. 14, § 2°). Os chamados direitos humanos, por sua vez, podem ser vindicados indistintamente por todo cidadão do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu, reconhecido em tratado internacional do qual seu país seja parte. Talvez por isso certa doutrina tenha preferido a utilização da expressão *direitos humanos fundamentais*, como querendo significar a união material da proteção de matriz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional de tais direitos.

O autor aponta que, embora grande parte da doutrina se limite a traçar as distinções entre tais direitos, não se pode analisá-los com tanta rigidez, pois o que de fato importa é a interação entre eles.

É importante salientar que a evolução do conceito de direitos humanos só foi possível a partir do desenvolvimento do próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, postulado tão perseguido pelos ordenamentos democráticos. Na esteira deste entendimento, vale-se da lição de Jaime Domingues Brito (2010,p.188):

O princípio da dignidade pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

A lição doutrinária citada é de suma importância, pois reflete – de maneira pontual- a

evolução da ciência jurídica moderna. Só foi possível vencer a etapa do totalitarismo e consagrar instrumentos normativos de direito interno e internacionais (tratados de direitos humanos, tribunais internacionais, etc.) a partir do desenvolvimento e positivação interna do postulado maior do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

#### 2.1 Breve Histórico da Positivação dos Direitos Humanos

Os direitos humanos são resultado de uma longa e árdua história. A princípio, tem seu ponto de insurgência na Idade Média, período em que os religiosos debatiam sobre a defesa da igualdade entre os homens em uma mesma dignidade.

Nessa época os filósofos e religiosos acolheram e desenvolveram a teoria do direito natural em que o ser humano seria a essência de uma ordem social e jurídica justa — direito natural supraestatal —, no entanto era considerada hierarquicamente inferior a lei divina. Em contrapartida, os racionalistas defendiam que todos os homens possuem direitos naturais inatos, os quais não poderiam ser desprezados. Para estes, os direitos naturais se sobrepunham ao poder do Estado e sobe a influência da igreja.

Esta segunda corrente de pensamento deu azo ao atual sistema internacional de proteção dos direitos do homem.

A evolução desses preceitos naturais teve sua primeira repercussão na Carta Magna(1215) — *Magna Carta Libertatumseu ConcordiaminterregemJohannemEtBaronespro concessione libertatumecclesiae et regniAngliae* —a qual disciplinou pela primeira vez garantias contra a arbitrariedade do poder estatal.Os principais legados deixados pela Magna Carta foram: o reconhecimento das liberdades eclesiásticas; não tributação sem que os contribuintes dêem seu consentimento por meio de representantes; princípio da legalidade — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei —; o devido processo legal (*dueprocessoflaw*); inviolabilidade de domicílio, entre outros.

Além disso, a Carta Magna influenciou diversos documentos, como o*Habeas Corpus Act* (1679) e o*Bill ofRights* (1689).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) elencava direitos naturais ao ser humano, disciplinando a sua supremacia ante o poder político e que este deveria respeitá-lo. Essa declaração foi inspirada pela Declaração de Direito Norte-Americanas (Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a qual constava expressamente a noção de direitos individuais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), conjuntamente com os anseios da população à liberdade, que marcaram o século XIX e XX, sem dúvidas, ampliou demasiadamente o campo de atuação dos direitos humanos, ensejando na definição e

desenvolvimento dos direitos sociais e econômicos.

Foi somente em 1864, com a assinatura da Convenção de Genebra, que os direitos humanos — direito internacional humanitário — passaram a integrar o sistema normativo internacional, ou seja, pela primeira vez houve inauguração dos direitos humanos no âmbito internacional, cujo objetivo era proteger militares fora do combate (doentes, feridos, náufragos, prisioneiros), assim como a população civil atingida pelos conflitos bélicos, limitar o emprego de determinados recursos, métodos e meios de combate durante os conflitos armados —atualmente denominado "direito de Haia".

Essas normas, por terem sido adotadas em conferências internacionais que foram patrocinadas pela Cruz Vermelha, integram o "direito de Genebra".

O direito humanitário possui como principal finalidade a imposição de limites ao poder dos Estados quando deflagrado um conflito bélico, seja ele nacional ou internacional. É nesse sentido que o direito humanitário visa impedir a violência exacerbada empregada pelos Estados, com vistas a proteção dos direitos fundamentais.

Esse foi o primeiro grande marco mundial de proteção aos direitos humanos, visto que pela primeira vez houve a imposição de limites à atuação e a liberdade dos Estados nas hipóteses de conflitos armados.

Pós Primeira Guerra Mundial, o presidente americano Woodrow Wilson criou os "14 pontos de Wilson", que visava à solução dos conflitos por meios pacíficos e diplomáticos, o qual foi aprovado pelo Congresso e, posteriormente, incorporado no Tratado de Versalhes, surgindo a Liga das Nações.

A Liga das Nações veio com o espírito pacifista, apontando pela necessidade de relativização da soberania dos Estados, a fim de manter ordem mundial, por meio da cooperação, paz e segurança internacional.

O preâmbulo da Liga das nações (PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES,1919) assim dispõe:

As altas partes contratantes, considerando que, para desenvolver a cooperação entre as Nações e para lhes garantir a paz e a segurança, importa:aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra;manter claramente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra;observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional, reconhecidas de ora em diante com regra de conduta efetiva dos Governos;fazer reinar a justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas relações mútuas dos povos organizados. Adotam o presente Pacto que institui a Sociedade das Nações.

Finda a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), as tragédias e atrocidades ocorridas nesse período gerou uma consciência coletiva internacional de respeito aos direitos humanos, de modo que se assim não fosse, a convivência pacífica entre as nações tornar-se-ia impossível.

Nessa perspectiva, os Estados se viram obrigados a iniciar uma construção normativa internacional capaz de proteger os direitos humanos, de modo a evitar que situações como esta voltassem a ser perpetradas.

Em 26 de junho de 1945 criou-se a Organização das Nações Unidas (doravante, ONU), a fim de promover a paz e prevenir futuras guerras.

Os ideais da Organização (BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945) foram elencados no preâmbulo da carta:

Nós os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Com o advento da Organização das Nações Unidas, o processo de internacionalização dos direitos humanos se avultou, culminando no surgimento de inúmeros tratados internacionais de alcance global (âmbito da ONU) e de alcance regional (sistema europeu, interamericano e africano), com a finalidade de garantir os direitos humanos e resguardá-los contra o próprio estado.

Em 10 de dezembro de 1948 ocorreu a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A partir desse momento, alguns direitos foram positivados com alcance a toda humanidade, entre eles, o direito de liberdade e igualdade em dignidade e direitos, sem qualquer distinção; direito à vida; proibição da escravidão em todas as suas formas; proibição à tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito de receber dos tribunais internacionais remédios efetivos para os atos que violem direitos fundamentais; proibição a tribunais "ad hoc"; presunção de inocência; direito à nacionalidade; direito ao asilo, entre outros.

Nessa conjuntura, os sistemas de proteção global e regional passaram a integrar o universo jurídico de proteção aos direitos humanos, de modo que, em caso de violação de algum dos direitos protegidos internacionalmente, caberia ao indivíduo escolher o aparato mais favorável para a reparação dos danos.

Diante disso, todos os tratados que possuem conteúdo de direitos humanos se unem num conjunto normativo, resultando em uma complementariedade com o sistema global, com vistas à primazia da pessoa humana, perfectibilizando uma proteção mais eficaz.

Vale ressaltar que a diversidade cultural relativa a cada Estado não pode servir de escusa ao cumprimento dos tratados por ele assinados, pois têm o dever de assegurar os direitos fundamentais inerentes ao homem, relativizando sua soberania.

Dessa forma, em caso de descumprimento de algum preceito internacional que contemplem direitos humanos haverá a responsabilização estatal, como veremos adiante.

# 5 O TRATAMENTO CONFERIDO PELO DIREITO BRASILEIRO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Fixadas as noções até aqui desenvolvidas e antes mesmo de adentrar ao estudo dos impactos dos tratados internacionais no direito interno, cumpre, primeiramente, assentar algumas premissas sobre os tratados internacionais.

Com efeito, os costumes internacionais sempre foram a maior fonte do direito internacional, os quais após o movimento de positivismo deram lugar aos tratados internacionais, sendo certo que hoje é a maior fonte de obrigação do direito internacional, porquanto obrigatórios e vinculantes – *pacta sunt servanda* (PIOVESAN, 2010, p. 43).

Destarte, Francisco Rezek (2011, p. 38) conceitua tratado como sendo todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.

Entende-se por tratado, o acordo de vontade firmado por escrito entre duas ou mais pessoas jurídicas de direito internacional público em que, após sua ratificação passam a surtir efeitos jurídicos obrigatórios e vinculantes, de acordo com as normas de direito internacional (ACCIOLY. 2016, p. 154-157).

Os tratados como expressão genérica — *latu sensu* — podem versar sobre qualquer matéria, de modo que podem ou não ser de interesse dos cidadãos.

Nesse sentido, o termo "tratado" é utilizado como gênero, cujas espécies são acordo, carta, concordata, ajuste, convenção, contrato, compromisso, declaração, regulamento, estatuto, etc., de modo que a depender do seu conteúdo, do número de partes contratantes, da qualidade das partes contratantes e da sua finalidade, uma determinada terminologia é utilizada.

De outro turno, Rezek (2011, p. 39-40) pondera que as diversas terminologias comumente se confundem, por se tratarem de sinônimos da expressão "tratado", tendo em vista que todas se prestam à livre designação de qualquer acordo formal, concluído por pessoas jurídicas públicas e destinados a surtirem efeitos jurídicos.

O autor apenas ressalva o termo "concordata" como sendo a expressão destinada estritamente à denominação de tratados internacionais em que uma das partes contratante é a Santa Sé (REZEK, 2011, 39-40).

A Convenção de Viena sobre os Tratados(BRASIL. Decreto 7.030, 14 de dezembro de 2009) por sua vez, limitou a abrangência do termo "tratado" apenas àqueles que forem celebrados

entre Estados, excluindo de sua abrangência todos os demais acordos de vontade dos quais entidade ou organização internacional façam parte:

- 1. Para os fins da presente Convenção:
- a)"tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; [...]
- 2. As disposições do parágrafo 1 relativas às expressões empregadas na presente Convenção não prejudicam o emprego dessas expressões, nem os significados que lhes possam ser dados na legislação interna de qualquer Estado.

Para fins do presente trabalho, partiremos da premissa da Convenção de Viena, de modo que restringiremos a análise apenas aos tratados celebrados entre estados.

#### 5.1. Relações Entre os Tratados Internacionais e o Direito Interno – Teoria Dualista e Monista

É de longa data a discussão acerca da eficácia e aplicabilidade das normas internacionais no direito interno para a definição de sua hierarquia.

Diante dessa problemática surgiram duas teorias que tentam solucionar essa questão, quais sejam, a teoria monista e a teoria dualista.

Elas buscam estabelecer quais das normas prevalecem quando há conflito entre normas de direito internacional e normas do direito interno.

Com efeito, a teoria dualista, cujo precursor foi *Alfred vonVerdross*, preceitua que o Direito Internacional e o Direito Interno são sistemas distintos, com normas independentes, embora válidas, de modo que as normas de direito internacional não possuem qualquer influência no direito interno – sistemas mutuamente excludentes (MIRANDA, 2009, p. 125).

Segundo a corrente dualista, para que normas do Direito Internacional passem a ter influência no ordenamento interno é necessário que elas sejam transformadas – internalizadas – pelo Estado em normas do Direito Interno.

Portanto, não haveria nenhuma possibilidade de conflito entre elas, já que após a *adoção* ou *transformação*, as normas internacionais passariam a integrar as normas de direito interno.

Nesse sentido, caso houvesse conflito entre normas, é certo que seriam entre leis internas, sendo solucionado pelas normas nacionais do Estado, de modo a concluir que a lei interna sempre iria prevalecer sobre as normas internacionais.

Assim, Mazzuoli (2010, p. 79-80) ao dissertar sobre a autonomia das normas internas e internacionais, traz à baila a teoria da *mediatização*, assim denominada por *Laband*:

[...] para que o Direito Internacional seja integrado à ordem jurídica interna, faz-se necessário também entendê-los como parte integrante do Direito estatal, este sim a única ordem verdadeiramente soberana. Seria o Direito do Estado (ou seja, o Direito criado exclusivamente pelo Estado, sem a participação de qualquer outro ente) o responsável único por autorizar o ingresso de uma norma internacional no plano do Direito Interno.

Nessa concepção, o Estado recusa aplicação imediata ao Direito Internacional, só alcançável por meio de procedimento incorporativo próprio do Direito Interno. Daí o motivo pelo qual alguns autores (como Laband) terem chamado a teoria da incorporação ou transformação de mediatização, cujo fundamento deriva da autonomia das duas ordens jurídicas (interna e internacional).

De mais a mais, para os dualistas o descumprimento de tratados, ainda que internalizados, não possui aptidão para influir no direito interno, pois se tratam de meros compromissos exteriores. Portanto, em caso de descumprimento de preceitos internacionais que sofreram o processo de *adoção* pelo Estado, a competência para julgamento de possível violação é dos tribunais internos, de modo que o Estado jamais se submeteria a competência de tribunais internacionais.

Todavia, há dentro da concepção dualista, uma subdivisão, denominada de teoria dualista moderada, a qual não exige a adoção ou a transformação para que uma norma internacional vincule o Estado. Para os adeptos dessa corrente moderada, bastaria que o Estado realizasse um ato formal de internalização, como por exemplo, por meio de uma lei, de um regulamento ou decreto.

Ocorre que a concepção dualista sofre inúmeras críticas.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 84), seria inconcebível a ideia de diversidade de fontes entre o Direito Interno e o Direito Internacional, pois, se assim fosse, um deles seria não jurídica e, nesse caso, como jamais se negou o caráter jurídico do Direito Interno, consequentemente, seria não jurídico o Direito Internacional, já que não seria possível considerar dois sistemas divergentes e antagônicos como jurídicos. Além disso, sustenta que não se pode admitir igual validade à normas antagônicas, pois o direito não tolera antinomias. Por fim, o fato de existir uma norma interna contrária a um tratado internacional não justifica o dualismo, já que o mesmo pode suceder na ordem interna com várias espécies de normativas.

De outra banda, a corrente monista, possui Hans Kelsen como seu principal expoente.

Essa concepção preconiza que o Direito Internacional e o Direito Interno são interrelacionáveis e compõem uma unidade normativa, sendo espécies de um mesmo sistema jurídico.

Assim, não seria necessária a transformação das normas internacionais para poderem integrar o direito interno, pois, sendo espécies de um mesmo ordenamento jurídico, a simples ratificação pelo Estado bastaria para que o Direito Internacional passasse a surtir efeitos no Direito Interno.

Porém é certo que o Direito Internacional possui maior abrangência normativa, de modo que podem regular qualquer matéria de Direito Interno, mas o contrário não é verdadeiro.

No entanto, há discussão quando se trata de conflito normativo. Nesse sentido a teoria monista cindiu-se em monismo nacionalista e a vertente do monismo internacionalista.

Para a corrente monista nacionalista cabe ao Estado a opção pela adoção das normas de

Direito Internacional.

Os monistas nacionalistas aceitam a submissão às normas de Direito Internacional, porém desde que observado a ordem jurídica interna, de modo que só é possível a vinculação do Estado às normas internacional se o Estado anuir a vinculação dos tratados.

Para Hans Kelsen (2006, p. 369) esse reconhecimento pode se dar expressamente por um ato de legislação ou de governo, ou até mesmo, tacitamente, pela efetiva aplicação pelo Estado das normas de Direito Internacional, pela conclusão de convênios internacionais.

Portanto, o Direito Internacional somente vincula o Estado, se este, no exercício do seu poder soberano, o reconhecer como obrigatório e com efeito vinculante.

Essa corrente também sofre inúmeras críticas, entre elas, trago a baila a ponderação apresentada por Jorge Miranda (2009, p. 126):

O monismo com primado de Direito interno acaba por reverter numa forma de negação do Direito Internacional, por se aproximar muito da orientação doutrinal (hoje completamente ultrapassada) que vê o Direito Internacional como uma espécie de Direito estatal externo. Reconhece-se a existência de um só universo jurídico, mas quem comanda esse universo jurídico é o Direito interno e, em último termo, a vontade dos Estados. O fundamento de unidade do Direito Internacional encontrar-se-ia numa norma de Direito interno.

Já a corrente monista internacionalista defende que a normas de Direito Internacional são hierarquicamente superiores às normas de Direito Interno.

Nessa perspectiva, para os internacionalistas em casos de conflito de normas, em que a norma interna se contradissesse com as normas internacionais, estas prevaleceriam, pois encontram seu fundamento de validade no princípio *pacta sunt servanda*. Assim, nula seria a norma interna que contrariasse uma norma ou preceito internacional.

Todavia, essa corrente passou a ser gradativamente combatida pelos monistas moderados, pois para eles é incompreensível dizer que a leis interna deixam de ter validade se colidir com alguma norma internacional.

Dessa forma, defendiam que os juízes e tribunais internos deveriam aplicar em seus julgamentos tanto as normas domésticas, quanto as normas internacionais e, em caso de antinomia, deveriam utilizar o critério cronológico.

Por fim, Valério de Oliveira Mazzuoli(2010, p. 129-127) sustenta uma terceira corrente monista, denominada de internacionalista dialógico, cujo objetivo é analisar a hierarquia com base no conteúdo das normas. Segundo ele, quando estamos diante do tema direitos humanos deve-se assegurar o "diálogo das fontes" de proteção internacional e interna, a fim de analisar qual a norma mais adequada para aplicar no caso concreto.

Nesse sentido preceitua o autor (MAZZUOLI, 2012, p. 95):

[...] a aplicação de uma lei ordinária (quando mais benéfica) em detrimento de um tratado

de direitos humanos não deixa de respeitar ao princípio de hierarquia, pois proveio justamente de uma norma de interpretação do tratado (que consagra o "princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano" ou "princípio internacional *pro homine*") que lhe é hierarquicamente superior. Aqui se trata de uma hierarquia de valores, ou seja, *substancial* ou *material*, em contraposição à ultrapassada hierarquia meramente *formal*, de cunho intransigente.

Diante disso, a doutrina brasileira muito se esforça com o fito de determinar a teoria prevalente no Brasil, bem como estabelecer a hierarquia entre os tratados internacionais comuns, tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados antes e os aprovados depois da Emenda Constitucional nº 45.

#### 5.2 Uma análise crítica da hierarquia dos tratados internacionais e o direito brasileiro

Há anos vigorou no Brasil o sistema paritário, no qual as normas provenientes de tratados e convenção guardam uma relação de equidade entre as normas nacionais internas, pois uma vez ratificados, passam a gozar de *status* de lei ordinária federal, independentemente de seu conteúdo – posição que foi amplamente defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe em seu artigo 5°, parágrafo segundo 2° (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988):

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação restritiva dessa norma, pois para eles sendo a constituição a norma de prevalência máxima, os tratados internacionais devem se submeter às normas constitucionais, de modo que não havendo previsão na Carta Magna quanto a hierarquia de tratados sobre o direito interno, em caso de conflito entre normas, será aplicado o critério cronológico – *lex posterior derogat priori* – ou o da especialidade, independentemente de sua natureza, seja internacional ou interna, já que ambas estão no mesmo plano de validade.

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal os tratados devem se subordinar à Constituição Federal, já que possuem status de lei ordinária, inclusive os que versam sobre direitos humanos.

Nesse mesmo sentido o Ministro Celso de Mello, defendeu no Recurso Extraordinário 254.544/GO<sup>3</sup> que as normas internacionais provenientes de convenções ou tratados jamais prevalecem sobre a Constituição Federal, pois o artigo 5°, parágrafo 2° da Constituição Federal não deve ser interpretado de modo minucioso a ponto de se entender que o Congresso Nacional encontra-se limitado de exercer as suas funções típicas face aos óbices impostos por normas internacionais.

Todavia, a doutrina mais abalizada tem se aportado na tese de que o parágrafo 2º do artigo

B DE MELLO, Celso. RE 254.544/GO, DJ. 05 de outubro de 2000.

5º da Magna Carta não deve ser interpretado como um rol taxativo, de modo que os tratados que possuem conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados passariam a ter equivalência constitucional.

Insta salientar que os tratados internacionais de direitos humanos que não possuem conteúdo de direitos humanos mantêm natureza infraconstitucional.

Diante disso, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto, ou seja, havia um regime jurídico aplicável aos tratados que versavam sobre direitos humanos e outro aplicável aos tratados comuns.

Nessa perspectiva, os tratados que possuíam conteúdo material de direitos humanos, tinham status de normas constitucionais, sendo automaticamente incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A propósito, Cançado Trindade (1996, p. 34) disserta que os tratados internacionais possuem aplicação imediata, salvo se houver alguma ressalva em sentido contrário, impondo uma condição para a execução. O autor ainda afirma que se não partirmos da premissa de que os direitos contidos nos tratados possuem auto-aplicabilidade, estaríamos permitindo, por via reflexa, a sua violação, o que não deve ser tolerado.

Além disso, todos os direitos contidos nos tratados passam a constituir cláusula pétrea, de modo que não podem ser suprimidos, ainda que por força de emenda constitucional.

A intangibilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais é disposta pela própria Constituição Federal, em seu artigo 60, parágrafo 4°, inciso IV (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), em que proíbe expressamente a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Há, ainda, que ressaltar a possibilidade de eventual conflito entre normas internacionais com status constitucional e as normas constitucionais. Nessa hipótese, a doutrina aponta para aplicação o princípio *pro homine*, cujo objetivo é aplicar a norma mais favorável a pessoa humana.

Foi com o intuito de reafirmar a importância dos direitos humanos, assim como minimizar a contenda acerca da hierarquia da Constituição sobre os tratados internacionais de direitos humanos, que em dezembro de 2004 foi editada a Emenda Constitucional nº 45, incluindo o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), com a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela

Contudo, essa nova previsão legislativa não veio apaziguar a extensa e incansável discussão sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais.

Após a edição da EC nº 45 surgiram duas correntes: a da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes e a segunda corrente defende que os tratados de direitos humanos são equivalentes à Constituição Federal, corrente esta adotada pelo Ministro Celso de Melo, Valério de Oliveira Mazzuoli, Cançado Trindade, Flávia Piovesan, entre outros.

Para os defensores da primeira corrente – supralegalidade – os tratados que versam sobre direitos humanos estariam entre a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, sendo superior a estas e inferior àquelas, tendo sempre em vista o primado da soberania interna.

Em outras palavras, o legislador declarou que as normas internacionais, ratificadas antes da mudança constitucional e sem a aprovação pelo Congresso Nacional com o quorum qualificado não podem ser equiparadas às normas constitucionais. No entanto, foi atribuído um caráter especial aos tratados de direitos humanos, qual seja, a supralegalidade.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes defendeu no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP ser mais congruente analisar os tratados que versam sobre direitos humanos sob a ótica da supralegalidade. Para ele essa espécie de tratado seria na essência infraconstitucional, mas que por possuírem um conteúdo de direitos fundamentais conservam o caráter da supralegalidade, pois embora não possam se igualar a Constituição Federal, devem se sobressair às normas infraconstitucionais comuns.<sup>4</sup>

O *leading case* dessa mudança de paradigma pelo Supremo Tribunal Federal foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, por meio do qual, além de fixar a posição atual e majoritária da Suprema Corte sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, foi reconhecida a inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Com efeito, o artigo 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) proíbe a prisão civil por dívida, salvo na hipótese dívida de alimentícia e a do depositário infiel.

Ocorre que, posteriormente a promulgação da Constituição Federal, o Brasil ratificou, sem reservas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992) e o Pacto de San José da Costa Rica (1992), os quais vedam expressamente a prisão civil do depositário infiel, em seu artigo 11 e 7, respectivamente.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. RE 466.343/SP, DJ. 03 de dezembro de 2008.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, assim dispõe:

Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nesse mesmo sentido, dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Diante desse conflito entre a norma constitucional e a norma internacional – tratado internacional de direitos humanos – pairou na doutrina extremo debate, até porque nessa época, a Suprema Corte tinha o entendimento de que os tratados internacionais, independentemente de seu conteúdo, possuíam status de lei ordinária.

Soma-se a isso, o fato de que prevalecia o entendimento – também defendido pelo STF – de que o Decreto-Lei 911/1969, que estabelece normas processuais sobre a alienação fiduciária foi recepcionado pela Constituição Federal, o qual equiparava o devedor fiduciário ao depositário infiel.

Em outras palavras, na medida em que o devedor fiduciário se tornava inadimplente se transfigurava em depositário infiel, o que, por força do artigo 5°, inciso LXVII, autorizava a prisão civil.

Sendo assim, para essa corrente – defendida pelo STF à época –, embora o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica proíbam a prisão civil do depositário infiel e tenham sido aprovados pelo Congresso nacional posteriormente a promulgação da Constituição Federal, eles não possuíam força suficiente para derrogar norma constitucional, além de que, sendo o Decreto Lei 911/1969 uma norma especial, não seria passível de revogação por meio de norma geral (tratados).

Em 2008, esse entendimento foi alterado, pelo já então mencionado Recurso Extraordinário 466.343/SP:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5°, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7°, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o DecretoLei n° 911, de 1° de outubro de 1969.[...] Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7°, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5°, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

No tocante ao Decreto Lei 911/69, o acórdão também converge pela impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciário, porém com fundamento diverso:

É possível antever que a contrariedade à Constituição já estaria configurada pela violação ao princípio da proporcionalidade, a qual ocorreria, no caso, por dois motivos principais: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passaria no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua tríplice configuração: adequação (Geeingnetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito; b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, estaria a criar uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaria a violação ao princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes).

Nessa perspectiva, a Suprema Corte sobrepujou o direito de liberdade do devedor fiduciário em detrimento do direito de recomposição patrimonial do credor, com vistas a proteção do direito fundamental daquele, até porque não podemos perder de vista o fato de que o Decreto em comento foi editado em período de exceção, ocasião em que os direitos fundamentais sofreram significativa desconsideração.

Sem dúvidas, essa inovadora teoria buscou conciliar a soberania da Constituição Federal com a relevância especial às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Em suma, por meio do julgamento do RE 466.343/SP o Supremo Tribunal Federal assentou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que levando em consideração a pirâmide normativa de Hans Kelsen, os tratados de direitos humanos estariam acima das leis infraconstitucionais e abaixo da constituição.

Essa posição especial conferida aos tratados com conteúdo material de direitos humanos importa na não aplicação – efeito paralisante – de qualquer norma infraconstitucional que conflite com o tratado, seja ela anterior ou posterior a ratificação a sua ratificação.

Nota-se, portanto, que esse novo entendimento trouxe um antagonismo de hierarquia entre tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que, para a Suprema Corte, apenas os tratados que foram ratificados conforme o parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal – rito especial – passariam a gozar de força material e formalmente constitucional, enquanto os demais que não foram aprovados por meio do quórum qualificado, teriam apenas status supralegal.

Em posição diametralmente oposta, os Ministros José Celso de Melo Filho, Eros Grau e Antônio Cesar Peluso defenderam que independentemente da forma de internalização dos tratados de direitos humanos eles ostentam status constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade.

Segundo essa corrente, também defendida por Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, os tratados que possuam diretivas que ampliem o rol dos direitos fundamentais do homem, devem adentrar ao ordenamento jurídico interno como normas materialmente constitucional, por força do

parágrafo 2°, do artigo 5° da Constituição Federal.

Não deve haver distinção entre tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial e os aprovados pelo rito comum, pois, além dessa distinção resultar em diversas incongruências, ela acaba por desamparar diversos direitos fundamentais, indo na contramão da própria Constituição Federal.

A tese da supralegalidade padece de higidez, na medida em os tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo rito especial, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não teriam força normativa capaz de afastar norma constitucional, já que a supralegalidade teria o condão de apenas produzir efeito paralisante sobre todas as normas infraconstitucionais que com ela se contrariem.

Nesse sentido, os tratados em comento apenas afastariam a normas previstas no Decreto Lei 911/69, porém não seriam capazes de afastar a previsão expressa na Constituição Federal.

Isso causa um grande desarranjo na tentativa de compatibilidade entre as normas internas e externas.

As normas jurídicas internas e internacionais devem se compatibilizar, de modo que não deve haver prevalência de uma sobre a outra, mas um equilíbrio dinâmico entre elas.

Por isso não há o que se falar em prevalência da norma externa a ponto de esvair a eficácia da Constituição Federal, assim como conferir a ela força material e formalmente constitucional a ponto de poder derrogá-la.

Isso porque, embora os tratados internacionais possam trazer em seu bojo direitos fundamentais, não podemos sobrelevar a Constituição Federal, a ponto de afastar qualquer norma que com ela se contrariem, pois pode haver normas constitucionais mais benéficas a sociedade.

Sendo assim, os tratados de direitos humanos estariam contidos no bloco de constitucionalidade, podendo ser materialmente constitucionais – status de norma constitucional – ou formal e materialmente constitucionais – equivalentes a emendas constitucionais.

Nesse contexto, ensina Flávia Piovesan (2006, p. 71):

[...] Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando - tal como o fez o texto argentino - que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional. (...) Reitere-seque, por força do art. 5°, § 2°, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quórum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O 'quorum' qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um astro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto.

Não podemos perder de vista que, embora o tratado não tenha sido aprovado pelo rito especial, ele pode ser submetido à aprovação com o intuito de conferir eficácia formal e materialmente constituição, com força de emenda constitucional.

Diante disso, adotar a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos importaria na violação do tratado, quando a Constituição previsse norma que com ele se contrariasse, o que acarretaria na responsabilização estatal.

Vale ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já declarou na Opinião Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993 (serie A, no. 13, parágrafo. 26) que o Estado viola a Convenção Americana, quando adota disposições incompatíveis com as obrigações por ele assumidas, independentemente dessas disposições estarem de acordo ou não com as normas internas.

[...] recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, "es indiferente para estos efectos. (Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26).

À vista disso, é mais congruente atribuir status materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos de acordo com o parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal, de modo que, em caso de conflito de entre a norma externa e a interna, seja aplicado o princípio *pro homine*, adotando a norma mais favorável ao homem, garantindo a dignidade da pessoa humana em seu mais alto valor.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como já exposto, os costumes são as maiores fontes do direito internacional, cujo objetivo é estreitar as relações entre os Estado e estatuir uma comunidade internacional.

Foi, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, que surgiu a preocupação dos países com a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo em vista as enormes atrocidades perpetradas nesse período, em que o formalismo e positivo demasiado apenas resguardava a soberania estatal, em detrimento da pessoa humana.

Nessa perspectiva, vários Estados passaram a aprovar e a se comprometer a resguardar os direitos humanos, inclusive o Brasil, o qual ratificou inúmeros tratados de direitos humanos, os quais passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

Por muito tempo, a jurisprudência brasileira emanada da Suprema Corte entendeu que todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil adentravam ao ordenamento jurídico com status de lei ordinária, os quais se submetiam ao critério cronológico, hierárquico e da

especialidade, em caso de conflito aparente entre normas, motivo pelo qual uma norma internacional jamais havia de prevalecer sobre normas constitucionais.

Entrementes, em razão da possibilidade de responsabilização internacional do Brasil quanto ao desrespeito aos tratados, tendo em vista que normas posteriores poderiam derrogá-los, a doutrina brasileira passou defender que os tratados comuns são equivalentes a lei ordinária, ao passo que os tratados que possuem conteúdo material sobre normas definidoras de direitos fundamental e aprovados sem o quórum qualificado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 são equivalentes as normas constitucionais, conforme o art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Já os tratados que possuem conteúdo material de direitos humanos que foram aprovados após a Emenda Constitucional nº 45/2004 por meio do quórum qualificado pelas duas casas legislativas possuem são equivalentes a emenda constitucional.

Tal posicionamento é mais congruente, visto que todos os tratados de direitos humanos fazem parte do bloco de constitucionalidade, de modo que o Estado, ao ratificá-los, se compromete a resguardar todos os direitos lá previstos, assim como efetivá-los, tendo em vista que essas garantias constituem cláusulas pétreas, razão pela qual o Brasil está absolutamente impedido de suprimi-las.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**/ Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. – 22. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DE MELLO, Celso.**RE 271.286 AgR**, j. 12-9-2000, 2<sup>a</sup> T, *DJ* de 24-11-2000.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos : curso elementar** / Sidney Guerra. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

HONESKO, Raquel Schlommer. **Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração**. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008, p. 195-197.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Altas, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveria. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. RE 466.343/SP, 2008.

MIRANDA, Jorge. Curso de direito internacional público: uma visãosistemática do direito internacional dos nossos dias/Jorge Miranda. — Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OPINIÃO Consultiva OC-13/93 de 16 de julho de 1993. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PIOVESAN, Flávia. (coord.). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. – 13. Ed. ver., aumen. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas Sobre A Assim Designada Proibição De Retrocesso Social No Constitucionalismo Latino-Americano**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos, in Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos**. In: Revista Jurídica (FIC). Vol 02 n. 31. Curitiba, 2013.

# DEMOCRACIA TARDIA NO BRASIL E A TRISTE HISTÓRIA DE SEUS ATAQUES DEMOCRÁTICOS

Ana Cláudia Rocha REZENDE<sup>1</sup> Luiz Otavio Baccon Rocha FALEIROS<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O trabalho em questão tem como objetivo dar visibilidade a necessidade de promover reflexões acerca da manutenção do sistema democrático brasileiro, sendo pertinente para tal análise outras democracias que sofreram ataques, embasadas no sistema Norte-Americano. Ressalta-se no trabalho que os ataques democráticos não acontecem mais de forma escancarada e sim de maneira sutil e velada. Após, traz-se acerca de como foi o período ditatorial no Brasil, identificando certas amarras que parecem se repetir nos dias de hoje. Finalmente, a partir das questões abordadas anteriormente, à luz do trabalho fica exposta a realidade atual do Brasil que está sofrendo repressões e intolerâncias por parte de seu próprio governante desde a sua candidatura evidenciando como a democracia está fragilizada. Utilizou-se na formulação da referida pesquisa o método dedutivo, em razão da complexidade da temática a ser trabalhada. Desenvolveu-se o presente exposto por meio da utilização de diversas revisões literárias, obras bibliográficas e obras de fontes secundárias, realizada por meio de artigos, livros e publicações no âmbito acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Política; Subversão; Democracia brasileira.

#### **ABSTRACT**

The work in question aims to give visibility to the need to promote reflection on the maintenance of the Brazilian democratic system, being pertinent to such analysis other democracies that suffered attacks, based on the North American system. It is emphasized in the work that democratic attacks do not happen more in an open way but in a subtle and veiled way. After, it brings about how was the dictatorial period in Brazil, identifying certain moorings that seem to repeat themselves today. Finally, based on the issues discussed above, in light of the work, the current reality of Brazil is exposed, which is suffering repression and intolerance from its ruler since his candidacy, showing how democracy is weakened. In the formulation of this research, the deductive method was used due to the complexity of the subject to be worked. The present article was developed through the use of several literary reviews, bibliographical works and works from secondary sources, carried out through articles, books, and academic publications.

**KEYWORDS:** Democracy; Politics; Subversion; Brazilian democratic.

# 1. INTRODUÇÃO

O conceito de democracia moderna no Brasil é uma experiência historicamente recente, que comemorou 3 décadas da promulgação da Constituição Federal em 2018, saindo de um período de ditadura civil-militar. Uma Constituição que inspirou a do Brasil foi a Constituição dos Estados Unidos, que foi projetada para que fosse uma das mais "sólidas" do mundo, inspirando muitas outras democracias. Sua intenção era impedir que líderes concentrassem e abusassem de seus

<sup>1</sup> Discente do Curso de Bacharelado em Direito - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

<sup>2</sup> Discente do Curso de Bacharelado em Direito - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

poderes. Entretanto, nada é fadado a permanecer imutável, muito pelo contrário, toda e qualquer democracia tem suas instabilidades o que muda é a forma como elas se mantém consolidadas ao longo do tempo e se fizesse prevalecer o dever e respeito aos princípios da legalidade.

Diversos Estados Democráticos de Direito surgem na realidade contemporânea passando por crises, chocando a todos porque a injustiça acaba sendo vista como "novamente" o motor da história. Este cenário fragmentado se mostra permeado pelo medo e instabilidade, o que acaba facilitando a adesão por meio de discursos que garantem segurança nacional, que acabam fugindo do controle posto que estão acontecendo de maneira sutil e quase imperceptível. Objetiva-se, então, identificar certas amarras que aconteceram no mundo e no Brasil antes da promulgação de sua Constituição, sendo necessário tratar acerca do seu cenário atual. E trazendo à tona uma reflexão de como as subversões democráticas aconteceram.

Cumpre ressaltar ainda, que a problemática do trabalho se torna atual dado o período de instabilidade institucional que se pode verificar mediante a perspectiva contemporânea. A preocupação é sobre a crise das democracias já consolidadas. Precisa-se aprender com a experiência de outros países e reconhecer os sinais da subversão democrática que paira em várias democracias. Se tornar vigilantes e cientes que há condutas equivocadas mesmo que pareçam ser legítimas. O desmantelamento das democracias está acontecendo de dentro para fora, sem qualquer violação extrema como o uso de poder na ditadura.

Na construção do texto, evidencia-se por meio do capítulo 2 a compreensão da subversão das democracias, mostrando o que aconteceu em alguns países do mundo. Explicitando que em vários períodos acarretou-se a ditadura ostensiva por meio da força, em forma de fascismo, comunismo e principalmente domínio militar, mas atualmente isso não acontece, as democracias se desfazem de maneira velada e sutil. Após, o capítulo 3 trata acerca da fragilidade da democracia brasileira, trazendo à tona que o Brasil apesar de ter comemorado recentemente 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, sofreu várias digressões e ataques na sua história democrática. Neste diapasão, evita-se uma possível futura violação já com a escolha do candidato que pleiteará ao cargo de presidente. Sendo necessário estudar o seu discurso e ver a linha que tal candidato segue, a linha democrática ou a linha radical, antidemocrática. O Brasil está vivendo uma grande instabilidade, pois a democracia, novamente está fragilizada e sofrendo repressões e intolerâncias por parte de seu próprio governante, tal qual demonstrado no capítulo 4, evidenciando o que está acontecendo na democracia atualmente. Ao final, no capítulo 5 estão dispostas as conclusões do trabalho.

Utilizou-se na formulação da referida pesquisa o método dedutivo, em razão da complexidade da temática a ser trabalhada. Desenvolveu-se o presente exposto por meio da

utilização de diversas revisões literárias, obras bibliográficas e obras de fontes secundárias, realizada por meio de artigos, livros e publicações no âmbito acadêmico. Analisando-se de maneira geral algumas das democracias espelhadas na Norte Americana e de suas subversões.

#### 2. DIAGNÓSTICO DO TEMPO, SUBVERTENDO AS DEMOCRACIAS

A Constituição dos Estados Unidos foi projetada para impedir que líderes concentrassem e abusassem do poder, e isso deu certo por um longo período de tempo. Essa Constituição é uma das mais "sólidas" do mundo. Entretanto somente as salvaguardas constitucionais não são suficientes para garantir a democracia, até porque mesmo as constituições mais bem projetadas falham nessa tarefa.

A Constituição de Weimar na Alemanha, é um grande exemplo disso, tendo em vista que foi projetada por algumas das inteligências legais mais destacadas do país. Seu *Rechtsstaat* (estado de direito) foi considerado suficiente por um longo período de tempo para impedir abusos governamentais, porém esta acabou entrando em colapso com a usurpação de poder por Adolf Hitler em 1933. Este pouco ano antes de ascender no cargo de chanceler, disse aos colegas nazistas: "A Constituição só mapeia a arena onde ocorrerá a batalha, não a meta... assim que obtivermos o poder constitucional, moldaremos o Estado como nos convier" (ALBRIGHT, 2018, p. 116). Ficando demonstrado assim que não há erro mais comum que acreditar que quem está no condão pode fazer o que bem entender, as proteções constitucionais precisam ser defendidas mesmo quando se tornarem inconvenientes para quem detém o poder.

A América Latina também ofereceu numerosos exemplos de regimes autoritários, e elas por serem repúblicas recém-independentes se basearam diretamente nos Estados Unidos, "adotando o presidencialismo, os legislativos bicamerais, as supremas cortes ao estilo americano e, em alguns casos, colégios eleitorais e sistemas federais" (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 100).

A Constituição de 1853 na Argentina era muito semelhante aos Estados Unidos, porém mesmo assim esses arranjos não foram suficientes para impedir que as eleições se tornassem fraudulentas em pleno século XIX, com golpes militares em 1930 e 1943 e a autocracia populista de Perón (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 100).

Outra Constituição que foi quase uma cópia fiel a dos Estados Unidos, foi a Constituição de 1935 das Filipinas que tinha separação de poderes, declaração de direitos e um limite de dois mandatos na Presidência. Teve sua democracia usurpada quando o atual presidente Marcos, chegara ao fim do seu segundo mandato e acabou-se por se livrar dessa regra com toda facilidade após declarar a lei marcial em 1972.

No Chile, o caso de uma democracia consolidada que se conhece na região latino-

americana, falhou em algum momento dos anos 70, assim como a do Uruguai. Abrindo nesse país o mesmo ciclo de autoritarismo-transição-democracia que teve continuidade na região nas últimas décadas.

Ao meio dia de 11 de setembro de 1973, depois de meses de tensão crescente nas ruas de Santiago, no Chile, jatos Hawker Hunter de fabricação britânica mergulharam em rasantes, lançando bombas sobre La Moneda, o palácio presidencial neoclássico no centro da cidade. Enquanto as bombas continuavam a cair, o edifício ardeu em chamas. O presidente Allende, eleito três anos antes como líder de uma coalizão de esquerda, estava entrincheirado no palácio. Ao longo do seu mandato, o Chile estivera tomado pela inquietação social, a crise econômica e a paralisia política. [...]. Sob o comando do general Augusto Pinochet, as forças armadas chilenas estavam tomando o controle do país. De manhã cedo naquele dia fatídico, Allende propôs palavras de desafio num pronunciamento em cadeia nacional de rádio, esperando que seus muitos apoiadores fossem às ruas em defesa da democracia. Mas a resistência nunca se materializou. A polícia militar que guardava o palácio o abandonara; seu pronunciamento foi recebido com silêncio. Em poucas horas, Allende estava morto. E, desse modo, também a democracia chilena (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 14).

É assim que se pensa na morte das democracias: nas mãos de homens armados, em que as democracias se desfazem em meio ao poder e a coerção militar. Mas não necessariamente. Hoje dificilmente isso poderia ocorrer, já que existe um meio menos "dramático" e invisível para as democracias não morrerem nas mãos de militares, mas de líderes, eleitos democraticamente pelo povo, que subvertem o próprio processo que os fizeram chegar ao poder. "Hoje em dia, cerca de metade das nações da Terra podem ser consideradas democracias – imperfeitas ou não – enquanto os outros 50% tendem ao autoritarismo" (ALBRIGHT, 2018, p. 117). Por ser uma forma tão engendrada é quase imperceptível e o retrocesso acaba começando nas próprias urnas.

As constituições mais atuais também demonstram/apresentam subversões da democracia, não como demonstrado nos casos acima, mas sim de maneira abstrusa. Como é o exemplo da Venezuela em que o ex-presidente Rafael Caldera apoiou a tentativa de golpe liderada por Hugo Chavéz, "um outsider político que atacava o que ele caracterizava como uma elite governante corrupta, prometendo construir uma democracia mais "autêntica"" (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 15). Caldera viu no discurso antipolítico de Chavéz uma moda passageira e uma oportunidade de se aproximar do eleitorado e pôr em prática seu plano ambicioso de retornar à presidência, lançou sua candidatura e atingiu seu objetivo. Entretanto, em 1998, foi a vez de Chavéz, que derrotou o candidato da oposição e permaneceu na cadeira até sua morte, em 2013.

O Programa de Governo de Chávez para as eleições de 1998, intitulado *La propuesta de Hugo Chávez para transformar a Venezuela*. *Una revolución* democrática, já apontava para a necessidade de uma transformação radical do país. Seu ponto de vista era o de que o regime de democracia representativa estava esgotado devido à profunda crise econômica, social e política das últimas décadas. Para Chávez, esta situação foi fruto do domínio das oligarquias e do imperialismo, possibilitados pelo regime de democracia formal que excluía a grande maioria da população de uma participação mais direta no processo político. Neste sentido, a questão da democracia teria uma importância fundamental na transformação proposta por Chávez. Seu programa de governo já apontava para uma "revolução democrática", cujo primeiro passo seria a convocação de uma assembleia nacional constituinte para redigir uma nova constituição e transformar radicalmente o regime

político. Embora ainda não especificasse como concretamente funcionaria, o programa de governo chavista colocava a democracia direta como um dos eixos de sua proposta de transformação da sociedade venezuelana (SCHEIDT, 2016, p. 3-4).

Assim, quando chegou ao poder, Chávez desencadeou uma série de transformações políticas, econômicas e sociais, dando passos claros rumo ao autoritarismo. A questão democrática foi um dos eixos do programa chavista que se propôs a uma transformação do regime democrático vigente a época, instituindo mecanismos de participação direta da população no processo político. Almejava-se superar a democracia representativa em prol de uma democracia participativa e da qual ele fosse o "ator" principal da mesma.

Embora muito lamentáveis, os casos de democracias consolidadas que se desmantelaram em algum dado momento, estas servem como um processo de comparação para que se possa observar as democracias atuais, tal como uma advertência aos seus líderes. Atualmente, elas não acontecem mais de forma ostensiva como os exemplos acima, em que ditadores entram no poder por meio do fascismo, comunismo ou domínio militar, os golpes violentos são raros, outras são as formas de adquirir o poder.

Por mais que usemos regularmente o termo, poucos chefes de governo atuais incorporam totalmente o espírito do fascismo. Mussolini continua em sua tumba, Hitler nunca teve uma. Mas isso não é razão para relaxar na vigilância. Cada passo rumo ao fascismo – cada pena arrancada – causa danos aos indivíduos e à sociedade; cada um torna o passo seguinte mais curto. Para conter seu avanço, é preciso reconhecer que déspotas raramente revelam suas intenções e líderes com inícios auspiciosos frequentemente tornam-se mais autoritários à medida que prolongam sua permanência no poder. E precisamos reconhecer também que medidas antidemocráticas muitas vezes serão bem-recebidas por parte da população em parte do tempo – especialmente quando se acha que favorecerão aos seus semelhantes (ALBRIGHT, 2018, p. 125, grifo nosso).

Infelizmente apesar de se ter certa experiência com o fascismo sabemos que as tendências a ele ainda estão sujeitas a imitação. Hoje, podemos ver que há vários autocratas tentando imitar as táticas de repressão de 15 anos atrás, tal como na Venezuela. E cada vez mais essas táticas antidemocráticas vêm aumentando. Movimentos nacionalistas radicais, mesmo que em alguns, têm grande notoriedade na mídia fazendo com que o Legislativo force a população a um debate de viés intolerante disfarçado de uma democracia correta: reformas Constitucionais, ataques a imprensa e até mesmo desumanização revestidos como em livre defesa.

Se pararmos para observar desde o final da Guerra Fria, isso parou de acontecer, e a maior parte dos colapsos se deu por meio dos próprios governos eleitos e não por conta de generais e soldados. Muito dos esforços do governo para subverter a democracia são por meios "legais". Na via eleitoral as Constituições e outras instituições democráticas existem e são vigentes, entretanto quando autocratas acabam sendo eleitos, estes mantêm um verniz democrático quando na verdade corroem a sua essência. Muitos das mudanças no texto constitucional se dão com intuito de

aperfeiçoamento da democracia – tornar o judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Não que não haja de fato mudanças para "melhoramentos", mas nem sempre é tão somente esse o intuito.

Como autoritários eleitos destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, a investida contra a democracia começa lentamente. Para muitos cidadãos, ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, "limpar" as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80-81).

Nisso, não existe um momento em que há um único golpe ou uma suspensão da Constituição de uma só vez, a qual ultrapasse os limites da ditadura, assim nada é capaz de disparar os dispositivos de alerta da sociedade para que se verifique que aquilo está desmantelando a democracia existente, sendo quase imperceptível. Nem mesmo constituições bem projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a democracia. Primeiro, porque as constituições são sempre incompletas, sempre há uma lacuna e ambiguidade, nenhum manual mesmo que detalhado é capaz de antecipar tudo o que pode ou não acontecer sob todas as circunstâncias.

Em todos esses desenvolvimentos, é possível discernir como uma nova ética é formada a partir das relações instáveis do presente. Não é de surpreender que a transição seja dolorosa, que haja muitas feridas e que a mudança geracional seja julgada de maneira tão díspar. No entanto, é igualmente evidente que esta geração, que assumiu as vantagens e os custos de uma maior liberdade, está à procura de pontos de contato com a sociedade, a fim de viver sua individualidade e fazer valer a pena. (WILKINSON, 2006, p. 117, tradução nossa).

O caos da sociedade contemporânea choca a todos. Todos devem permanecer em alarme e em constante estágio de atenção, os perigos da sociedade moderna multiplicam-se cada vez mais e vão além daquilo que conseguimos enxergar, fugindo do nosso controle, pois estão por acontecer nas "entrelinhas". As faltas de estabilidade e de garantias, são constantes, e marcam o traço atual da vida contemporânea, neste sentido a injustiça pode ser vista como motor da história.

### 3. BRASIL, UM PAÍS DEMOCRATICAMENTE FRÁGIL

A história do Brasil, num contexto político, não pode ser vista sob um ponto de vista sólido. Diversos golpes e ataques a democracia mancham nossa história como um país incapaz de dar legitimidade a sua Carta Magna. O Brasil recentemente comemorou 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal (1988-2018) mas o saldo recente da ditadura civil-militar

(1964-1985), junto com o saldo histórico mais longevo do período colonial-escravista, ainda se faz sentir e ecoar (BITTAR, 2014, p. 11). Isso se torna evidente quando comparada a outras democracias, por exemplo, a Norte Americana que mesmo em tempos de guerras e ataques, fez-se prevalecer o sentimento de dever e respeito aos princípios da legalidade (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 80-81).

Mas o que a acontece com as nossas instituições que não conseguem preservar a tolerância mútua por parte de partidos que buscam governar através de autocracias? O povo acostumado a dominação desde a colonização, passando por dois Impérios; uma República das Espadas com poucas ou quase nenhuma brecha democrática; uma República civil, no entanto, com pouca participação popular; sucessivos golpes por parte de Getúlio; uma nova tentativa de redemocratização com várias tentativas de golpes até, por fim, concretizar-se em 1964; e, finalmente, surge a nossa nova e última democracia com dois impeachment; estaria fadado ou acostumado a dominação a qual sente-se impotente frente as rédeas de seu país?

A própria proclamação da República não significou o estabelecimento de uma política de defesa da cidadania; ao contrário, as lutas sociais das duas primeiras décadas republicanas reafirmaram as crítica feitas a uma República controlada ora por militares, ora por um pacto de elites que manteve a cidadania restrita ao poder econômico, reduzindo os espaços de representação a proprietários de terras e a contribuintes do fisco: um pequeno universo de não mais de 5% da população (VIOLA, 2008, p. 71).

A história da nossa democracia é de recente significação, somando-se há poucas décadas desde que foi instituída. Por ser muito recente e mesmo que de importante conquista, existem déficit acumulados ao longo da história marcado por "genocídio indígena, escravidão da mão de obra negra, imperialismo, autoritarismo e interrupções da ordem democrática" (BITTAR, 2014, p. 11) abarcada pela história do republicanismo que não conseguiu construir uma cidadania em suas origens. Nesse destarte percebe-se que a lei e a democracia ainda assumem sentido banal no nosso convívio pois nossas matrizes sociais é quem acabam por definir quem detêm ou não de poder, ora os militares ora pelas elites, adstringindo ao poder econômico e reduzindo os espaços de representação social, tal qual um pequeno universo de 5% da população.

Começamos a análise fazendo uma evolução histórica da nossa política e a participação popular frente as decisões do nosso país. A singularidade do Brasil é caracterizada por forças contraditórias: de um lado, de modernidade; de outro lado, ao que há de mais antigo e defasado (BITTAR, 2014, p. 10). A sociedade criada por Portugal trouxe tudo o que tinha de continuidade e tradição, configurando tudo o que conhecemos hoje, sendo um dos nossos traços fundamentais a oscilação entre elas, Weffort diz ainda que:

A conquista criou aqui uma sociedade nova, mas, desde o início, marcada pela continuidade de algumas tradições da velha sociedade ibérica e medieval. Embora tenha custado, na prática, algumas rupturas com a tradição, a nova sociedade se apoiou na convicção da

continuidade dos valores. Essa continuidade é um dos traços constitutivos, 'uma das marcas e cicatrizes' do nosso caráter, com sua peculiar capacidade de conviver em meio a tendências diferentes, e mesmo contraditórias, de comportamento (WEFFORT, 2012, p. 216).

O Brasil um país de berço rural, o qual majoritariamente sua população ficava aquém de decisões políticas por serem escravos, índios ou pessoas livres de baixa renda, centrava-se as decisões num pequeno grupo de pessoas donas do poder, como por exemplo os latifundiários ou, melhor, senhores de Engenho (HOLANDA, 2014, p. 85). Isso nos traz raízes de um povo pouco politizado, a margem das decisões, acostumados a serem guiados por forças exteriores, assim como a força da gravidade que age sobre os planetas. Apenas deixam estar, semelhante ao Jeca Tatu e sua não aptidão as curiosidades do que acontece no país:

Em 15 de Novembro troca-se um trono vitalício pela cadeira quadrienal. O país bestifica-se ante o inopinado da mudança. O caboclo não dá pela coisa. Vem Floriano; estouram as granadas de Custódio, Gumercindo bate as portas de Roma, Incitatus derranca o país. O caboclo continua de cócoras, a modorrar... (LOBATO, 2009, p. 169).

Monteiro Lobato deixa clara a sua crítica a esse caboclo, essa gente presa a terra, aquém das decisões do seu senhor de engenho dentro do seu trabalho e das decisões políticas fora dele. Todavia, mesmo que a sociedade tenha evoluído e as informações democratizaram-se, continuamos a presenciar tentativas e golpes no nosso meio político.

A lei, assim, fica à mercê dos desmandos do poder político, e pode ser instituída, ou cassada, conforme a oportunidade política. Acima de tudo, percebe-se que nos fluxos e refluxos dos diversos períodos históricos brasileiros mais recentes, é a despeito da lei que se exerce o poder: na Era Vargas (1930-1945) e na Ditadura Civil- -Militar (1964-1985), num curto período de 60 anos, o autoritarismo apenas restaura a relação entre a vontade do detentor (senhor) do poder político e o franco poder de disposição sobre os comandados (súditos). Os estudos mais detidos sobre o tema demonstram que a aparência de legalidade era suficiente para manter todo o sistema e todo o aparato em pleno funcionamento, como se nada estivesse substancialmente alterado na rotina de revezamento e desmando no poder. A relação de isonomia entre detentores do poder e destinatários do poder ainda é precariamente constituída em nossa história, o que faz com que a lógica de outrora (escravos e índios) tenha histórias de continuidade (cidadãos e cidadãs). (BITTAR, 2014, p. 11).

A partir de 1930, o país foi submetido a duas ditaduras, a de Vargas em 1930 a 1945 e a imposta pelo golpe de Estado de 1964 a 1984, o que houve nesse período foi autoritarismo em que um senhor, detentor do poder político e os súditos aqueles para qual se dirigia todo poder respeitavam suas ordens por meio de uma nova forma de dominação (VARGAS, 1941). O que é mais irônico é a aparência de legalidade que esses golpes tiveram e essa isonomia ainda é presente em nossa história, tal qual como uma continuidade.

Levemos em conta uma das características mais decisivas da ditadura brasileira: sua legalidade aparente ou, para ser mais preciso, sua capacidade de reduzir a legalidade à dimensão da aparência [...]. Uma ditadura que se servia da legalidade para transformar seu poder soberano de suspender a lei, de designar terroristas, de assassinar opositores, em um arbítrio absolutamente traumático. (TELES; SAFATLE; VLADIMIR, 2010, p. 251).

Os dois mais importantes golpes, ocorridos num período de 60 anos, tiveram características traumáticas, através da repressão detiveram o poder por todos esses anos e verifica-se que somente as regras não bastaram para que isso não acontecesse. Getúlio Vargas, era gaúcho, advogado, que desde 1930 chegou ao poder por meio já não democrático, com um golpe em Washigton Luis que já tinha seu sucessor eleito Julio Prestes. Em 1937 dá um golpe e fica na presidência até 1945. Os ares que levou ao golpe de 37 pode-se dizer que foram os mesmos que levaram ao golpe de 64: o medo do comunismo. Outro ponto comum a eles é a não existência dessa ameaça na proporção justificada por tais atos. Ademais, muitos dos autores presentes no primeiro golpe, participaram do segundo, que aconteceu em 64.

Mas como foi dado esse golpe por Getúlio e os demais interessados ao poder? Ocorria no Brasil naqueles tempos o medo constante do comunismo, cujo vinha crescendo em grande proporção depois da Revolução Russa de 1917 e a Crise de 1929 que apontou falhas no sistema capitalista, fazendo muitos acharem que o melhor caminho seria o Socialismo, modelo econômico rival daquele. O representante maior de tais ideias no Brasil era Carlos Prestes, integrante da ANL (Aliança Nacional Libertadora) a qual rivalizava com a AIB (Ação Integralista Brasileira) de traços fascistas. Pode-se dizer que o Brasil "surfava" na onda da política externa, rivalizado entre Esquerda e Direita (PANDOLFI, 2006, p. 32-33).

Com o crescimento exorbitante da ANL, Vargas já munido de meios repressivos começou a pressionar e tirar direitos da Aliança e reprimir seus integrantes, que passaram, por conseguinte, a atuar na clandestinidade. O estopim para o legitimar do futuro Golpe, por fim, fora a Intentona Comunista em 1935 fazendo que Vargas decretasse Estado de Sítio e Estado de Guerra para barrar o "perigo comunista". Desse modo, a eleição de 1938 estava comprometida por já ter o plano de colocar em prática o golpe. Para isso, era necessário um novo Plano. E este era fictício, ficou conhecido como Plano Cohen, organizado pelo Capitão Olímpio Mourão Filho abrindo caminho para que em 10 de novembro de 1937 desse o desfecho do golpe, o qual já tinha até nome: Estado Novo (VARGAS, 1941).

Nos anos 30, passou a atuar como único chefe da nação e, em nome de um projeto que julgava ser o melhor para o país, fechou o congresso, reprimiu as liberdades públicas, isolou os descontentes, perseguiu inimigos, cooptou possíveis opositores, impôs-se como chefe de Estado e projetou-se como líder popular, como populista e como estadista (D'ARAUJO, 1997, p. 10).

O golpe fora dado como justificativa de salvar a democracia. Levando para um lado econômico, a ameaça de um possível comunismo que prejudicaria a elite da época, a qual passou a apoiar Vargas e seu plano. Semelhante a Hitler.

Sua capacidade de insurreição violenta foi demonstrada no Putsch de Munique, já em 1923 – um ataque surpresa ao anoitecer em que seu grupo de seguidores armados tomou o

controle de vários prédios do governo e de uma cervejaria em Munique onde se reuniam oficiais bávaros. O ataque mal concebido foi contido pelas autoridades, e Hitler passou nove meses na cadeia, onde escreveu seu infame testamento Minha luta. Depois disso, ele assumiu publicamente o compromisso de chegar ao poder via eleições. De início, o seu movimento nacional-socialista teve poucos votos. O sistema político de Weimar fora fundado em 1919 por uma coalizão pró-democrática de católicos, liberais e social-democratas. Contudo, a partir de 1930, com a economia alemã cambaleante, a centro-direita caiu presa de lutas internas, e comunistas e nazistas ganharam popularidade (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 25).

Pode-se dizer que o golpe de 1964 fora feito nos mesmos moldes que o de Getúlio, entretanto cada um com sua peculiaridade. O Golpe Militar de 1964 foi um golpe que teve diversas etapas até a sua concretização. Logo após a morte de Vargas em 1954 os golpistas já mostravam sua ânsia de tomar o poder. Esses conservadores eram ilustrados na figura de Carlos Luz, presidente da Câmara, e Carlos Lacerda do Jornal Tribuna da Imprensa. Foram surpreendidos, no entanto, pelo General legalista Lott que ordenou que as ruas fossem ocupadas no Rio de Janeiro não deixando que os golpistas tomassem o poder. A segunda tentativa antes do definitivo golpe, fora com a renúncia de Jânio Quadros a presidência, ficando o cargo a João Gourlart que era antigo ministro de Getúlio e, por hora, visto como comunista. Outra figura importante que impediu que a democracia fosse fragilizada, foi Leonel Brizola, então governador do Rio Grande do Sul (TOLEDO, 2014, p. 27).

Jango assumiu, mas com restrições, sob um governo Parlamentarista que futuramente, através de um plebiscito, viria a ser trocado novamente pelo presidencialismo. Jango propôs uma série de reformas de base as quais não eram vistas com bons olhos aos empresários, que já o viam como "comunista". Outra vez, o golpe concretiza-se com o apoio das elites da época, com receio que seus privilégios fossem cessados, sendo chamado por vezes de "golpe civil-militar", mesmo não contando com o apoio de todos os setores da sociedade (SEGATTO, 2014, p. 44-48). Jango tinha elevada popularidade, e a porcentagem dos que apoiavam sua reforma era maior do que a que combatiam segundo pesquisa do IBOPE em 1964.

Por isso, na releitura do passado, é necessário vincular também ao arbítrio do governo de exceção o conjunto de políticas inconsequentes que geraram, ao contrário do milagre econômico cifrado, um processo de modernização catastrófica que deixa sequelas irreversíveis no contexto de desenvolvimento atual, uma vez que a modernidade entendida como projeto de urbanização e industrialização foi a aposta desconcertada que, desacompanhada de quaisquer demais preocupações, haveria de trazer o País à equação das impossibilidades que atualmente desgastam o papel da recuperação democrática pós-85. Não somente a democracia de hoje se estabelece sobre os escombros da ditadura de ontem, convivendo com índices de violência aterradores, mas também lega desta um peso de apuração com o passado que torna o processo de consolidação e afirmação ainda mais denso e complexo do que se poderia projetar. (BITTAR, 2014, p. 13).

É claro, pois, que as fragilidades que assolam nossa democracia política são imensas, e a história ainda é vigente. Governos duradouros no Brasil são raros levando em conta a nossa história democrática. Isso acende uma luz de alerta para que seja traçado um caminho que nossos líderes

seguem, as medidas que tomam, o discurso que usam e a forma como se dirigem a sua oposição e, também a forma como eles lidam com as críticas que recebem. O respeito as instituições e a nossa Constituição devem ser levadas ao limite, pois as brechas e o fanatismo para o golpe está no íntimo dos nossos líderes, passando, por conseguinte, despercebida pela nossa população acostumada a tantos governos autoritários e a quase nada na participação dos meios democráticos.

Golpes como os que foram praticados antes, hoje estão fora de cogitação. Os meios de informações a as instituições são concretos. Deve atentar-se aos múltiplos e pequenos ataques que visam minar e fragilizar o sistema de freios e contrapeso, fazendo com que o golpe seja velado e leve a uma maior concentração de poder na mão do líder autocrata. As Constituições por si só, não podem serem levadas como única forma exclusiva da democracia que deve ser respeitada. Um exemplo dessa fragilidade são as Cartas dos países Latinos Americanos que foram feitas nos mesmos moldes da Constituição Americana e mesmo assim foram alvos de emendas e desrespeito.

A partir daí, fica mais claro pensar que o desafio da lei e da democracia não se basta na pura postura de cultivo da impessoalidade da legislação e na universalidade dos valores liberais; o saldo que se colhe dessa análise cobra um esforço maior de recuperação dos fatores que nos afastam da plenificação da democracia. Percebe-se que se está diante de um caldo histórico complexo, que envolve autoritarismo, desigualdade e violência, e que deve ser enfrentado com democracia, igualdade e solidariedade, para o que o cultivo de valores que potencializam novos patamares de socialização. A educação para o não-retorno tem a colaborar nessa dimensão, e tem a afirmar a importância da consciência crítica e histórica, cheia de memória da ausência de cidadania, na medida em que se propõe a representar uma forma de reação ao modelo de sociedade que consente o convívio com a barbárie desbarbarizada do quotidiano. (BITTAR, 2014, p. 13-14).

Evita-se uma possível futura violação já com a escolha do candidato que pleiteará ao cargo de presidente. É necessário estudar o discurso e ver a linha que tal candidato segue, a linha democrática ou a linha radical, antidemocrática. A ascensão de partidos extremistas redobra o alerta na hora do voto, a onda de nacionalismo e anti-imigração trazem lembranças que alguns países querem evitar, exemplo disso são os países europeus que já sofreram com extremismos, e países que nunca foram violados democraticamente, como os Estados Unidos com o já eleito Trump. O Brasil, por fim, deve-se também seguir a linha que procura evitar o extremismo mantendo o *establishment*, preocupando-se com futuras violações e discursos que visam ao ódio, aprendendo a lidar com a sua história para que não se repita períodos sombrios e antidemocráticos, os quais foram mencionados acima.

# 4. AVANÇANDO RUMO AO SEU PASSADO AUTORITÁRIO

A democracia pode estar comprometida. Ataques frequentes e discursos de cunho antidemocrático estão em evidência e passam despercebidos diante do eleitorado esquecido dos dias de repressão. A aceitabilidade traz lembranças desagradáveis nos fazendo colocar o Brasil rumo ao

seu passado autoritário.

O cenário de crise política na realidade brasileira contemporânea expõe as fragilidades, inconsistências e autoritarismos que atravessam a nossa história, abrindo um espaço intelectual para que se possam pensar as significações da democracia, [...] a sequência de manifestações de rua de 2013, juntamente com as tensões eleitorais presidenciais de 2014, até o pedido de impeachment de 2015, assinala a debilidade das instituições públicas e democráticas, e testemunham ainda a incapacidade de gerar justiça social e respeito à lei, ao mesmo tempo em que atestam o amadurecimento da consciência política contemporânea (BITTAR, 2016, p. 11).

A última eleição (2018) é prova disso quando ideais antidemocráticos são tidos como argumentos para que se chegue ao poder, colocando em xeque a nossa frágil democracia que tivera dois presidentes impedidos em tão curto tempo, recorrendo-se a uma série de acontecimentos e ao menos em princípio não relacionados entre si que corroboraram para desestabilizar as bases do governo.

O então presidente Jair Messias Bolsonaro é o maior precursor de tais discursos que abalam as estruturas do sistema democrático, desde a época que era deputado federal até os dias de sua candidatura, não aceitando resultados e críticas que lhe são desfavoráveis. Partindo dessa premissa, faz-se notar uma das primeiras características que o identifica como antidemocrático: a rejeição das regras democráticas do jogo. Dessa forma, busca deslegitimar o processo eleitoral do qual fez uso para se eleger candidato. "Pelo que vejo nas ruas, não aceito resultado diferente da minha eleição" disse o candidato e atual presidente para um entrevista na Veja, além de "Se esse problema não tivesse ocorrido, se tivesse confiança no sistema eletrônico, já teríamos o nome do novo presidente. O que está em jogo é a nossa liberdade..." numa entrevista para UOL sobre o fato de não ter ganhado em 1º turno e ter que passar pelo 2º turno eleitoral.

Dessa forma, lançam mão de meios não legítimos para concretizar seus discursos. Consequentemente, procuram desprestigiar seus oponentes afirmando que são uma ameaça para a segurança nacional, descrevendo-os como criminosos e, sem fundamentação, que são inspirados em outros países cuja economia e política estão em crise. Não sendo, então, nacionalistas. No caso do Brasil, pode-se dizer que a Venezuela assumiu essa cartilha. "O Brasil se solidariza com o sofrido povo venezuelano escravizado por um ditador apoiado pelo PT, Psol e alinhados ideológicos. Apoiamos a liberdade desta nação irmã, para que finalmente 'vivam' (sic) uma verdadeira democracia", escreveu o presidente para uma matéria da VEJA.

Nessa esteira, políticos são vistos como referências na maneira de enxergar o mundo, visto que representam uma linha ideológica a qual o povo sente-se representado. O discurso de intolerância ao partido opositor serve para criar um clima de rivalidade o qual o povo passa a ter visão de que o outro é inimigo, prejudicando, posteriormente, a tolerância mútua, incitando o ódio em massa. Assim, a pauta do candidato passa a ter um peso cujo discurso deve ser levado em

consideração.

Logo, apologia à violência e relativização da história, passa uma visão de que é normais tais meios para fazer-se política, além de que os fins podem ser justificados pelos meios. Elogios, portanto, as tais épocas violentas devem servir de sinal para identificar as intenções e a maneira como o candidato lida com a oposição e, por conseguinte, as frustrações no meio político. "Ouvi há pouco no corredor as pessoas pedindo a volta da ditadura e das cassações para varrer da Pátria esses [petistas] traidores, mandando-os para o jângal, para o valão. É isso que eles merecem: ditadura já! " foi um de seus discursos enquanto deputado federal, num infográfico feito pelo Estadão, fazendo apologia ao regime militar, tais quais exacerbados ataques a então presidente na época, Dilma Rousseff, como este: "Pela memória do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff! Pelo Exército de Caxias, pelas nossas Forças Armadas, por um Brasil acima de tudo, e por Deus acima de todos, o meu voto é sim!".

Assim, encorajam a violência como meio de resolução dos problemas, ferindo os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana, apoiando-se numa política retrógrada relativizada por seus discursos sem embasamento fundamentado em achismo. Destarte, encontrando apoio e significativa popularidade com tais fórmulas fácies de resolução do problema a curto prazo, cegando a população que vê no candidato o "salvador da pátria".

Quando se faz denúncias a respeito das diversas instituições do país: as eleições são manipuladas, a imprensa é fraudulenta. O impacto doméstico delas se pauta na desmoralização e na sua divisão. Isso não faz com que outros países respeitem e sigam o exemplo, mas sim o contrário. O efeito disso é prejudicial, pois esse descrédito é jogado em cima de todas as profissões que são essenciais para a democracia (ALBRIGHT, 2018, p. 216).

A partir desse maniqueísmo de bom, minhas ideias, e mau, ideias do partido opositor, criase legitimidade para discursos a fim de restringir liberdades civis, políticas e sociais dos membros de outros partidos. Qualificando a outra parte como criminosos e despreparados, merecendo sair do jogo político. "Vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre, hein? Vamos botar esses picaretas para correr do Acre. Já que eles gostam tanto da Venezuela, essa turma tem de ir pra lá. Só que lá não tem nem mortadela, hein, galera. Vão ter de comer é capim mesmo", disse em outra reportagem a revista Exame.

A mídia, assim como os partidos contrários, passa a ser vítima de tais alcunhas. Vendo com bons olhos meios repressivos do passado, como a censura, a solução de seus males. Atacam os meios de comunicação que são bases do sistema democrático de direito. "Foi da Folha? Aprendeu a Folha de S. Paulo? Primeiro, você, da Folha de S. Paulo, tem que entrar de novo numa faculdade que presta e fazer um bom jornalismo [...] ficar semeando a discórdia e perguntando besteira por

*aí e publicando coisas nojentas. É isso que vocês da Folha têm que fazer*", atacando a jornalista do jornal O Globo que o estava entrevistando.

Se comparamos a nossa situação de crise democrática com a de outros países, veremos que não somos os únicos e muito menos diferentes de outras nações. "Nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco. A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós" (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 217).

O Brasil vive um período de insegurança democrática. Discursos que visam desestabilizar nossa frágil democracia voltam à tona e tomam o centro do debate. Elogios a períodos conturbados de repressão e intolerância à oposição servem de alertas para que os pilares da democracia fiquem de pé, tentando não fazer com que o passado volte a assombrar e acabe, manchando nossos livros de história.

#### 5. CONCLUSÃO

No que se refere a história de ataque a democracia, os partidos e seus membros, bem como também os eleitores, devem analisar a linha de pensamento de candidatos que ofereçam riscos ao sistema representativo. Assim, o esquecimento desse passado autoritário possa vir a ser lembrado a título de conhecimento, não de modelo, fazendo com que a relativização por parte de alguns caia em desuso, construindo, subsequentemente, a solidificação democrática que tanto o Brasil procura.

A onda democrática que vinha até então sendo tendência de modelo como países deveriam seguir, vem encontrando retrocessos por conta de visões de cunho autoritário e nacionalista, degenerando tendências de uma união entre os povos que visam a um bem comum. O opositor sendo, por conseguinte, adversário no campo das ideias, não um inimigo político que deva ser eliminado do cenário de disputa.

Dessa forma, faz-se necessária a coalisão de democratas a fim de diminuir o alcance de discursos com temática autoritária, objetivando um cenário de disputa justa e comum a todos. Pois, é preciso reconhecer que medidas antidemocráticas muitas vezes serão bem-vistas para aqueles que acham que vão se favorecer delas. O autoritarismo, portanto, deve andar a margem do pleito eleitoral. A democracia não é apenas um modelo de Estado, é uma visão de vida que deve ser permeada por sua população e pelos seres humanos que são regidos por ela. É importante que ela seja reconhecida e preservada para que seja reparada suas falhas, mas sem jamais esquecer de seus princípios.

Não basta apenas o apego a Carta Magna para fazer prevalecer a legalidade no cenário político, mas sim meios que reprimam de forma eficaz frases e ideias que retomam ao que era para

servir de mau exemplo. Precisamos aprender a lidar melhor com a nossa história, mostrando desde a base educacional quais as consequências de atitudes tomadas sem estudo, fundamentadas em achismo, não olhando, dessa maneira, de forma egoísta. Fazendo-se entender, então, que o lado contrário tem suas virtudes que devem ser respeitadas, valendo, portanto, a tolerância mútua. Logo, prevalecendo Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tais como liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

#### REFERÊNCIAS

AGARIE, Caio Vinicius Roldão. **Estado de Exceção em Democracias Tardias:** O Brasil e a América Latina no Século XXI. 2017. Disponível em: <a href="https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/11007-caio-vinicius-roldao-agarie/file">https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas-1/11007-caio-vinicius-roldao-agarie/file</a> Acesso em 30 jun. 2019.

SCHEIDT, Eduardo. A democracia participativa na Venezuela da era Chávez e a questão dos Conselhos Comunais: transformações em direção a uma nova cultura política?2016. Disponível em: <a href="http://anphlac.fflch.usp.br/sites/anphlac.fflch.usp.br/files/Eduardo%20Scheidt Anais%20do%20XII%20Encontro%20Internacional%20da%20ANPHLAC.pdf">http://anphlac.fflch.usp.br/sites/anphlac.fflch.usp.br/files/Eduardo%20Scheidt Anais%20do%20XII%20Encontro%20Internacional%20da%20ANPHLAC.pdf</a> Acesso em 30 jun. 2019.

NETO, Antônio Cabral. **Democracia:** velhas e novas controvérsias. Disponível em: < <a href="http://www.scielo.br/pdf/epsic/v2n2/a05v02n2.pdf">http://www.scielo.br/pdf/epsic/v2n2/a05v02n2.pdf</a> Acesso em 30 jun. 2019.

WEFFORT, Francisco. **Novas democracias. Que democracias?** Disponível em: < <a href="http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci">http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci</a> arttext&pid=S0102-64451992000300002> Acesso em 30 jun. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia e políticas públicas de direitos humanos:** a situação atual do Brasil. Disponível em: <a href="https://jornal.usp.br/revistausp/democracia-e-politicas-publicas-de-direitos-humanos-a-situacao-atual-do-brasil/">https://jornal.usp.br/revistausp/democracia-e-politicas-publicas-de-direitos-humanos-a-situacao-atual-do-brasil/</a>> Acesso em 30 jun. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **Crise política e Teoria da Democracia:** Contribuições para a consolidação democrática no Brasil contemporâneo. 2016. Disponível em: <a href="https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525417/001078322.pdf?sequence=1">https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525417/001078322.pdf?sequence=1</a> Acesso em 30 jun. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Decreto no 8.243/2014 e os desafios da consolidação democrática brasileira.** 2014. Disponível em:

<a href="https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507403/001017533.pdf?sequence=1">https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507403/001017533.pdf?sequence=1</a> Acesso em 30 jun. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução Renato Aguiar. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ALBRIGHT, Madeleine. **Fascismo:** um alerta. Tradução de Jaime Biaggio. – São Paulo: Planeta, 2018.

WILKINSON, Helen. **Hijos de la libertad.** Surge una nueva ética de la responsabilidade individual y social? In: BECK, Ulrich (Org.). Hijos de la libertad: contra las lamentaciones por el derrumbre de los valorestad. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

VIOLA, Sólon Eduardo Annes. **Direitos humanos e democracia no Brasil.** Rio Grande do Sul: Unisinos, 2008.

WEFFORT, Francisco. **Espada, cobiça e fé:** as origens do Brasil. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_BRASIL. **Constituição Federal**, 48 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. 1988.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil.** – 27ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LOBATO, Monteiro. **Urupês**. – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Globo, 2009.

D'Araújo, Maria Celina. A era Vargas. São Paulo: Moderna, 1997.

GOMES, Angela Maria de Castro. **A Invenção do Trabalhismo**. São Paulo: Vértice, 1988, p. 189-329.

\_\_\_\_\_ & D'Araújo, Maria Celina. **Getulismo e Trabalhismo**. São Paulo: Ática, 1989.

VARGAS, Getúlio. A nova política do Brasil. Vol. X. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

TOLEDO, Caio Navarro de. **Teses revisionista sobre 1964:** democracia e golpismo. In: VALE, Maria Ribeiro do (Org.). Golpe Militar, História, Memória, e Direitos Humanos. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2014, p. 27-39.

SEGATTO, Jose Antonio. **Crise política e a derrota da democracia**. In: VALE, Maria Ribeiro do (Org.). Golpe Militar, História, Memória, e Direitos Humanos. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2014, p. 41-62.

PANDOLFI, Dulce Chaves. **Os anos de 1930**: as incertezas do regime. In: FERREIRA, Jorge &DELGADO, Lucilia de Almeida N. (Orgs.). O Brasil republicano 2: o tempo no nacionalestatismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 13-37.

SIQUEIRA, André. **Em entrevista, Bolsonaro reafirma que não aceitará derrota nas urnas.** VEJA, 28 de set. 2018. Disponível em: <a href="https://veja.abril.com.br/politica/em-entrevista-bolsonaro-reafirma-quenao-aceitara-derrota-nas-urnas/">https://veja.abril.com.br/politica/em-entrevista-bolsonaro-reafirma-quenao-aceitara-derrota-nas-urnas/</a> >. Acesso em: 13 jul. 2019.

**Bolsonaro diz que problemas nas urnas impediram vitória no 1º turno.** UOL, São Paulo, 07 out. 2018. Disponível em:

<a href="https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/07/bolsonaro-volta-a-questionar-urnas-eletronicas-e-preve-2-turno-dificil.htm?cmpid=copiaecola&cmpi

Ditadura de Maduro, na Venezuela, é apoiada pelo PT e Psol. VEJA, 30 abr. 2019. Disponível em:

<a href="https://veja.abril.com.br/mundo/bolsonaro-ditadura-de-maduro-na-venezuela-e-apoiada-pelo-pt-e-psol/">https://veja.abril.com.br/mundo/bolsonaro-ditadura-de-maduro-na-venezuela-e-apoiada-pelo-pt-e-psol/</a> Acesso em: 13 jul. 2019

MENEGAT, Rodrigo. **Bolsonaro mencionou a ditadura em 1/4 de seus discursos como deputado.** Estadão, 30 mar. 2019. Disponível em:

<a href="https://www.estadao.com.br/infograficos/politica,bolsonaro-mencionou-a-ditadura-em-14-de-seus-discursos-como-deputado,982285">https://www.estadao.com.br/infograficos/politica,bolsonaro-mencionou-a-ditadura-em-14-de-seus-discursos-como-deputado,982285</a> Acesso em: 13 jul. 2019.

RIBEIRO, Janaina. "Vamos fuzilar a petralhada", diz Bolsonaro em campanha no Acre. 04 set. 2018. Disponível em: <a href="https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/">https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/</a> Acesso em: 13 jul. 2019.

BATISTA, Henrique Gomes. Bolsonaro critica imprensa e diz que repórter deveria 'entrar de novo numa faculdade que preste'. 16 maio 2019. Disponível em:

<a href="https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-critica-imprensa-diz-que-reporter-deveria-entrar-de-novo-numa-faculdade-que-preste-23670952">https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-critica-imprensa-diz-que-reporter-deveria-entrar-de-novo-numa-faculdade-que-preste-23670952</a> Acesso em: 13 jul. 2019.

Câmara do Deputados. Política. 28 abr. 2014. Disponível em:

<a href="https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/464707-JANGO-TINHA-70-DE-APROVACAO-AS-VESPERAS-DO-GOLPE-DE-64,-APONTA-PESQUISA.html">https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/464707-JANGO-TINHA-70-DE-APROVACAO-AS-VESPERAS-DO-GOLPE-DE-64,-APONTA-PESQUISA.html</a> Acesso em: 13 jul. 2019.

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Leonardo Bocchi COSTA<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho tem como finalidade a análise acerca da história da personalidade jurídica. Para isso, estudará civilizações da Antiguidade, passando pela Idade Média e culminando na Idade Moderna. Após o estudo histórico-evolutivo, a pesquisa analisará a forma como o Direito contemporâneo e o ordenamento jurídico brasileiro tratam a personalidade jurídica, além de apontar movimentos e fatores indispensáveis para que sua universalização acontecesse. O método de abordagem utilizado pela pesquisa foi o método dedutivo, bem como o histórico-evolutivo e a pesquisa indireta bibliográfica. Após os pontos abrangidos pelo estudo, é possível verificar o caminho histórico percorrido pela personalidade jurídica até a conquista de sua universalização, tendo sua gênese nos ideais burgueses do século XVIII e sua concretização nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; Evolução histórica; Personalidade jurídica.

#### **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the history of legal personality. For this, it will study civilizations of Antiquity, going through the Middle Age and culminating in the Modern Age. After the historical-evolutionary study, the research will analyze how the contemporary law and the Brazilian legal system treat the legal personality, besides pointing out movements and indispensable factors for its universalization to happen. The method of approach used by the research was the deductive method, as well as the historical-evolutionary and the indirect bibliographical research. After the points covered by the study, it is possible to verify the historical path taken by the legal personality until the achievement of its universalization, having its genesis in the bourgeois ideals of the eighteenth century and its realization in contemporary Democratic States of Law.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Fundamental rights. Democratic state. Historic evolution. Legal personality.

# 1 INTRODUÇÃO

O homem, hoje, é detentor de direitos e obrigações pelo simples fato de ser homem. Essa situação, porém, é produto de um grande processo histórico-evolutivo, iniciado nas primeiras civilizações que adotaram o Direito como instrumento de controle comportamental e concretizado no Direito contemporâneo, influenciado pela Constituição Francesa de 1791, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre outros documentos que serão abordados no decorrer desta pesquisa. Miguel Reale (2002, p. 228) comenta sobre a universalização da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que essa conquista representa o resultado de uma longa e trabalhosa evolução histórica. Para o autor, dizer que todos os homens via de regra, sem distinção

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

de nacionalidade, são titulares de direitos e obrigações é afirmar uma conquista da civilização. Afirmar que a universalização da personalidade jurídica é uma conquista da civilização é completamente sensato, uma vez que esse avanço é fruto de diversos movimentos – emergidos em diversas partes do mundo – contestadores, direta ou indiretamente, da desigualdade jurídica existente. Sendo assim, não há como apontar um único acontecimento determinante para a ocorrência dessa conquista tão importante. Por isso, a universalização da personalidade jurídica é uma vitória da civilização, que foi protagonista desse acontecimento e hoje se beneficia das consequências trazidas por ele: um Direito mais *justo*, humano e inclusivo.

Ainda no mesmo autor, somente através de longa evolução histórica os homens conseguiram se emancipar dos grupos a que pertenciam (REALE, 2002, p. 229), já que até o início da Idade Contemporânea, a participação ativa de um indivíduo no mundo jurídico dependia de sua classe social, família, grupo e gênero. Essa situação era nítida principalmente na sociedade clássica greco-romana, quando a participação política e jurídica de um indivíduo na sociedade dependia prioritariamente do seu *status* social, e não de sua condição de humano. Laércio Dias de Moura *apud* David Araujo e Nunes Júnior (2016, p. 142) desenvolve que cada ser humano tem um lugar na sociedade humana. Um lugar que lhe é garantido pelo Direito, que é a força organizadora da sociedade. Como sujeito de direitos ele não pode ser excluído da sociedade e como sujeito de obrigações ele não pode prescindir de sua pertinência à sociedade, na qual é chamado a exercer um papel positivo.

Esse comentário exprime com esplendor a forma como o Direito Contemporâneo enxerga o indivíduo. Hoje, em um Estado Democrático de Direito, ao menos em tese, todos os indivíduos são tratados e vistos de forma igual na esfera jurídica, havendo espaço para todos os homens na sociedade regulada pelo Direito. Além disso, o pensamento citado traz um enfoque moral às ações sociais do homem enquanto ser dotado de consciência e atribuições jurídicas (ou personalidade jurídica), uma vez que enfatiza a necessidade de o ser humano agir com pertinência junto à sociedade, levando em consideração sua posição de sujeito de direitos e obrigações. Conhecer a história da personalidade jurídica é conhecer também a história do homem, que, hoje sujeito de direito por sua simples condição humana, foi submetido a restrições ao reconhecimento pleno de seus direitos, uma vez que, através dos séculos, sempre houve beneficiamento pelo Direito às aristocracias.

Após os pontos apresentados, conclui-se que conhecer o processo histórico-evolutivo da personalidade jurídica é reconhecer a importância dos movimentos que contestaram o *status quo* de sua época, lutando principalmente por igualdade, luta essa que foi refletida diretamente nos sistemas jurídicos das sociedades envolvidas e, posteriormente, disseminada, por meio de seus

ideais, através de vários Estados, seja na esfera jurídica ou na esfera social. Além disso, o estudo dessa evolução demonstrará a dominação social perpetuada por meio do Direito, utilizado pelas classes dominantes como meio de manter seus privilégios, poder e exploração sobre as camadas populares. Espera-se que o conhecimento acerca desse processo evolutivo traga consigo, também, a noção de que a personalidade jurídica universal foi resultado de muita luta. Assim, é esperado que haja conscientização acerca da necessidade de continuar lutando pelo aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, uma vez que, apesar de adotar os avanços jurídicos que serão estudados, continua possuindo pautas a serem melhoradas.

# 2 DEFINIÇÃO DE "PERSONALIDADE JURÍDICA"

A compreensão do termo "personalidade jurídica" é essencial para a introdução aos estudos jurídicos, sendo, dessa forma, imprescindível ao entendimento pleno do presente estudo conceituar tecnicamente tal termo. Entretanto, a abordagem de sua evolução histórica não será limitada ao seu significado técnico, sendo abordados e discutidos nesta pesquisa, também, os conceitos de capacidade jurídica, isonomia, entre outras coisas. Caio Mário da Silva Pereira *apud* Maria Helena Diniz (2017, p. 128) define "personalidade jurídica" como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, que nada mais é do que a capacidade de ocupar os dois lados de uma relação jurídica — ser sujeito passivo ou ativo. Nota-se que a capacidade de ser sujeito passivo de uma relação jurídica — relação social regulamentada pelo Direito, envolvendo necessariamente direitos e deveres — não implica na posse de personalidade jurídica, uma vez que, nessa situação, o indivíduo tem uma obrigação para com o sujeito ativo, não produzindo direito algum a seu favor, da mesma forma que a capacidade de ser sujeito ativo não desencadeia necessariamente na aquisição de personalidade jurídica pelo indivíduo. Portanto, a aquisição de personalidade jurídica pelo indivíduo é consequência, obrigatoriamente, da união das duas capacidades.

Maria Helena Diniz (2017, p. 127) conceitua "pessoa", em seu sentido jurídico, como o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, trazendo muita utilidade à definição técnica de "personalidade jurídica", uma vez que, semanticamente, "personalidade" expressa qualidade de ser uma pessoa. Dessa forma, possuir personalidade jurídica significa ser uma *pessoa* na esfera jurídica. No mesmo caminho, Miguel Reale (2002, p. 227) descreve "sujeito de direito" como "o conjunto de *pessoas*, às quais as regras jurídicas se destinam", sendo indispensável para a compreensão inequívoca acerca de tal definição o acatamento do conceito jurídico de "pessoa" – ente possuidor de direitos e deveres –, uma vez que, nesse caso, a consideração do sentido comum dessa palavra traria uma interpretação equivocada da descrição de Miguel Reale. Isso porque as leis romanas, por exemplo, também eram destinadas aos

escravos, já que nelas estavam contidas as obrigações dos escravizados para com os seus respectivos senhores. Apesar disso, tal classe explorada não possuía qualquer tipo de direito, uma vez que era tratada juridicamente como coisa (res), sem, portanto, personalidade jurídica.

Já para Cretella Júnior (2007, p. 61), "pessoa" é toda entidade que pode ocupar a posição de *autor* ou *réu*, numa relação jurídica, podendo-se afirmar, novamente, nesse sentido, que um dos pontos fundamentais para definir "personalidade jurídica" é a capacidade de participar ativa ou passivamente de uma relação jurídica. Isso acontece porque essas relações necessariamente envolvem um ou mais direitos; ao participar ativamente desse tipo de relação, obrigatoriamente o direito do ente deverá ser respeitado por quem ocupa a função passiva da relação. A ação de ter um direito respeitado compulsoriamente por outrem confirma a obtenção de direitos pelo indivíduo, assim como, ao se encontrar submetido a um Estado de Direito, onde outras pessoas também possuem personalidade jurídica, o ente também ocupará, inevitavelmente, a função de sujeito passivo na relação jurídica, confirmando a aquisição de deveres para com os seus semelhantes. Levando em consideração os parênteses apresentados, "personalidade jurídica" pode ser definida como a capacidade genérica de ser *sujeito de direitos*. Ou, ainda, deter personalidade jurídica é estar apto a exercer o papel de qualquer um dos sujeitos (ativo ou passivo) de uma relação jurídica.

# 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O processo histórico-evolutivo trazido por esta pesquisa abordará as noções de personalidade jurídica, em seu sentido amplo adotado por este estudo, no decorrer da existência humana. O Direito consuetudinário não será analisado, uma vez que, sendo a representação do direito em nascimento, apresenta escassas noções de *pessoa* e *personalidade jurídica*. A análise realizada neste trabalho partirá da Antiguidade, quando Roma e Grécia serão analisadas, passando pela Idade Média, com as funções jurídicas sendo exercidas pela Igreja Católica e, finalmente, culminando na Era Moderna, com as monarquias absolutistas e a ascensão dos movimentos racionalistas.

# 3.1 Personalidade jurídica na Idade Antiga

Os povos clássicos trouxeram consigo o início da construção pelo Direito da noção de "personalidade jurídica" e "pessoa", uma vez que o homem, antes visto como uma simples parte do coletivo, passou a ser individualizado frente ao Estado, sendo encarado, agora, como detentor de *personalidade* e *capacidade*. Assim, por esse motivo, o ser humano passou a gozar de um maior amparo jurídico. Além dessa inovação, o Direito dos povos antigos iniciou o processo de

reconhecimento dos *direitos da personalidade*, uma vez que já punia ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *di*ke *kakegorias*, na Grécia (DINIZ, 2017, p. 130). Sobre o Direito dos povos antigos, Miguel Reale desenvolve:

O grego ou o romano não eram livres por serem homens, mas sim, por serem cidadãos de Atenas ou de Roma. [...] O ateniense e o romano deviam, em primeiro lugar, satisfazer a certos requisitos de pertinência à sua cidade politicamente organizada, ou seja, à *polis* ou a *civitas romana*. O elemento fundamental, que dava a um indivíduo a sua qualidade de pessoa, era o elemento 'grupalista', ou seja, o elemento político (REALE, 2002, p. 228).

Com base na afirmação do autor, é possível desenvolver que o Direito greco-romano, ao mesmo tempo em que individualiza o homem frente à sociedade, o aprisiona a ela no que se refere à posse de personalidade jurídica. Isso porque, para possuí-la plenamente, além de ser cidadão da *polis* ou da *civitas*, era necessário preencher outros requisitos sociais. Dessa forma, o sujeito de direitos assim o era não por sua condição humana, mas por sua situação social. Reale complementa esse raciocínio afirmando:

Enquanto que para o homem moderno o que há de fundamental é a liberdade civil, tanto ou mais que a própria liberdade política, no mundo antigo dava-se uma inversão, porquanto a liberdade, nos planos dos direitos civis comuns, só era possível a quem possuísse preliminarmente a condição de cidadania (REALE, 2002, p. 228).

Os estrangeiros domiciliados (metecos), em Atenas, eram todos aqueles homens livres e habitantes da *polis* que não eram filhos de pai e mãe atenienses. Assim, não é levado em consideração o local de nascimento e de vivência, uma vez que a única condição para obter a cidadania, na *polis*, era a hereditária. Em Roma, os requisitos para a obtenção, por nascimento, da cidadania romana variaram no decorrer dos séculos. Em dado momento, era cidadã romana apenas a criança nascida de mãe romana. Entretanto, após a instauração da *Lex Minicia*, "um casal, constituído de cidadã romana, teria filhos cuja situação jurídica — cidadão ou não-cidadão — seria determinada pela situação jurídica do pai" (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 74). Por nascimento, portanto, não era levado em consideração o local natal da criança, sendo a condição jurídica dos pais o fator preponderante para a obtenção de cidadania pelo filho. Os estrangeiros em Roma (latinos e peregrinos) poderiam, porém, obter a cidadania romana por fatores posteriores ao nascimento, quando, por exemplo, transferissem seu domicílio para Roma ou denunciassem e conseguissem a condenação de magistrados concussionários (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 74).

Em suma, apenas os cidadãos gregos ou romanos, somados a outros critérios sociais, eram detentores de personalidade jurídica plena. Os estrangeiros não detinham direitos políticos, sendo, porém, amparados juridicamente em Roma, com o chamado direito dos povos, segmento do Direito romano que delimitava as relações jurídicas envolvendo os estrangeiros, classe excluída parcialmente da *ius* romana, uma vez que seus direitos eram reduzidos se comparados aos dos cidadãos romanos. Como exemplo dessa nítida disparidade, pode-se tomar a impossibilidade de os

# 3.1.1 Personalidade jurídica na Grécia Antiga

Os povos helênicos foram protagonistas de diversos avanços – mesmo não sendo pioneiros em vários deles – na aplicação do Direito, como a supressão da vingança privada e a estatização das normas jurídicas, que, antes consuetudinárias, se encontravam sob o poder dos aristocratas, classe incumbida de transmiti-las oralmente (GILISSEN, 1995. p. 74). Dessa forma, a restrição à "justiça de sangue" e o fortalecimento da "justiça da *polis*" (CERQUEIRA, 2002) é uma das principais evoluções do Direito helênico no que tange à sua aplicação. Atenas será o ponto principal deste estudo, uma vez que Drácon e Sólon, governantes atenienses, foram os principais responsáveis pelas evoluções do Direito grego. Dessa forma, as contribuições atenienses relacionadas à personalidade jurídica serão o ponto abordado nesta seção. Embora o Direito contemporâneo seja considerado herdeiro direto do Direito romano e suas instituições, é do Direito helênico "que provém o sentido intelectual da universalidade da justiça; foi entre os gregos que se desenvolveu a noção de que o direito é coisa pública, confeccionada e controlada pelo conjunto da comunidade" (CERQUEIRA, 2002), como concretizou Drácon quando justamente tira das mãos das aristocracias atenienses o poder sobre a transmissão e a criação do Direito e concentra nas mãos do Estado a incumbência da criação, administração e aplicação jurídicas.

A individualização do ser humano perante seu coletivo e o reconhecimento dos direitos da personalidade certamente são pontos marcantes no Direito ateniense. Todavia tais avanços apresentavam restrições, uma vez que somente uma pequena parcela da população gozava dessas inovações. Miguel Reale explica que "somente aquele que tinha poderes para deliberar numa assembléia [sic], votando e resolvendo em nome da polis, é que podia exercer direitos na ordem privada" (REALE, 2002, p. 228). Com isso, apenas os detentores do poder político detinham todos os seus direitos reconhecidos pela polis, possuindo, assim, a plenitude de sua personalidade jurídica. Os cidadãos, expressão utilizada em Atenas para designar os indivíduos detentores de poder político (DALLARI, 2016, p. 100) e nacionalidade, eram, portanto, a única camada social com amparo jurídico pleno. Antes de prosseguir com o raciocínio, é mister entender a sociedade ateniense, que, estratificada, era dividida basicamente em três classes: os cidadãos, os estrangeiros (metecos) e os escravos (DALLARI, 2016, p. 100). Nessa divisão, os cidadãos eram formados apenas por indivíduos do sexo masculino que exerciam a função de chefe de família, além de serem filhos de pai e mãe atenienses. Os estrangeiros eram homens livres e moradores de Atenas que, por serem filhos de estrangeiros, eram privados da vida política. Sendo assim, as crianças, as mulheres, os estrangeiros e os escravos eram excluídos, parcial ou inteiramente (no caso dos escravos), do Direito ateniense. Nesse sentido, John Gilissen comenta:

Comparada às democracias modernas, a constituição de Atenas é no entanto pouco democrática; os escravos não têm nenhum direito, nem político, nem civil; os metecos (estrangeiros instalados na cidade) têm muito menos direitos que os cidadãos. Na cidade de Atenas havia 40 000 cidadãos — outros dizem 60 000 — porém, centenas de milhares de metecos e escravos. (GILISSEN, 1995, p. 74)

O comentário de Gilissen explicita que, apesar de terem certos direitos reconhecidos, os "não-cidadãos" eram subjugados jurídica e politicamente. As mulheres, por exemplo, passavam a vida inteira sob a tutela de um homem, seja a de seu pai ou a de seu marido (GILISSEN, 1995, p. 78). Dessa forma, eram consideradas incapazes juridicamente, sendo, portanto, seus atos jurídicos válidos apenas com o aval do homem que as representasse. Além disso, as mulheres eram impossibilitadas de realizarem certas ações, como a aquisição de propriedade. Após os pontos explanados, é possível aduzir que, embora a individualização do ser humano frente à sociedade e o reconhecimento dos direitos da personalidade sejam importantes evoluções jurídicas do Direito ateniense, o desfruto desses avanços, assim como a personalidade jurídica plena, mostraram-se uma exclusividade dos *cidadãos* atenienses, classe privilegiada juridicamente, privando a maior parte da população ateniense de um amparo jurídico adequado. Com isso, pode-se afirmar que, mesmo com as evoluções citadas, ainda existia uma grande restrição ao reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos.

#### 3.1.1.1 A Democracia Ateniense

A Grécia detém grandes contribuições para os desenvolvimentos social e intelectual humanos. Seu maior legado político é a democracia direta desenvolvida pelos atenienses, gênese da democracia experimentada em grande parte dos Estados contemporâneos. A democracia grega, porém, possuía grandes contradições. Antes, é mister salientar que esse regime político não se espalhou por toda Grécia, região que era dividida em cidades-Estado — unidades independentes entre si e autônomas politicamente —, sem um governo grego central (GILISSEN, 1995, p. 73). A democracia grega abordada nesta pesquisa será a desenvolvida pelos atenienses, movimento isolado, não generalizado por todas as outras cidades-Estado. Portanto, quando o termo "democracia grega" for utilizado nesta pesquisa, quer-se referir à democracia que se desenvolveu em Atenas, durante o período clássico helênico. O período democrático ateniense foi responsável pelo desenvolvimento de grandes evoluções jurídicas, ocorrendo ao longo do século VI a.C procedimentos "de democratização, humanização e racionalização do direito. A partir das reformas de Sólon, a lei passa a valer igualmente para todos os cidadãos, independente de ser um cidadão nobre ou pobre (CERQUEIRA, 2002). Pode-se afirmar que, junto com a expansão da participação

política popular, a isonomia (igualdade perante a lei) entre os cidadãos foi uma das principais conquistas do período democrático ateniense. Além disso, Clístenes, considerado um dos pais da democracia ateniense, reconheceu cidadania a vários escravos e estrangeiros residentes na Ática, que passaram a ser conhecidos como *neopolitai*:

Quanto aos *neopolitai*, aos novos cidadãos, é evidentemente muito difícil de lhes estabelecer a origem de forma precisa. Pretendeu-se, por vezes, que Clístenes se teria limitado a restabelecer os direitos de cidadania aos membros das 700 famílias que tinham sido exiladas por Iságoras na altura em que, apoiado por Cleómenes, se tornou senhor da cidade e aí tentou estabelecer um regime aristocrático. Mas isso é pouco verosímil, porque os exilados devem, no regresso a Atenas, ter recuperado automaticamente os seus direitos. Não é verdadeiramente motivo para pôr em dúvida a afirmação de Aristóteles de que Clístenes teria dado o direito de cidade a estrangeiros e escravos domiciliados na Ática. (MOSSÉ, 1985, p. 22)

Como explica Claude Mossé, é de grande dificuldade estabelecer a origem do reconhecimento de cidadania aos *neopolitai* por Clístenes, mas tal ato realizado pelo governante ateniense é de grande relevância para a dignidade e tutela jurídica daquelas famílias, que passaram a receber maior amparo pelo Direito ateniense, além de significar o reconhecimento de personalidade jurídica plena por agora pertencerem à única classe que gozava desse direito — os cidadãos. Cabe pontuar que esse reconhecimento de cidadania tem grande relevância no que tange à afirmação do novo princípio de que a posse da terra deixava de ser a condição de cidadania. (MOSSÉ, 1985, p. 23)

"Democracia" tem sua origem etimológica na palavra grega *demokratía*, que, por sua vez, significa poder (*kratos*) do povo (*demos*). Assim, para que haja democracia, o *povo* deve ser o detentor do poder político. Para Jean-Jacques Rousseau, o *povo* é o coletivo de *cidadãos*, que, por sua vez, são os participantes da autoridade soberana (ROUSSEAU, 2014, p. 31). Isto é, para Rousseau, os cidadãos são aqueles que participam direta ou indiretamente das atividades do Estado. Nesse sentido, pode-se desenvolver que a democracia é um regime político que tem como característica indispensável o exercício do poder político pelos cidadãos de um Estado. Dalmo de Abreu Dallari explica que "na Grécia Antiga, a expressão *cidadão* indicava apenas o membro ativo da sociedade política, isto é, aquele que podia participar das decisões políticas" (DALLARI, 2016, p. 100). Com isso, o *povo* ateniense era constituído apenas por aqueles que estavam aptos a participar das atividades políticas na *ágora* (DALLARI, 2016, p. 100). Baseado nesse raciocínio, é possível afirmar que a democracia ateniense, apesar de excludente, constituía deveras um governo popular, uma vez que envolvia a participação do *povo* ateniense, já que, no pensamento apresentado, apenas os detentores de direitos políticos são considerados cidadãos e, dessa forma, constituem o povo.

Apesar de conceitos rousseaunianos poderem ser utilizados para legitimar a democracia

ateniense, o próprio autor tecia críticas à democracia desenvolvida por esse povo. No tocante à tomada de decisões, Rousseau criticava o regime político ateniense, uma vez que, para o autor, "[...] na verdade, Atenas não era uma democracia, mas sim uma aristocracia bastante tirânica, governada por oradores e eruditos" (ROUSSEAU, 2017, p. 16). Essa crítica é feita porque as questões debatidas na *ágora* eram apresentadas pelos cidadãos mais eloquentes da *polis*, que, pela retórica, eram capazes de persuadir os demais votantes, levados a apoiarem os interesses daquele grupo. Além do ponto apresentado pelo teórico contratualista, o reconhecimento de *cidadania* em Atenas traz consigo, consequentemente, uma relativização da democracia, já que se excluem do conceito de *cidadão* os escravos e os estrangeiros residentes na *polis*, constituindo, portanto, o *povo* ateniense apenas os indivíduos oriundos de famílias atenienses, levando-se em conta, em Atenas, apenas o critério de sangue (*jus sanguinis*) para o reconhecimento de nacionalidade e, consequentemente, cidadania.

Ainda nesse raciocínio, Dalmo Dallari define povo como "[...] o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente [...]" (DALLARI, 2016, p. 103), abrangendo como "povo" aqueles que possuem vínculo jurídico permanente com o Estado, isto é, fazem parte do povo aqueles indivíduos que integram o Estado, sendo titulares de direitos e obrigações permanentes em relação a ele. Dessa forma, mesmo que um indivíduo não se encontre em seu país de origem (em caso de viagem temporária, por exemplo), seus direitos e obrigações para com seu Estado original continuam vigentes, não havendo qualquer perda de suas atribuições jurídicas (REZEK apud ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 287). Esse indivíduo, porém, tem vínculo jurídico provisório em relação ao Estado que está visitando, usufruindo de direitos e estando sujeitos às leis estrangeiras apenas enquanto estiver naquele território (REZEK apud ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 287), onde, nesse caso, não é, portanto, cidadão. Assim, esse raciocínio reforça o caráter excludente da democracia ateniense, uma vez que, mesmo não podendo participar da vida política, os metecos possuíam atribuições jurídicas, como o pagamento de tributos, o financiamento do serviço militar e o direito às atividades comerciais e artesanais. Os escravos, por sua vez, eram desprovidos de vínculo jurídico permanente com a polis, já que estavam subordinados aos poderes de seu senhor, e não aos do Estado, que não lhes reconhecia direito algum.

Com os pontos salientados, é possível perceber o contraste existente no Direito helênico, representado neste estudo pelo Direito ateniense, uma vez que, mesmo reconhecendo os direitos da personalidade e individualizando o homem perante o Estado, suas consequências positivas só puderam ser experimentadas pelos *cidadãos*, privando de um amparo jurídico adequado os estrangeiros, as mulheres, além, é claro, das vítimas da ainda existente escravidão, que,

ironicamente, conviveu com um regime intitulado democrático. Além disso, o Direito helênico resignava as mulheres à eterna tutela pelos homens, privando-as, durante toda a vida, de capacidade jurídica. Com isso, os poderes social, jurídico e político concentravam-se nas mãos de homens, sem qualquer possibilidade de intervenção feminina. Dessa forma, os avanços helênicos privilegiaram, exclusivamente, um grupo cidadão e masculino em detrimento do restante da população, que foi privada do reconhecimento pleno de sua personalidade jurídica, submetendo-se à dominação dos *cidadãos*. Cabe pontuar que a gênese do caráter excludente da democracia ateniense reside nos seus critérios para reconhecimento de cidadania, uma vez que leva em consideração apenas a condição jurídica dos progenitores do indivíduo, ignorando completamente seu local de residência.

#### 3.1.2 Personalidade jurídica em Roma

A Roma Antiga desenvolveu através da sua existência uma complexa experiência jurídica, exercendo forte influência sobre os sistemas jurídicos de diversos países contemporâneos, como o Brasil. Suas contribuições jurídicas são incontáveis, podendo-se tomar como exemplo a divisão dicotômica do Direito, as classificações dos bens, a gênese do sistema jurídico de Civil Law, entre outras coisas. A personalidade jurídica, em Roma, apresenta maior flexibilidade se comparada à personalidade jurídica no Direito Grego. Isso porque, como apontado no início deste capítulo, os estrangeiros poderiam obter a cidadania romana, mesmo não sendo filhos de cidadãos romanos. Além disso, era prevista no Direito romano a capitis deminutio, fenômeno jurídico relacionado à mudança em um ou mais dos três status principales, fatores de extrema importância para a aquisição da personalidade jurídica plena. Para se obter personalidade jurídica plena em Roma, eram levados em consideração dois fatores: um natural e outro civil (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 62). O fator natural está relacionado ao nascimento perfeito, que, por sua vez, reúne três requisitos: o nascimento com vida, o revestimento de forma humana e apresentação de viabilidade fetal (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 62). Isso significa que, para obter personalidade jurídica completa, o indivíduo deveria obrigatoriamente nascer com vida e apresentar, além de forma humana, perfeição orgânica suficiente para que seja possível a continuação da vida. Ao nascer com algum tipo de deficiência, o indivíduo, conhecido, nesse caso, como monstro ou prodígio, não tinha sua personalidade jurídica reconhecida, não havendo possibilidade de mudar essa situação no decorrer de sua existência.

Enquanto o fator natural está ligado a requisitos biológicos, o fator civil está ligado ao status do indivíduo na sociedade romana. São três os status principales: o status libertatis, o status civitatis e o status familiae (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 62). O status libertatis está relacionado ao maior bem do homem romano: a liberdade. O homem poderia ser escravo, livre ou semilivre,

mas somente os homens livres detinham esse *status* e, com isso, a personalidade jurídica plena, uma vez que os homens semilivres tinham direitos reduzidos e os escravos eram vistos juridicamente como coisa *(res)* e não eram considerados sujeitos de direito (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 61). O *status civitatis* tem relação com a cidadania romana, outro fator essencial para o reconhecimento da personalidade jurídica completa do indivíduo, uma vez que somente os cidadãos romanos detinham tal *status*, sendo os estrangeiros (latinos e peregrinos) submetidos a várias restrições nas relações jurídicas do Direito romano, sem a obtenção do reconhecimento completo de suas personalidades jurídicas. O *status familiae* diz respeito à situação familiar do indivíduo, podendo este ser *sui juris*, quando é chefe de família (*paterfamilias*), ou *alieni juris*, quando está submetido ao poder de um *paterfamilias*. Somente os chefes de família detinham esse *status* e, quando somado aos outros dois *status principales*, personalidade jurídica completa, não tendo seus subjugados o reconhecimento completo desse atributo jurídico. Cretella Júnior, ao discorrer sobre a personalidade jurídica em Roma, explica:

Em nossos dias, desde o nascimento com vida até o último momento, o homem é sujeito de direito, é pessoa, mas o direito romano, como, em geral, os sistemas jurídicos da antiguidade, não atribuem paridade jurídica a todos os seres humanos. Basta pensar no *escravo* ou no *ser disforme* (*monstro* ou *prodígio*). (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 61)

Dessa forma, em Roma, para ser reconhecido como *pessoa* era preciso ser humano, ter forma humana e não estar na condição de escravo (CRETELLA JÚNIR, 2007, p. 61). Assim, ao preencher esses requisitos, o indivíduo tinha sua personalidade jurídica reconhecida, mesmo que parcialmente. Uma importante evolução romana é a possibilidade de reconhecer personalidade jurídica por fatores pós-nascimento, diminuindo a resignação dos indivíduos à situação jurídica de seus progenitores, como no caso dos escravos – que poderiam ser considerados sujeitos de direitos após a manumissão – e dos estrangeiros. Entretanto, os seres disformes encontravam-se resignados à exclusão jurídica, uma vez que era impossível alterar sua condição física para que fossem considerados sujeitos de direitos. Cretella Júnior completa sua explicação afirmando:

Os elementos do *status civilis* ou *caput* são a *liberdade*, a *cidade* e a *família* ('libertas, civitas, família'). Quem reúne estes três elementos tem a plena *capacidade* "*de direito*," [sic] o que não quer dizer que tenha a capacidade "*de fato*", porque, em razão da *idade*, do *sexo* ou da *mente* pode fazer valer seus direitos em juízo tão-somente através de *tutor* ou de *curador*. (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 62, grifo do autor)

Assim, a plena capacidade jurídica (o reconhecimento dos direitos do ser humano e a possibilidade de exercê-los por si só), em Roma, era uma exclusividade do homem livre, cidadão romano e *paterfamilias*. Com isso, pode-se afirmar que nenhuma mulher poderia obter o reconhecimento pleno de sua capacidade de fato – a autorização jurídica para um indivíduo exercer todos os direitos que lhe são reconhecidos –, uma vez que somente homens poderiam tornar-se *paterfamilias*. Por isso, o caráter flexível da obtenção do reconhecimento da personalidade jurídica

plena trouxe benefícios apenas aos homens, uma vez que, se *alieni juris*, a mulher estaria submetida ao poder patriarcal e, se *sui juris*, estaria submetida à tutela perpétua. Dessa forma, durante toda a Idade Antiga, a mulher foi juridicamente subjugada ao homem, que tinha a seu favor a estrutura patriarcal da família e da sociedade, uma vez que, embora pudesse ter reconhecida sua personalidade jurídica plena, não gozava da possibilidade de exercer seus direitos. A situação dos habitantes romanos exposta por esse trabalho perdurou até o ano de 212, quando o Imperador Caracala concede o direito de cidade (*jus civitatis*) a todos os habitantes livres da *civitas* romana, exceto aos peregrinos deditícios – prisioneiros de guerra que não assinaram tratado de paz –, por meio do Edito de Caracala (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 76), ato que representa um importante passo à universalização da personalidade jurídica, uma vez que busca maior abrangência de tutela jurídica aos habitantes romanos, deixando de fora desse amparo, porém, os prisioneiros de guerra citados e os escravos.

# 3.1.2.1 A "capitis deminutio"

Embora seja remetida ao significado de "diminuição" ou "perda", a *capitis deminutio* não significa necessariamente a perda ou diminuição da personalidade jurídica. Em vez disso, o termo latino tem sentido técnico de mudança ou alteração (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 63), não sendo sinônimo de diminuição ou extinção da personalidade, ainda que possa ser essa uma de suas consequências. Nesse sentido, Cretella Júnior explica:

Dentro do espírito do direito romano, *capitis deminutio* é a *mudança de estado* ocasionada pela perda do *status libertatis*, *civitatis* ou pela mudança do *status familiae*. Sendo a personalidade jurídica integrada por 3 elementos – *libertas*, *civitas*, *família*, a *deminutio* pode recair sobre cada um deles, dando origem, então a três espécies de *capitis deminutio* – a *máxima*, a *média* e a *mínima*. (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 63, grifo do autor)

A capitis deminutio máxima está relacionada ao status libertatis, atingindo, portanto, o maior bem do homem romano: a sua liberdade (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 63). Quando um cidadão romano, por exemplo, era condenado às feras do circo, passava a equivaler ao escravo. Neste caso há realmente extinção da personalidade e de seu status libertatis. A capitis deminutio média tem relação com o status civitatis, atingindo a cidadania (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 63). Quando um cidadão romano perdia sua cidadania, tornando-se peregrino, havia a perda parcial de sua personalidade jurídica, além da extinção de seu status civitatis. A capitis deminutio mínima relaciona-se com o status familiae, atingindo a situação familiar do indivíduo. Nesse caso, não significa a perda do status. Sobre esse processo, Cretella Júnior discorre:

A capitis deminutio mínima pode ser no mesmo nível quando, por exemplo, um cidadão alieni júris de uma família passa para a mesma situação de "alieni juris", em outra família (adoção), ou em níveis diversos, para pior (deterior), quando, por exemplo um "sui juris" passa a "alieni juris" (ad-rogação), ou, para melhor (melior), quando, por exemplo, um

Assim, nesse caso, a *capitis deminutio* pode ser consequência de mudanças positivas ao indivíduo, quando este se liberta do poder patriarcal, nos casos de emancipação ou morte do patriarca. Por isso, a "capitis deminutio" pode ser um instrumento para a obtenção plena da personalidade jurídica pelo indivíduo, estando, para isso, restrita aos casos relacionados ao *status familiae*. Apesar disso, a *capitis deminutio*, uma das responsáveis pela flexibilidade da personalidade jurídica em Roma, ao mesmo tempo em que pode significar a obtenção plena da personalidade jurídica no que tange à mudança no *status familiae* – de *alieni juris* para *sui juris* –, não pode significar o *reconhecimento* do indivíduo como sujeito de direitos, uma vez que prevê somente a perda dos *status libertatis* ou *civitatis*, não sendo possível, portanto, na "*capitis deminutio*" a conquista da personalidade jurídica, apenas sua perda.

### 3.1.2.2 Análise das inovações do Direito romano

O Direito romano, sem dúvidas, é inovador no tocante à personalidade jurídica. Isso porque na sociedade feudal e nos Estados modernos, a aquisição de direitos por um indivíduo estava relacionada à condição de seus progenitores, estando o ser humano, portanto, aprisionado à sua classe social, enquanto, em Roma, há diversas possibilidades para obtenção de direitos por motivos pós-nascimento, diminuindo essa resignação às condições hereditárias. Entretanto, ao mesmo tempo em que inicia a libertação do ser humano desses laços, o Direito romano facilita a desconsideração do ser humano como sujeito de direito, uma vez que prevê a *capitis deminutio*, sendo ela um meio de extinção da personalidade jurídica.

A capitis deminutio comprova, portanto, o caráter bilateral da flexibilidade da personalidade jurídica romana, uma vez que não apenas benefícios foram trazidos por essa inovação, já que, ao mesmo tempo em que facilita o reconhecimento do ser humano como *pessoa*, a desconsideração também é executada com facilidade, trazendo grande instabilidade ao patrimônio jurídico dos titulares de direitos, em função da volatilidade da personalidade jurídica. Considerando que a capacidade de direito plena continuava sendo uma exclusividade de uma aristocracia patriarcal, essa flexibilidade trouxe mais instabilidade do que inovações práticas, uma vez que facilitava a entrada dos indivíduos nos grupos de abrangência do Direito romano, e não aumentava o alcance da personalidade jurídica. Com isso, apesar de inovador, o caráter flexível da personalidade jurídica não pode ser considerado um grande passo à sua universalização, diferente da inovação trazida por Caracala, por meio de Edito, quando cede cidadania a todos os homens livres da *civitas*, buscando verdadeiramente aumentar a abrangência do amparo jurídico romano,

apesar da remanescente exclusão dos escravos e peregrinos denditícios.

## 3.2 Personalidade jurídica na Idade Média

Tendo o modo de produção feudal como traço predominante, a Idade Média europeia caracterizou-se pela segmentação dos territórios europeus, que, antes sob poder real, transformaram-se, segundo John Gilissen, em uma "multiplicidade de pequenos senhorios, na posse de nobres turbulentos, que nenhuma autoridade é capaz de dominar; nenhuma justiça pode reprimir os seus distúrbios, as suas razias" (GILISSEN, 1995, p. 190). Entretanto, tal afirmação mostra-se inverdadeira, uma vez que, como será demonstrado no decorrer desse estudo, a Igreja era capaz de permear os quase inacessíveis feudos com seu direito canônico, além de, já na Baixa Idade Média, com o enfraquecimento das relações feudais e a formação dos Estados, o direito secular se recupera e consegue penetrar nos já decadentes feudos. Os feudos, propriedades produtivas chefiadas pelos senhores feudais, gozavam de total autonomia em relação aos outros feudos, além de sofrerem intervenção jurídica quase nula do Estado em que se encontravam. Com isso, essas unidades eram basicamente impermeáveis às normas jurídicas estatais, possibilitando a dominação plena dos senhores feudais sobre seus servos, que utilizavam as terras feudais sob regime de servidão, devendo pagar altíssimos impostos e prestar serviços ao seu senhor. Apesar de usufruírem do poder feudal, a nobreza não se encontrava no topo da pirâmide da sociedade medieval, isso porque:

A sociedade medieval, em que o sistema feudal vigora para as relações de detenção da terra, é uma sociedade de ordens e estamentos. Seu direito é um direito de ordens: os homens dividem-se em *oratores*, *bellatores*, *laboratores*. isto é, aqueles que oram (clérigos), aqueles que lutam (cavaleiros e senhores) e aqueles que trabalham (servos). (LOPES, 2008, p. 59, grifo do autor)

Assim, a Igreja Católica ocupava o topo dessa pirâmide, já que, além de exercer poder religioso sobre a sociedade feudal, o clero era, também, composto por senhores feudais, sendo a Igreja, portanto, a única instituição capaz de permear os inacessíveis feudos, cujos proprietários submetiam-se ao poder clerical, doando, muitas vezes, terras ao clero. Dessa forma, o direito canônico apresentou-se mais eficiente que o direito secular ao penetrar as barreiras feudais. O Direito medieval caracterizou-se, portanto, por ser aplicado, majoritariamente, pela Igreja Católica, uma vez que o direito canônico foi, durante a maior parte da Idade Média, o único direito escrito (GILISSEN, 1995, p. 134), além de ser o único capaz de penetrar efetivamente os territórios feudais. Mesmo com um poder jurisdicional amplo, o direito canônico abrangia e julgava, principalmente, os fatos ligados à Igreja e alguns ligados ao direito privado, como o casamento e o divórcio, excluindo esses casos da competência dos tribunais laicos (GILISSEN, 1995, p. 134).

Quanto à personalidade jurídica, o período medieval não trouxe nenhuma inovação, uma

vez que o direito canônico se preocupava em analisar os casos ligados à Igreja, ignorando a situação dos servos, que, submissos aos poderes clerical e feudal, mostraram-se, fatalmente, como "sujeitos de deveres" nessa sociedade. Isso porque detinham obrigações para com o clero e os senhores feudais, devendo obediência, serviços e pagamento de impostos a esses dois estamentos. Na contramão disso, seus direitos eram quase inexistentes, uma vez que, no feudo, tinham direito apenas a utilizar a terra para subsistência e a proteção militar, sendo, porém, proibidos de frequentar certos locais dos feudos. A nobreza era, ainda, beneficiada pelo clero, onde conseguia, facilmente, cargos em troca de doação de terras.

#### 3.3 Personalidade jurídica na Idade Moderna

Com o renascimento do comércio e o nascimento dos burgos, o sistema feudal entrou em declínio, abrindo espaço para a recuperação do poder dos monarcas. Dessa forma, com a formação dos Estados modernos, o direito canônico perdeu espaço, dando oportunidade para a recuperação do direito secular. Os Estados nacionais, adeptos, majoritariamente, da monarquia absolutista como forma de governo, não trouxeram grandes inovações sociais e jurídicas, uma vez que a sociedade continuava estratificada e estamental, prendendo os indivíduos aos laços sanguíneos, que determinavam a posição social e a aquisição de certos direitos pelo indivíduo. Assim, para que mudanças efetivas acontecessem, foi fundamental a influência dos movimentos racionalistas, como o Iluminismo, que trouxe consigo a crença na razão, refletida nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder (DALLARI, 2016, p. 197), uma das características do Constitucionalismo, movimento racionalista que buscou limitar os poderes dos monarcas e trazer o reconhecimento dos direitos fundamentais perante o Estado por meio de uma Constituição.

O movimento constitucionalista apresentou várias inovações jurídicas, sendo uma delas a necessidade de a titularidade do poder constituinte ser sempre do povo (DALLARI, 2016, p. 200). Isso significa que a legitimidade de elaborar uma Constituição pertence ao povo, e não a um grupo social. Além disso, a racionalização do poder implicava na limitação dos poderes dos monarcas, que sempre se faria, como de fato ocorreu, contra a vontade destes, e em caso de aceitação às restrições, isso era devido às fortes pressões exercidas pelas novas camadas políticas, sobretudo pela burguesia (DALLARI, 2016, p. 198). A gênese do reconhecimento dos direitos fundamentais por uma Constituição significou um grande marco para a universalização da personalidade jurídica, uma vez que se mostrou como uma tentativa de proteção ao ser humano, independente de classe, cor ou gênero. Nesse caminho, Araujo e Nunes Júnior explicam:

Os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Dessarte, é incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas.

Assim, por buscar universalidade, o reconhecimento dos direitos fundamentais mostrou-se como a ponte que liga a restrição da personalidade jurídica à sua universalização. Além disso, o Constitucionalismo, em sua essência, nega privilégios e diferenciação entre as camadas sociais sob pena de negar sua própria razão de existência. Isso porque o titular do poder constituinte é necessariamente o povo, e não apenas um grupo predominante na sociedade, devendo, portanto, a Constituição se fundamentar nos valores que formam a sociedade, e não nos interesses de indivíduos ou grupos específicos. Sobre isso, Dalmo Dallari discorre:

Da própria noção de Constituição, resultante da conjugação dos sentidos material e formal, decorre que o titular do *poder constituinte* é sempre o povo. É nele que se encontram os valores fundamentais que formam os comportamentos sociais sendo, portanto, ilegítima a Constituição que reflete os valores e as aspirações de um indivíduo ou de um grupo e não do povo a que a Constituição se vincula. A Constituição autêntica será sempre uma conjugação de valores individuais e valores sociais, que o próprio povo selecionou através da experiência. (DALLARI, 2016, p. 200)

Dessa forma, a Constituição deve abranger os anseios de todas as camadas sociais, harmonizando suas vontades em prol do bem estar de todos. O beneficiamento jurídico de uma classe social tornaria ilegítima uma Constituição, que, por ser produto do poder do povo, deve acolhê-lo em sua integridade, sem exclusões por critérios econômicos, de classe, cor ou gênero. Os movimentos constitucionalistas, que, é preciso salientar, não apresentam unidade, influenciaram diretamente revoluções burguesas em seus países, como a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Esses movimentos foram marcos históricos, simbolizando a queda do Antigo Regime e espalhando pelo mundo seus princípios revolucionários, influenciando principalmente a sociedade europeia na busca pela diminuição de privilégios das aristocracias, além de um poder político mais racional, conquistas concretizadas na Idade Contemporânea.

# 4 DOCUMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

#### 4.1 A colaboração francesa

Influenciada pelos movimentos racionalistas, a Revolução Francesa trouxe consigo o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, representando a concretização dos anseios políticos burgueses, principal classe contestadora do regime absolutista. Tal evento trouxe como parte de suas consequências dois documentos fundamentais para a legitimação da universalização da personalidade jurídica: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Francesa de 1791. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é elaborada a fim de proclamar os direitos fundamentais do homem, além de buscar a extinção das diferenciações

jurídico-sociais instituídas, em prol da nobreza e do clero, pelos direitos anteriores, utilizados como instrumentos de perpetuação das aristocracias no poder sociopolítico. Dessa forma, o documento preconiza:

A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789)

Com isso, essa declaração indica a "socialização" das normas, as quais, antes feitas e aplicadas pela nobreza, deveriam passar a ser de competência do povo, aplicadas em prol de toda a sociedade, e não mais de um grupo. Além disso, o documento traz uma grande inovação ao declarar a igualmente perante a lei, um dos objetivos de análise deste estudo. Ao proclamar que "a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789), essa declaração atribui ao Estado o dever de garantir os direitos fundamentais do homem, sem a utilização do poder público pelos seus membros para vantagens próprias. Além de ser influenciada diretamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Francesa de 1791 incorpora tal documento, colocando em prática seus princípios explicitados. Assim, a Carta Magna de 1791, além de iluminada por eles, representa a concretização dos ideais e indicações da citada declaração, que, antes com caráter teórico e sugestivo, passa a ser impositiva e generalizada.

Por isso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão mostra-se fundamental para a universalização da personalidade jurídica, uma vez que representa o anseio pelo reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, pela isonomia e a extinção das distinções sociais em prol de um grupo. Isso significa que as normas deveriam passar a apresentar generalidade, e não mais ter sua validade e aplicação distinguidas de acordo com a classe social ocupada pelos indivíduos. Além disso, como já comentado, a busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais implica, necessariamente, na universalidade da aplicação desses direitos, sem qualquer tipo de distinção. A Constituição Francesa de 1791, por sua vez, mostrou-se um documento importante por trazer à prática os ideais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, concretizando seus anseios e avanços pretendidos, trazendo uma verdadeira revolução para o Direito francês, e, por meio dele, a universalização da personalidade jurídica em seu território.

#### 4.2 ONU e personalidade jurídica

A Organização das Nações Unidas, desde quando foi estabelecida, em 1945, tem

desenvolvido um grande trabalho no tocante à proteção ao ser humano. Ao elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a organização visava a garantir igualdade e dignidade ao ser humano, sendo imprescindível para a supressão dos privilégios jurídicos estabelecidos através dos séculos pelas classes dominantes. Essa declaração, apesar de não possuir caráter obrigatório, influenciou vários países, como o Brasil, que passaram a garantir e reconhecer em suas Constituições os direitos humanos.

Ao preconizar que "todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica" (VIEIRA, 2005, p. 34), a Declaração Universal dos Direitos Humanos visa a garantir, de uma vez por todas, a universalização da personalidade jurídica, sendo, assim, documento indispensável para a concretização desse evento. Assim, em Estados democráticos de Direito, a personalidade jurídica, hoje, é universal, sem que haja qualquer tipo de diferenciação entre seus cidadãos. A definição de cidadania, inclusive, passou por grandes modificações e ganhou maior abrangência. No Brasil, por exemplo, são levados em consideração o local de nascimento (*jus solis*) e o fator hereditário (*jus sanguinis*) para a obtenção de nacionalidade (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 287) e, consequentemente, de cidadania.

#### 5 PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O atual ordenamento jurídico brasileiro legitima-se na Constituição Federal de 1988, que, a partir de sua promulgação, recepcionou as normas anteriores que não a desrespeitassem e submeteu as normas posteriores aos seus princípios. Em seu artigo 1º, a Constituição Federal enumera os chamados fundamentos do Estado brasileiro, a saber: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 141). Sobre a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se instala a República Federativa do Brasil, David Araujo e Nunes Júnior elucidam:

A expressão *cidadania*, aqui indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado mais abrangente, nucleado na ideia, expressa por Hannah Arendt, do direito a ter direitos. Segue-se, nesse passo, que a ideia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 141, grifo do autor)

Com base nessa explicação, pode-se afirmar que um dos fundamentos da República brasileira é o direito a ter direitos, ou seja, a personalidade jurídica. Assim, todos os que se encontram submetidos a essa Constituição têm direito a personalidade jurídica plena, sem qualquer tipo de discriminação, assim como preconiza o Código Civil brasileiro de 2002, que complementa a Constituição ao impor, em seu artigo 1º, que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil" (BRASIL, 2002). Com isso, qualquer nascimento com vida acarreta obtenção de

personalidade jurídica, sem existir qualquer requisito estético para tal. Em seu artigo 5°, a Carta Magna determina a igualdade perante a lei, assim como reconhece vários direitos humanos previstos na Declaração da ONU, positivando-os na forma de direitos fundamentais. Entretanto, seu texto dá espaço a possíveis interpretações, uma vez que impõe: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, 1988). Ao introduzir a questão, David Araujo e Nunes Júnior explicam:

O art. 5º, *caput*, da Constituição da República garante expressamente aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o exercício de todos os direitos e garantias fundamentais. Da redação desse dispositivo é que nasce a dúvida de quem são os destinatários da proteção constitucional: só os brasileiros e estrangeiros residentes ou todos os indivíduos (estrangeiros não residentes, apátridas, etc)? (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 169, grifo do autor)

Levando em consideração o caráter universal dos direitos fundamentais e se utilizando da interpretação científico-espiritual, que busca a compreensão do texto constitucional a partir de seu conteúdo axiológico, para decodificar o artigo 5° da Carta Magna brasileira, clara é a intenção constitucional de proteger o ser humano, e não apenas os indivíduos citados pelo texto, haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1°, III da Constituição Federal, no qual se fundamenta o Estado Democrático de Direito em que se instala a República Federativa do Brasil. Nesse sentido, os autores supracitados complementam:

Os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano [...], logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil. Assim, um turista (estrangeiro não residente) eu seja vítima de uma arbitrariedade policial, por evidente poderá utilizar-se do *habeas corpus* para proteger o seu direito de locomoção. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 169, grifo do autor)

Após os apontamentos feitos, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 tem forte compromisso com o princípio da dignidade humana e, por conseguinte, os direitos fundamentais, dentro os quais se destaca para os fins deste estudo a universalização da personalidade jurídica, esta que é garantida a qualquer pessoa que se encontre em território brasileiro, detentor de vínculos jurídicos com o país ou não. Dessa forma, o Estado brasileiro não se mostrou conivente com os erros de um passado escravista, elitista e sexista, buscando avanços jurídicos no caminho da justiça social e da democracia, que culminaram na Lei Maior de 1988.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordada nesta pesquisa como parte de um sistema excludente e desigual, a personalidade jurídica foi um grande privilégio das elites no decorrer da História, tornando-se um instrumento de

dominação das classes dominantes, que, sendo a classe detentora dos direitos e, claramente, tendo os deveres divididos com as demais camadas sociais, mantinha facilmente seu resguardo jurídico e a legitimação do poder político. Com a Revolução Francesa, os princípios igualitários vieram à tona, dissolvendo permanentemente a legitimação da dominação social e jurídica das elites sobre as camadas populares, que passaram a ter seus direitos reconhecidos após séculos de subordinação. Além de promover bruscas mudanças jurídicas e sociais no país, tal revolução influenciou movimentos populares e abolicionistas, gerando uma transformação a nível mundial.

Por ser um direito fundamental, a personalidade jurídica apresenta, portanto, historicidade, isto é, suas facetas sofreram diversas mudanças no decorrer da história e sua universalização é nítido produto das conquistas sociais possibilitadas por diversos movimentos racionalistas, como o iluminismo e o constitucionalismo. Destarte, a universalização da personalidade jurídica deve ser encarada como uma conquista da civilização e defendida como tal, a fim de que sejam impossibilitadas ações que aviltem tão importante avanço que só pôde ser concretizado pelo advento do Estado Democrático de Direito.

#### REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 15 jun. 2019.

CERQUEIRA, Fábio Vergara. **As origens do Direito Ocidental na Pólis grega.** Revista Justiça e História, 2002. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/export/poder\_judiciario/historia/memorial\_do\_poder\_judiciario/memorial\_judiciario\_gaucho/revista\_justica\_e\_historia/issn\_1676-5834/v2n3/doc/04-Fabio.PDF Acesso em: 09 abr. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano.** 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 352 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. 304 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Teoria Geral do Direito Civil. 34. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017. 639 p.

FRANÇA. Constituição Francesa. Paris: Assembleia Nacional Constituinte, 1791.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História.** 3. ed. São Paulo: ATLAS, 2008. 452 p.

MOSSÉ, Claude. **As instituições Gregas.** Lisboa: Edições 70, 1985. 216 p.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: SARAIVA, 2002. 391 p

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Economia política.** 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2017. 69 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** 1. ed. . São Paulo: Hunterbooks, 2014. 175 p.

VIEIRA, Jair Lot. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2005. 111 p.

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiz Gustavo TIROLI¹ Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO²

#### **RESUMO**

A diferenciação conceitual entre judicialização das políticas públicas e ativismo judicial constitui-se em uma linha tênue que permite uma ampla reflexão no que tange a consolidação dos direitos fundamentais a partir da hermenêutica constitucional. Neste contexto, o presente artigo analisa a mutação constitucional, perquirindo a respeito da possível deturpação do instituto no intuito de tornar-se via de manifestação do ativismo judicial no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, a partir da reflexão a respeito da proximidade conceitual que existe entre ativismo judicial e judicialização das políticas pública, o presente trabalho, através do método de revisão bibliográfica, objetiva avaliar em que medida a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em utilizar a aplicação da lei de racismo por analogia para os crimes cometidos contra a população LGBT no Brasil constitui-se em ativismo judicial, perquirindo a respeito dos princípios constitucionais-penais que perpassam a discussão em torno da problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Ativismo. Criminalização. LGBTfobia.

#### **ABSTRACT**

The conceptual differentiation between judicialization of public policies and judicial activism constitutes a tenuous line that allows a broad reflection on the consolidation of fundamental rights based on constitutional hermeneutics. In this context, the present article analyzes the constitutional mutation, questioning about the possible misrepresentation of the institute in order to become a way of manifestation of judicial activism in the context of the Brazilian legal system. Thus, based on the reflection about the conceptual proximity between judicial activism and judicialization of public policies, the present work, through the method of bibliographical revision, aims to evaluate to what extent the recent decision of the Federal Supreme Court to use the application of the law of racism by analogy for the crimes committed against the LGBT population in Brazil is constituted by judicial activism, inquiring about the constitutional-penal principles that cross the discussion around the problem.

**KEYWORDS:** Hermeneutics. Activism. Criminalization. LGBTophobia.

Acadêmico do curso de graduação em Direito pela Escola de Direito das Faculdades Londrina. Endereço eletrônico: gustavo\_tiroli@hotmail.com. Colaborador no Projeto de Pesquisa Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: (in) certezas – um mundo em transformação e os desafios para a pacificação social e a segurança jurídica da Universidade Estadual de Londrina. \*\* Mestre em Teorias da Justiça: justiça e exclusão, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Internacional nas Faculdades Integradas do Vale do Ivaí e Procurador do Município de Ibiporã- PR.

Possui graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2002) e mestrado em Teorias da Justiça: justiça e exclusão pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2016). Atualmente é professor - Faculdades Integradas do Vale do Ivaí e procurador da Prefeitura Municipal de Ibiporã. Tem experiência na área de Ciência Política, com ênfase em Políticas Públicas, atuando principalmente nos seguintes temas: educação infantil, gestão democrática, política pública, democracia e participação popular. Tem experiência docente nas áreas de Direito Civil, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Humanos, Filosofia do Direito e Direito Internacional.

# 1 INTRODUÇÃO

A linha tênue que distingue a judicialização das políticas públicas e ativismo judicial permite uma ampla reflexão no que tange a consolidação dos direitos fundamentais a partir da hermenêutica constitucional. Sendo assim, o presente artigo analisa a mutação constitucional, perquirindo a respeito da possível deturpação do instituto no intuito de tornar-se via de manifestação do ativismo judicial no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, o presente artigo, a partir do método de revisão bibliográfica, objetiva analisar em que medida a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em criminalizar a LGBTfobia por analogia ao crime de racismo constitui-se em ativismo judicial, avaliando as consequências que tal decisão gera na ordem jurídica brasileira.

O primeiro tópico tratará a respeito da hermenêutica constitucional e a distinção conceitual entre judicialização das políticas públicas, enquanto fenômeno institucional decorrente do modelo adotado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e ativismo judicial, como sendo a postura proativa do intérprete frente à análise do caso concreto, avaliando a possibilidade do fenômeno desenvolver a politização da justiça que compromete a sua imparcialidade e credibilidade junto a sociedade.

No segundo capítulo será abordada a mutação constitucional como fenômeno de adequação informal do texto constitucional à realidade social de determinada sociedade em determinado momento histórico, analisando a possibilidade de utilização da via da mutação constitucional para manifestação do ativismo judicial no presente caso analisado neste artigo.

Por fim, o último capítulo perquiri a respeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal em aplicar por analogia a lei de racismo para os crimes cometidos contra a comunidade LGBT, de modo a criminalizar as condutas LGBTfóbicas. Sendo assim, objetiva-se avaliar a referida decisão a partir dos princípios constitucionais-penais, analisando a possibilidade do tribunal em incorrer em ativismo judicial, e assim verificar as consequências de tal decisão para o ordenamento jurídico brasileiro.

# 2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

De origem grega, a palavra hermenêutica (hermeneuein) é tida como a filosofia da interpretação, sendo associada ao semi-deus grego Hermes, aquele que fazia a intermediação entre os homens e os deuses, pois "nunca se soube o que os deuses disseram, apenas se soube o que

Hermes disse que os deuses disseram"<sup>3</sup>, e neste sentido a hermenêutica consiste "na teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípuo consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo".<sup>4</sup>

Fazer hermenêutica jurídica é realizar o processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o texto de soslaio, rompendo-se tanto com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetifivante como de um subjetivismo advindo do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.<sup>5</sup>

Interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagens de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, no caso do juiz não menos do que do musicista, por exemplo, reproduzi-los, aplica-los e realiza-los em novo e diversos contexto, de tempo e lugar.<sup>6</sup>

Para Ricardo Maurício Freire Soares<sup>7</sup>, o hermeneuta se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem epistemológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância verbal e nominal, de acordo com uma interpretação gramatical do texto da lei. Para Carlos Maximiliano<sup>8</sup>, interpretar consiste em procurar compreender a extensão da expressão presente no texto sem auxílio de outro mecanismo externo a não ser um conjunto de regras tradicionais e precisas, na finalidade de manter a integralidade do Direito.

A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.<sup>9</sup>

Neste sentido, faz-se necessário compreender os limites da interpretação da norma jurídica, a fim de impedir que a interpretação expansiva da Constituição possa incorrer na deturpação da judicialização das políticas públicas e consequentemente concretizar ativismos judiciais que ferem o Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, a judicialização das políticas públicas surge como um processo decorrente dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual o Poder Judiciário não pode furtarse da apreciação de uma demanda quando provocado pelos cidadãos, e do princípio do amplo acesso à justiça, ambos previstos no texto da Constituição Federal de 1988. Neste aspecto, a judicialização se consolida como um processo natural fruto do modelo constitucional democrático

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. O processo eletrônico e os novos hermeneutas – Parte I. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/senso-incomum-processo-eletronico-novos-hermeneutas-parte. Acesso em: 07 abr. 2019.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 14

<sup>5</sup> Ibidem, p. 323.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris,

<sup>7</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 247.

adotado pelo Brasil.

Por outro lado, toda vez que uma política pública não é promovida ou o é de forma ineficiente ou inadequada, ocorre o processo de judicialização, ou seja, na intenção de obter uma prestação do Estado em relação a determinado direito fundamental, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para obter, da forma mais célere possível, a devida prestação do serviço público, valendose do seu direito de petição.

Desta forma, a judicialização consiste na tutela da função Judiciária aos direitos fundamentais dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito em face da negligência do Poder Público quando do exercício de suas funções (Legislativa e ou Executiva), sem as quais não se pode criar, regulamentar e nem planejar políticas públicas com qualidade.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário — por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros — vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora [de] enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais. <sup>10</sup>

Barroso<sup>11</sup> estabelece duas possíveis causas que dão origem à judicialização das políticas públicas: a primeira está ligada à compreensão da judicialização como um fenômeno institucional com origem no processo de redemocratização da política do Brasil, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988; e a segunda seria a capacidade da judicialização das políticas públicas estender sua abrangência para diversos temas sociais, ao que o autor chamou de característica analítica e prolixa da Carta Magna.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [..] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. 12

Desta forma, pode-se dizer que a concepção que o jurista têm acerca da judicialização das políticas públicas está intimamente atrelada às atribuições constitucionais da função Judiciária da República, no que tange a efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos.

De igual maneira, pode-se dizer que, a partir do momento em que uma política pública é pleiteada em juízo por conta da deficiência na atuação das demais esferas de poder, o juiz deve decidir de acordo com os princípios e normas do direito, embasando sua determinação em conteúdo jurídico e não político, evitando, assim, posicionamentos e decisões arbitrárias<sup>13</sup>

<sup>10</sup> FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário**: primeiras reflexões. Disponível em: http://www.lfg.com.br. 2008. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

<sup>11</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado de Salvador**, n. 13, jan./mar. 2009.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípios. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 100.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política — decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral — e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. <sup>14</sup>

Isso porque a construção de entendimentos discricionários e desconexos pode realmente comprometer a estabilidade jurídica das decisões, ferir o princípio da isonomia e impedir a consolidação de um Estado Democrático de Direito, alicerçado na independência harmônica entre as funções da República.

Neste contexto, a expansividade da interpretação da norma constitucional e a postura proativa do intérprete pode incorrer em ativismo judicial, ou seja, fenômeno em que o juiz-Estado interpreta a norma a partir de convicções políticas e morais no sentido de esticar a sua compreensão para atingir determinada finalidade previamente estabelecida, atendendo em alguns casos o "clamor social" ou a denominada "voz das ruas" e outros fenômenos sociais que ultrapassam a possibilidade de interpretação, deturpando o instituto da hermenêutica constitucional.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. <sup>15</sup>

Embora ainda muito se discuta a respeito de um ativismo benéfico e outro maléfico, o ativismo judicial se consolida como uma postura comportamental e individual do juiz, que decide a partir de seus concepções e julgamentos morais e políticos, construindo entendimentos desproporcionais a discricionariedade limitada que deveria sanar lacunas encontradas na análise do caso concreto.

(I) aplicação a direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>16</sup>

Este é o ponto. Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel

<sup>14</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>16</sup> \_\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 6, jun. 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388 . Acesso em: 17 jul. 2019.

predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia.<sup>17</sup>

Noutras palavras, o ativismo judicial gera instabilidade jurídica no ordenamento pátrio e possibilita a construção de uma insegurança em relação as decisões dos magistrados, considerando que, nas mesmas condições e em casos similares, pode-se obter decisões totalmente diversas baseadas na discricionariedade ilimitada e da postura proativa do juiz-Estado.

O cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais. (...). Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito. 18

A distinção conceitual da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial permite, porém, que se compreenda de maneira mais eficiente o papel do Judiciário frente as demandas da sociedade contemporânea, sobretudo no sentido de garantir os acordos estabelecidos pelos Constituintes na promoção da cidadania, na construção da democracia e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

A partir de um posicionamento crítico acerca dessa linha tênue que separa ativismo judicial e judicialização das políticas públicas, pode-se compreender melhor os limites impostos pela Constituição ao papel do jurista e do operador do direito diante das realidades sociais, e valorizar uma prática jurídica que estabeleça o direito como farol a conduzir os rumos da atuação judiciária. Contudo, apesar de se compreender a necessidade de concepções políticas, sociais e econômicas para se conhecer as demandas sociais, faz-se necessário que as decisões sejam de ordem jurídica, baseadas e fundamentadas nos princípios constitucionais.

Neste processo de judicialização das políticas públicas, destaca-se o papel de pacificador social do Judiciário, que possui como vocação ontológica sanar os conflitos sociais e trazer respostas as diversas demandas do direto, entretanto essa natureza não deve substituir ou dirimir o debate político, que essencialmente acontece no Executivo e no Legislativo, vez que o julgamento deve ser embasado em princípios do direito e não no sentido de promover o bem-estar social, mas garantir, à luz da normativa, os direitos e garantias estabelecidas pelo legislador, sendo o juiz atrelado ao direito e não a política ou a moral, respeitando assim fundamentalmente os freios e

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_\_. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.38

contrapesos que harmonizam o Estado brasileiro.

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados<sup>19</sup>

A participação ativa de cidadãos no processo político e social, de modo que a democracia, a partir da estabilidade garantida pela Constituição Federal de 1988, possa viabilizar a resolução pacífica dos conflitos e o pleno desenvolvimento humano. A par disso, pode-se dizer que o Poder Judiciário é considerado o guardião do texto constitucional porque tem por obrigação resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, dele não podendo ser afastada nenhuma lesão ou ameaça a direitos.

Porém, há de se considerar que quando o Poder Judiciário deixa de balizar suas atividades a critérios compatíveis com a separação das funções para interferir mais intensa e amplamente nos espaços de atuação das outras funções da República (Legislativo e Executivo), incorre em grave risco de ofender não só o princípio da legalidade, mas principalmente o princípio democrático que estrutura o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste contexto, a judicialização da política poderá incorrer na politização da justiça, conforme apresenta o jurista Boaventura Souza Santos, elucidando que à medida em que os julgadores aplicam suas convicções políticas, às vezes partidárias, na aplicação do texto constitucional aos casos concretos, colocam a Justiça em situação de perda de credibilidade, entretanto a mesma deve manter-se neutra frente as tentativas de "pressão ou manipulação". <sup>20</sup>

Sendo assim, o Estado-Juiz deve afastar a politização da justiça, que compromete sua imparcialidade, garantindo a aplicabilidade dos direitos fundamentais na finalidade de manter a integralidade do Direito, sem contudo cometer inovações na ordem jurídica de maneira arbitrária, extrapolando suas competências institucionais, cumprindo assim sua finalidade de garantir a estabilidade constitucional.

# 3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL ENQUANTO VIA DE MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Em que pese a rigidez do texto constitucional, a Constituição Federal de 1988 não está livre de sofrer mudanças formais ou informais em virtude das modificações no cenário social,

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura Souza. **A Judicialização da Política**. 2003. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php. Acesso em: 16 de jul. 2019.

político e econômico em que ela está inserida, em nome da harmonização entre a letra normativa e realidade social.

No processo de modificação formal, previamente estabelecido no próprio texto constitucional, a alteração decorre do procedimento do Poder Constituinte Derivado Reformador que se manifesta a partir do legislador, de modo que, a partir de rito específico e mais rigoroso, propõe-se uma Emenda Constitucional a fim de modificar o texto original da Constituição, respeitando os limites impostos no artigo 60, parágrafo 4 da Constituição Federal de 1988<sup>21</sup>, determinado que não poderá ser objeto de deliberação "a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais."

**Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- I de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
   II do Presidente da República;
- III de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
- **§ 1º** A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
- § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
- § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.<sup>22</sup>

É certo que o texto constitucional ainda prevê a possibilidade de que as normas programáticas sejam regulamentadas a partir de legislação infraconstitucional que objetivaria aperfeiçoar a sua aplicabilidade, além de prever mecanismos que efetivaram a sua força normativa ainda que a inércia da função Legislativa seja constatada. Sendo assim, garante o mandado de injunção coletivo ou individual (art. 5°, LXXI), além da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2°).<sup>23</sup>

No entanto, o processo de modificação constitucional informal, também denominado de mutação constitucional, não decorre da alteração literal do texto, mas advém do novo sentido que se dá às certas disposições presentes na própria Constituição. Em verdade, representa uma forma de alteração da Constituição sem promover a alteração do seu texto, no intuito de acompanhar as mudanças das circunstâncias sociais que não modificam a letra da constituição, mas lhe outorgam significado diferente do até então atribuído.<sup>24</sup>

Mutação ou transição constitucional é um processo informal de alteração da Constituição, que pode conviver com os mecanismos formais (emenda e revisão). Pela mutação

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\_14.12.2017/art\_60\_.asp. Acesso em: 22 mai. 2019.

<sup>22</sup> Ibdem.

<sup>23</sup> Ibdem.

<sup>24</sup> BOSCH, Maria Helena. **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial**. São Paulo: [s.n], 2010. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo\_tutela\_coletiva\_artigo\_marcia\_ativismo.pdf. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

constituição, altera-se o sentido da norma constitucional, sem, contudo, mudar o texto. <sup>25</sup> Tem a função de completar a constituição, é uma decorrência lógica da constituição, na medida em que ela é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial e o essencial as vezes é incompleto, exigindo atuação ulterior, dando continuidade e aplicação, mas sem vulnerar a obra constitucional. <sup>26</sup>

O processo de mutação constitucional deve compor limites, a fim de que não se constitua em um mecanismo de deturpação da hermenêutica constitucional, de modo a instruir o texto ao belprazer do intérprete e afrontar diretamente a legitimidade do Poder Legislativo de realizar as devidas reformas constitucionais ao texto, garantindo a separação das funções republicanas.

A modificação do texto escrito da constituição federal deve ser empreendida por meio de emenda formal, em processo legislativo perante o Congresso Nacional. Vale dizer então que não se pode decidir contra texto expresso da constituição, utilizando-se do instituto da mutação, caso contrário o Supremo Tribunal Federal estaria investido do poder para emendar a constituição, com atuação ilimitada, em flagrante afronta à divisão de poderes, dentre outros.<sup>27</sup>

Evidencia-se, assim, que a via da mutação constitucional fora utilizada como "via de acesso ao ativismo judicial" por parte do Supremo Tribunal Federal (em especial no que pertine a analogia do crime de LGBTfobia ao crime de racismo), de modo que os intérpretes da Constituição valeram-se da transformação social e do crescimento representativo das minorias identificadas com o movimento LGBT para demonstrar que neste momento da história do país este grupo, assim como o movimento negro à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, são as vítimas mais potenciais das discriminações e preconceitos conjunturais e culturais na sociedade brasileira.

# 4 A CRIMINALIZAÇÃO POR VIA DO JUDICIÁRIO: DESCONTRUÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-PENAIS E POSSIBILIDADE DE PRECENTE TEMERÁRIO PARA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO

A Constituição Cidadã de 1988, nas palavras de Ulysses Guimarães se constituiu como "o documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil." Neste sentido, destaca-se a finalidade da Carta Magna de tutelar os direitos fundamentais coletivos e individuais, inclusive de grupos minoritários que não possuem expressividade na representação política.

Todavia não se pretende criticar a tipificação criminal da prática LGBTfóbica, uma vez que o Brasil tem demonstrado dados alarmantes no que diz respeito a violência conta a população LGBT<sup>28</sup> que evidenciam o preconceito e a intolerância presente na sociedade brasileira. Pretende-se,

<sup>25</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional** – 7. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>26</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

<sup>27</sup> BOSCH, Maria Helena. **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial**. São Paulo: [s.n], 2010. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo\_tutela\_coletiva\_artigo\_marcia\_ativismo.pdf. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTFóbicas no Brasil**: dados da violência. Brasília, 2018, p.55.

contudo, analisar as consequências relacionadas ao estabelecimento de precedente perigoso que se instaura a partir do momento que este procedimento se concretiza a partir do Poder Judiciário.

Neste sentido, a Carta Magna defini princípios constitucionais-penais que imperam no ordenamento jurídico e garante a efetividade do Estado Democrático de Direito. Destacam-se o princípio da legalidade ou reserva legal que determina no artigo 5°, inciso XXXIX da Constituição Federal<sup>29</sup> que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal", e presente com pequena variação na redação no Código Penal Brasileiro "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

A legalidade emana sua força normativa sobre todo o sistema jurídico-penal. Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito.<sup>30</sup>

Neste contexto, tanto a Constituição Federal como o Código Penal Brasileiro fazem questão de trazer a redação de maneira clara e evidente a fim de impossibilitar que interpretações abusivas pudessem criar tipos penais que não fossem por meio da função Legislativa, com amplo debate com a sociedade civil que democraticamente elegeu seus representantes e que possuem legitimidade para poder estabelecer as condutas que serão consideradas criminosas, não possuindo os onze ministros legitimidade para legislar sobre direito positivo.

Não cabe ao poder judiciário *nem inovar princípios*, *nem legislar normas práticas*. Mas aplicar a lei, quando invocado, na solução de factos em litígio, ou cujo direito se precise legalizar, ou fixar. Por outras palavras, consiste a função legítima do poder judiciário em dizer a cada um o que é seu, nos casos concretos, para cujo exame seja chamado.<sup>31</sup>

Ainda neste contexto, destaca-se a aplicabilidade da analogia que ocorre de duas maneiras distintas: *in malam partem* e *in bonam partem*. A aplicação da analogia in *bonam partem*, além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que "ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas". Para Luiz Regis do Prado, admite-se analogia tão somente quanto as normas penas não incriminadoras.<sup>33</sup>

Em matéria penal, pro força do princípio da reserva, não é permitido, pro semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógica. Nestas hipóteses, portanto, nao se promove a integrarão da norma ao caso por ela não abrangido.<sup>34</sup>

A analogia maligna, em desfavor do réu, constitui-se em evidente ofensa ao princípio da

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\_14.12.2017/art\_60\_.asp. Acesso em: 22 maio. 2019.

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

<sup>31</sup> DORIA, Antonio de Sampaio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 617. v. 1. *Grifo nosso*.

<sup>32</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 48.

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195 et seq.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 48

legalidade em sua função *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, ou seja, a proibição de aplicação de emprego de analogia em *malam partem*, em que sirva para criar tipo penal, fundamentar ou agravar penas. Para Rogério Greco<sup>35</sup>, o princípio da legalidade determina que a norma penal seja prévia, escrita, estrita e certa, o que impossibilita a interpretação expansiva, que no caso de tipificação penal deve ser restritiva.<sup>36</sup>

A analogia maligna, contudo, no Direito Penal, não encontra assento. Ora, se utilizada, criaria crime onde o legislador nada estabeleceu, puniria onde o legislador nada cominou. Autorizar a integração in *malam partem* significa permitir ao jurista que complete o Direito no intuito de acrescer ao *ius puniendi.*<sup>37</sup>

Em que pese a argumentação a respeito da omissão legislativa e, sendo assim, a real necessidade de intervenção do Poder Judiciário, verifica-se que foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal o Projeto de Lei 672/2019, que criminaliza a lbgtfobia e traz as providências legislativas legítimas para o tratamento da matéria, de modo que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e o Mandado de Injunção 4.733 tornou-se evidentemente desnecessária, não no sentido material, mas institucional.

Verifica-se do postulador o pleito a respeito da possibilidade de "inovação na ordem positiva" e a possibilidade de "tipificação penal por decisão judicial" evidenciando o claro atentatório ao princípio da ilegalidade, sendo suficiente para a extinção da ação por ferir frontalmente a Constituição Federal no constante no artigo 5°, inciso XXXIX.

Requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional.<sup>38</sup>

Deste modo, não se pode ignorar os princípios constitucionais-penais e nem se valer de mecanismos ilícitos, inconstitucionais ou ilegítimos para se atingir determinada finalidade, ainda que temporária, pois fere o Estado Democrática de Direito e direciona a sociedade para a instauração do Estado de Exceção, pois se faz necessário resguardar o instituto dos precedentes que se instauram e possuir determinada cautela jurídica com decisões que ultrapassam as competências funcionais republicanas.

Os princípios – penais e processuais penais – proclamados na Carta Constitucional se transformaram na voz dos punitivista de plantão em óbice para realização de uma "justiça de exceção". Em nome da perversa lógica de que "os fins justificam os meios" os princípios

<sup>35</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 107.

<sup>36</sup> FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p.158.

<sup>37</sup> SILVA, Rêidric Víctor da Silveira Condé Neiva e. O uso da analogia nas normas penais incriminadoras para extensão do tipo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2367, 24 dez. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14078. Acesso em: 21 jun. 2019.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 do Distrito Federal**. Voto do senhor Ministro Celso de Mello. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf. Acesso em: 22 mai. 2019.

fundamentais são atropelados e as garantias são ignoradas. A Constituição da República é assaltada quando em nome do combate a corrupção é defendida a utilização de "métodos especiais de investigação", "remédios excepcionais" ou quando arbitrariedades são acolhidas em nome da exceção e de um suposto "ineditismo" da prática criminosa.<sup>39</sup>

Sendo assim, uma hermenêutica constitucional que parta do princípio de que os fins justificam os meios poderá incorrer na consolidação de uma verdadeira barbárie jurídica, de modo que a maioria dos ministros, mitigando o Poder Legislativo, poderá criminalizar condutas que, as suas convicções morais, políticas ou religiosas, e até mesmo a força majoritária da sociedade, considerarem inadequadas, pois o precedente constitucional foi aberto a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, o Estado-Juiz deve abster-se do ativismo judicial, evitando a construção de inovações jurídicas que podem politizar a justiça, comprometendo sua imparcialidade. Devendo assim manter a integralidade do Direito, aplicando critérios jurídicos para a tomada de decisão e cumprindo sua finalidade, a garantia da estabilidade constitucional.

Todavia, a mutação constitucional, enquanto processo informal de conformidade do texto constitucional à realidade social fora utilizada como "via de acesso ao ativismo judicial" por parte do Supremo Tribunal Federal no caso analisado no presente artigo. Visto que através da mutação, os ministros valeram-se da transformação social e do crescimento representativo das minorias identificadas com o movimento LGBT para demonstrar que neste momento da história do país este grupo, assim como o movimento negro à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, são as vítimas mais potenciais das discriminações e preconceitos conjunturais e culturais na sociedade brasileira.

Sendo assim, em que pese a necessidade da criminalização da homofobia e sobretudo no estabelecimento de prevenção e punição dos agentes promotores dos mecanismos discriminatórios, uma hermenêutica constitucional que parta do princípio de que os fins justificam compromete a integralidade do corpo jurídico e da estabilidade constitucional, de modo que a maioria dos ministros, mitigando o Poder Legislativo, poderá criminalizar condutas que, as suas convicções morais, políticas ou religiosas, e até mesmo a força majoritária da sociedade, considerarem impróprias, pois o temerário precedente constitucional foi aberto a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal.

<sup>39</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. **De Cidadã a Geni**: a triste trajetória de uma Constituição. Empório do Direito. São Paulo, 2018.

## REFERÊNCIAS

2007.

2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. . Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de direito do Estado de Salvador, n. 13, jan./mar. 2009. BOSCH, Maria Helena. **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial**. São Paulo: [s.n], 2010. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo\_tutela\_coletiva\_artigo\_marcia\_ativismo.pdf. Acesso em: 17 de jul. de 2019. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\_14.12.2017/art\_60\_.asp. Acesso em: 22 maio, 2019. \_. Ministério dos Direitos Humanos. Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência. Brasília. 2018. . Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 do Distrito Federal**. Voto do senhor Ministro Celso de Mello. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf. Acessado em: 22 de maio. de 2019 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 DORIA, Antonio de Sampaio. Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1958. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais, Editora Max Limonad, São Paulo, 2015. FRIEDE, Reis. Ciência do direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. São Paulo: Malheiros, 2006. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 19. Ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

SANTOS, Boaventura Souza. **A Judicialização da Política**. 2003. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php. Acesso em: 16 de jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Rêidric Víctor da Silveira Condé Neiva e. O uso da analogia nas normas penais incriminadoras para extensão do tipo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2367, 24 dez. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14078. Acesso em: 21 jun. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.27.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do

Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
O processo eletrônico e os novos hermeneutas – Parte I. <b>Consultor Jurídico</b> . 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/senso-incomum-processo-eletronico-novos-hermeneutas-parte. Acesso em: 07 abr. 2019.
Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. <b>Jurisdição e ativismo judicial</b> : limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. <b>De Cidadã a Geni</b> : a triste trajetória de uma Constituição.

Empório do Direito. São Paulo, 2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional** – 7. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Funções do Poder Judiciário**: primeiras reflexões. Disponível em: http://www.lfg.com.br. 2008. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

# INVENÇÃO DA NATUREZA, INVENÇÃO DO DIREITO: CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO EM HANS KELSEN, NECESSIDADE EM DAVID HUME

Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O esforço pelo conhecimento da realidade é um fator que impulsiona o pensamento humano desde a aurora da história. É com o advento da filosofia cartesiana que a proposta de uma separação entre corpo e espírito, mundo extenso e ser pensante, tem lugar. Contudo, o sistema cartesiano, que funda a existência no pensamento, tornando este autônomo em relação ao mundo, não resolve outro problema: o da anterioridade do mundo em relação ao pensamento. Seria o mundo realmente anterior ao pensamento? Se não, a partir de quais ferramentas a ideia de mundo foi criada durante a história? É desta a pergunta que parte o presente trabalho, desenvolvido metodologicamente a partir da leitura bibliográfica e da dedução. Num primeiro momento, tentou-se mostrar, por meio de um breve excurso histórico, a criação da ideia de mundo nos filósofos pré-socráticos da Grécia Antiga, em sua busca da delimitação da natureza; evidenciou-se, além disso, a partir da genealogia empreendida por Hans Kelsen, a influência da regra da retribuição, também conhecida por lei de talião, nos espectros filosóficos. Em seguida, foram trazidos alguns exemplos de metafísicas modernas sobre a natureza, com o fim de demonstrar a presença, nelas, dos dois princípios derivados da lei de talião: o princípio da causalidade e o princípio da imputação; e de como o direito delas deriva. Por fim, expôs-se as teorias de David Hume e de Hans Kelsen, que tentam salvaguardar a separação entre pensamento e mundo, e a não-anterioridade deste.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da imputação. Princípio da causalidade. Regra da retribuição. Hans Kelsen. David Hume.

# **ABSTRACT**

The effort to grasp reality has driven human thinking throughout History. But it's only with the advent of the Cartesian philosophy that the proposal of disconnection between body and spirit, extensive world and thinking, takes place. Nevertheless, Cartesian system, which founds the existence in thinking, making it autonomous with regard to the world, leaves unsolved a problem: the anteriority of the world in relation to thinking. Would one say that the world really precedes the act of thinking? If not, from which tools was the idea of world created during History? It's from this question that the present work is born, methodologically developed from bibliographical reading and deduction. Firstly, the work tried to show, through a brief historical journey, the creation of the idea of world by the pre-Socrates philosophers of the Old Greece in their quest of nature delimitation. It was made evident, besides that, from the genealogy by Hans Kelsen, the influence of the retribution rule, also known as the talion law, in the philosophical spectra. Afterwards, some examples of modern metaphysics about nature were brought to show the presence, in them, of the two principles derived from the talion law: the principle of causality and the principle of imputation, and how Law is born from them. Finally, David Hume's and Hans Kelsen's theories, which try to preserve the dissociation between thinking and world, and the non-anteriority of the latter, were exposed.

**KEYWORDS:** Principle of imputation. Principle of causality. Norm of retribution. Hans Kelsen. David Hume.

Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2016). Autor do livro Assinatura de um sujeito qualquer: dispositivo, campo e potência em Giorgio Agamben (2018). Membro do Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). E-mail para contato: lucas.bertolucci@gmail.com

# INTRODUÇÃO

Dentro do espectro extremamente amplo das ciências, é obviamente impossível de se traçar uma divisão nítida entre ciências naturais e ciências humanas. Afinal, em que medida o objeto das ciências humanas não está contido nas ciências da natureza, isto é, em que medida não é o humano, também, natural? Por outro lado, o oposto não é menos verdadeiro, tendo em vista que, se todas as ciências são criadas pelo ato humano, até mesmo as ciências naturais, em que medida o conhecimento da natureza desenvolvido pela humanidade não é, também, objeto das ciências humanas? Todo o debate, iniciado na filosofia cartesiana, acerca da dualidade natureza e espírito leva a inúmeros questionamentos, e à impossibilidade de se formular uma resposta simples. Por esta razão, a pretensão do presente trabalho é muito menos ambiciosa, tendo a análise, dirigida pela leitura bibliográfica e pelo método dedutivo de pesquisa, sido reduzida à relação entre o possível caráter causal da natureza e o possível caráter imputável do direito.

No primeiro capítulo, após uma breve exposição da diferença, em Kelsen, entre o princípio da imputação e o princípio da causalidade, faço uma retomada histórica do momento em que ambos princípios se relacionam pela primeira vez. Na verdade, os dois princípios surgem da chamada "regra da retribuição", a regra primitiva que determina que todo mal (ilícito) deve ser respondido com um mal (pena) igual ou equivalente. Na constituição da ciência, na Grécia Antiga, os gregos fizeram uso, para a criação de seus esquemas científicos, das categorias normativas e sociais de que dispunham, e a regra da retribuição é a que rege todo o agrupamento social. Portanto a regra da retribuição formalizou toda a ciência, desde a antiguidade até a modernidade.

No segundo capítulo, investigo algumas ocorrências, nas metafísicas científicas modernas, dos princípios da causalidade e da imputação, concomitantemente. Se a regra da retribuição participou da criação científica em toda a história da ciência, as primeiras metafísicas da modernidade tornam isso evidente. Tanto a metafísica cristã religiosa, quanto às metafísicas empiricistas e às metafísicas de Descartes e Spinoza, tentaram criar uma ciência da natureza que fosse articulada causalmente, em relações de causa e efeito e que, ao mesmo tempo, tivessem uma causa final. Esses dois aspectos mostram uma mistura, respectivamente, do princípio da causalidade e do princípio da imputação, ambos derivados da regra retributiva.

No terceiro capítulo, inicialmente é trazido o fato de que, em razão da imbricação entre causalidade e imputação, não só as ciências naturais fundamentam a causalidade em uma causa final (Deus), mas também a ciência jurídica encontra em Deus a norma final, posto que o direito ainda não é positivo, mas natural. A seguir, duas teorizações — a de David Hume e a de Hans Kelsen

 são expostas, como formulações que pretendem separar os princípios em união: Hume tenta afastar a imputação das ciências naturais, Kelsen tenta afastar a causalidade da ciência jurídica. A seguir essa suposta tentativa de separação é questionada e investigada a partir de certas teorizações filosóficas.

Um retorno a Hume e Kelsen, como forma de manter a ciência viva, e sem que esta caia em totalizações esdrúxulas, se faz urgente. Cumpre destacar que este é tão somente um trabalho inicial sobre o tema, que não pretende exauri-lo, mas apenas tentar trazer algumas luzes, com o fim de contribuir para o debate.

# 1 CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO: DEFINIÇÕES

Apesar de ambas se identificarem como "ciência", as ciências naturais e a ciência jurídica têm como objeto, respectivamente, a natureza e as normas jurídicas, que, como defende Hans Kelsen (2009), filósofo do direito austríaco do século XX, se dão a partir de princípios diversos. Causalidade é o princípio que rege as coisas na natureza, de modo que estas estão em relação de causa e efeito. Segundo a relação de causa e efeito, se algo (A) é, um outro algo (B) se dá; este é efeito daquele. As ciências naturais se preocupam, pois, em investigar as relações de causalidade do mundo, a forma como se relacionam as coisas na natureza, com o intuito de esboçar a totalidade causal das relações naturais. Por outro lado, as normas jurídicas não operam a partir da causalidade, pois não se pode afirmar, a partir de um direito positivo, que se determinada conduta (A) ocorre, determinada consequência (B) se dá, isto é, que da conduta A decorre, como um efeito em relação à causa, a consequência jurídica B. Da mesma forma que as ciências naturais têm como objeto a natureza, as ciências jurídicas têm como objeto as normas jurídicas, cuja aplicação depende da vontade de um indivíduo. O que a ciência do direito pode afirmar, portanto, é que se a conduta A ocorre, a sanção B *deve* ocorrer (KELSEN, 2009, p. 86-91).

Logo, o princípio da imputação, diferentemente do princípio da causalidade, tem seus elementos conectados por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, e esta põe a norma através de um ato de vontade. A imputação tem como pano de fundo, portanto, uma lógica normativa, que consiste na imputação de uma sanção coativa como consequência de uma conduta considerada ilícita para o direito positivo.

A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito. Por isso pode dizer-se: a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa. É evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e consequências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade mas um princípio que – como mostra esta análise – se pode designar por imputação. (KELSEN, 2009, p. 91)

Ambos os princípios, no entanto, estão mais próximos do que aparentam, pois, derivam de um ancestral comum: a regra da retribuição (KELSEN, 1973; 2009). Esta regra, que rege a vida em comum do homem primitivo, é representada pela *retaliação*, isto é, consiste na lei de talião. Àquele que causa algum mal deve ser aplicada pena igual ou equivalente, àquele que causa algum bem deve ser aplicado prêmio igual ou equivalente.

Antes de se adentrar nos pormenores acerca desta regra, requer-se que se faça um breve excurso histórico pelas categorias científicas emergentes na Grécia Antiga. É na filosofia da natureza dos pré-socráticos que ocorre o surgimento das bases que fundam a ciência tal qual hoje ela se apresenta, e já nela se pode perceber que esta tentativa primeira por eles empreendida de se fazer ciência a partir da realidade "ainda está impregnada com a ideia de valores originados na esfera social" (KELSEN, 1973, p. 167, tradução nossa). Tendo a sociedade grega antiga resolvido seus problemas a partir do lado mítico-religioso, ou não-científico, que nada tem de interesse em investigar a realidade do mundo, a natureza se torna objeto de um pensar racional, e este se emancipa, pois, do político-social. Dois momentos marcam a constituição científica, que podem ser separados em uma "primeira ciência da natureza" e uma "nova ciência da natureza".

Para esta primeira *ciência* da natureza, como já antes para a visão primitiva da natureza, a comunidade autoritária, o estado, providencia o primeiro esquema para a ordem que se tenta ler no cosmos: pois é precisamente o estado que é habitualmente aceito como ordem *per se*, e em virtude de uma especulação teológica muito mais antiga, é comumente considerado um valor absoluto. Mas a noção de uma lei para o mundo, i. e., natureza, que inicialmente nada mais é que a projeção do estado no cosmos, manifestamente se separa de seu arquétipo para ter um significado totalmente diferente. [...] A nova ciência da natureza começa apenas no ponto em que o mito sai de cena; mas isso tem início com a tendência, visível desde o princípio, de se separar a φύσις [*phýsis*] do νόμος [*nómos*], a natureza da sociedade, e de se criar uma oposição entre ambas, e consequentemente entre ciência e política, ou, ao menos, de se estabelecer um dualismo das duas, que era ainda totalmente estranho à mente primitiva. (KELSEN, 1973, p. 167-168, tradução nossa)

Os filósofos pré-socráticos, nesse ínterim, buscam um fundamento final a partir do qual o mundo pode ser unitariamente explicado, uma ἀρχή (*arkhé*). *Arkhé* significa não apenas "origem", ou "início", mas também "regra" ou "força", de modo que essa regra única, investigada pelos pré-socráticos, que estaria na origem de todas as coisas, essa "mon-arquía", é um princípio de mobilidade, responsável por toda movimentação mundana. É por isso que, mesmo que, por exemplo, Tales e Anaxímenes tenham proposto como causa primeira, respectivamente, a água e o ar, ambas essas *arkhés* são entendidas animicamente, ou seja, como possuidoras de alma e, portanto, de razão, pois não são apenas substância amorfa, mas *causa motriz* que ordena e controla.

Este primeiro aspecto do princípio da causa primeira não refletiria uma das características da regra da retaliação? Da mesma forma que, a partir da regra da retribuição, uma norma impõe uma punição a um ato ilícito culposo, a partir da ideia de uma causa fundamental, a *arkhé* conecta

um efeito a uma causa, acrescentando-os a uma cadeia causal. Essa característica da regra de retribuição é chamada de *princípio da bipartição*, posto que determina a redução do âmbito retributivo a apenas dois elementos: uma conduta prejudicial e a sua punição.

Esta ideia da natureza da causação é, em geral, uma forte reminiscência da visão primitiva da natureza da retribuição; da causa decorre o efeito, assim como a culpa, ou, mais precisamente, o indivíduo que pratica uma ação vil, incorre em uma punição. (KELSEN, 1973, p. 169, tradução nossa)

A bipartição polariza o mundo em ilícito e consequência, ou, na ciência, em causa e efeito, que, no limite, implica na polarização entre natureza e causa primeira. O mesmo pode ser dito do princípio da imputação que, em seu limite, polariza o seu campo de atuação em conduta humana e norma final.

Há, contudo, um outro aspecto da causa primeira que deve ser observado, e que reflete outra característica da regra da retribuição. Segundo a regra da retribuição, punição e a conduta ilícita são dois momentos que devem equivaler para que possam se estabelecer uma relação, para que tenham correspondência. No mesmo sentido, na formação de suas ciências naturais, os présocráticos atribuem grande importância ao fato de que os elementos da natureza sejam equivalentes, para que possam, também, corresponder, para que a ideia de que as causas ensejam efeitos não impeça a natureza de ser vista como um todo harmônico de mútua equivalência.

A condição para que haja a referida equivalência entre os elementos é que surjam do mesmo lugar, que advenham, pois, da mesma causa motriz. Se assim for, todas as coisas da natureza dela derivam e, em razão disso, todas as coisas configuram a própria substância natural da causa primeira, e estão, portanto, em permanente harmonia, são *qualitativamente* semelhantes. Isso não quer dizer, é claro, que as coisas não se diferenciem quantitativamente, de modo que as relações de causa e efeito se dão, assim como as relações entre culpa e consequência, entre quantidades equivalentes. Essa ideia de harmonia está presente no postulado da conservação de energia na ciência contemporânea, de forma que o princípio da causalidade, em razão deste postulado, foi ressignificado, na contemporaneidade, a partir da equivalência de energias. A esta característica proveniente da regra da retribuição dá-se o nome de *princípio da equivalência*.

Apenas através de uma mudança de sentido mais radical, poderia o princípio da causalidade se transformar no (ou, mais precisamente, levar ao surgimento do) princípio da equivalência de energias. Enquanto componente da teoria causal – agora eliminada da física moderna, ou substituída pelo princípio da equivalência – [o princípio da equivalência] origina-se na doutrina da retribuição, a saber, em seu princípio básico de que semelhante será pago com semelhante. (KELSEN, 1973, p. 187)

Ocorre que, em razão da duplicação constitutiva da regra da retribuição em *phýsis* e *nómos*, ambos os princípios dela derivados, da causalidade e da imputação, são concomitantemente atravessados um pelo outro (KELSEN, 2009). Ao passo que a ciência sustenta o princípio da

causalidade como princípio que engendra a análise da natureza, o princípio da imputação opera como seu anverso obsceno. Nos capítulos que se seguem, tentar-se-á abordar a possível ocorrência da ligação entre causalidade e imputação no campo da ciência.

# 2 A IMBRICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E DO PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO DA NATUREZA

As várias tentativas de explicar a totalidade dos fenômenos do mundo tenderam a acabar, em toda a história da humanidade, com a colocação de uma "causa final" que explicasse o processo todo. Nota-se isso já nas formulações dos mais antigos filósofos pré-socráticos, que buscavam interpretar a natureza em sua suposta completude. Tales determinou que a água fosse a última causa, enquanto Anaxímenes, o ar. Anaximandro, por sua vez, e para não recair na causa final como algo mundano e visível, afirmou que a causa final é uma substância infinita, chama, em grego de ἄπειρον (ápeiron). E esses processos de imputação de uma causa última à natureza se deu em todo o decorrer histórico.

Na metafísica divina do final da Idade Média e do início da modernidade, Deus é tido como a substância que determina como acontecem todas as relações fáticas do mundo. Logo, os hábitos também entram na trama divina, de modo que todos os acontecimentos e relações humanas se justificam a partir do conto da Divina Providência. Se tudo se dá por uma razão, se tudo acontece por uma causa, essa causa é Deus. O cristianismo, enquanto metafísica específica da cristandade, sustenta a ideia de que o retorno do Messias, a *parúsia*, se dará a qualquer momento, que este momento já é predestinado a ocorrer, e que, em sua ocasião, a Igreja Divina descerá até a Igreja Mundana, e o tempo eterno terá lugar. Pode-se afirmar, pois, que, segundo essa lógica, toda imputação se submete à causalidade, de modo que a causalidade divina predetermina, em última instância, toda imputação.

Com o renascimento, a supremacia da religião católica na Europa, apesar de não contestada no âmbito estritamente religioso, não dominava mais toda a cultura. A ciência passou a ocupar o lugar hegemônico que a religião possuía na cultura europeia, com a ascensão do experimentalismo por meio de personagens como Leonardo da Vinci. A prática empirista tinha como método a experiência prática, e como objetivo descobrir o mundo em sua completude, a partir da indução. É a experiência, no ideário experimentalista, que opera como ponte entre o homem e a natureza. No entanto, apesar de se contrapor à ideia providencial cristã, o cientificismo emergente não é vazio de metafísica, não se sustenta tão somente pela indução. Existe uma metafísica que funciona como base dessa lógica científica, e que é a metafísica da razão, a secularização de Deus na racionalidade definitiva do universo, e a crença nessa racionalidade (DAWSON, 2012, p. 219).

Isso significa que surge, portanto, uma metafísica mecanicista, a criação da ideia de uma *res extensa* necessária, ou seja, de uma absoluta lógica imanente do universo. Toda a natureza é, então, interpretada como um todo mecanicamente fechado, e, ao menos virtualmente, passível de ser completamente descoberto. Contudo, a crença na racionalidade matemática da natureza implica, se levada ao extremo, na inscrição do homem nessa lógica espaço-temporal pré definida pela natureza, e, consequentemente, no esvaziamento da própria subjetividade frente a absoluta objetividade.

O homem não só havia perdido seu lugar central no universo como a ligação entre a realidade mais alta do espírito e a realidade mais baixa da matéria; ele corria o perigo de ser empurrado para fora da ordem inteligível. Pois se o universo é concebido como uma ordem mecânica fechada, governada por leis matemáticas, não existe mais espaço nele para os valores morais e espirituais que até então tinham sido considerados como a realidade suprema. Daí pareceria seguir que o mundo da consciência humana era subjetivo e irreal e que o próprio homem nada mais era que subproduto da vasta ordem mecânica que a nova ciência havia revelado. [...] A realidade da ordem moral e espiritual era admitida não apenas pela vasta maioria dos homens, mas também pelos líderes do novo pensamento. Porém, ele não podia mais ser integrado no sistema do universo material em uma única ordem de realidade. Consequentemente, a tentativa mais poderosa do novo pensamento de produzir uma síntese filosófica — o sistema cartesiano — resultou em um dualismo filosófico estrito da mente e do espírito, "res extensa and res cogitans". (DAWSON, 2012, p. 220-221)

Portanto, a filosofia cartesiana busca resolver o problema do sujeito frente a um mecanismo absoluto e universal, isto é, sustenta a existência de um ser individual, apesar da necessidade que ordena os corpos. René Descartes, filósofo e matemático francês, nascido ao final do século XVI, em suas *Meditações da filosofia primeira* (1641), traz sua ideia de causalidade a partir de uma metafísica calcada em um Deus onipotente e onisciente. Descartes não abre mão do Deus cristão, que tudo sabe e que tudo cria, e dentre as coisas por Ele criadas está o ser pensante, o "eu" cartesiano. Confrontado ao mundo da sua volta, o "eu" nada sabe sobre a veracidade daquilo vê ou sente. Como seria possível ao "eu" determinar de uma vez por todas que aquilo que vive em tal momento, ou em toda a sua vida, é ou não é a realidade? Também os sonhos trazem pensamentos que iludem, colocam uma certa narrativa como a realidade. "E, quando penso mais atentamente, vejo do modo mais manifesto que a vigília nunca pode ser distinguida do sono por indícios certos, fico estupefato e esse mesmo estupor quase me confirma na opinião de que estou dormindo" (DESCARTES, 2004, p. 25).

E sendo a determinação entre sonho e realidade, em última instância, impossível, o que resta ao indivíduo? O sujeito cartesiano é a coisa pensante; apesar de nada se saber sobre o que se sente ou sobre o que se vê, o "eu" é o que há de verdadeiro, pois sabe que sente, ou sabe que vê. E por mais distorcida que seja a realidade, e por mais que o que o sujeito percebe nunca seja aquilo que lhe é "enviado", o sujeito cartesiano sabe ao menos *que pensa*. O ser pensante é, pois,

absolutamente separado da realidade corpórea, e inclusive de seu próprio corpo fisiológico; ele é puro pensamento. Do pensamento decorre a faculdade de juízo, e é a partir desta faculdade que é possível julgar que se vê, se sente ou se imagina algo. A partir desta faculdade, não se percebe, pois, as coisas extensas do mundo, mas sim, e unicamente, o próprio pensar. O julgamento a respeito de algo pode ser verdadeiro ou falso, mas a faculdade de julgar é inegavelmente verdadeira (DESCARTES, 2004, p. 59).

Toda ideia é, nesse sentido, proveniente da faculdade de julgar e, portanto, proveniente do pensamento, e não passa de um modo de pensar. As ideias referentes às percepções – chamadas por Descartes de "adventícias" – recebem do pensamento uma *realidade objetiva*, isto é, são tidas pelo eu pensante como a própria realidade, misticamente confundidas com o mundo corpóreo. No entanto, permanece a dúvida a respeito de a realidade objetiva assumida por determinada ideia ser especificamente de uma certa maneira, e não de outra; ao que o filósofo francês afirma haver alguma *causa* da qual a ideia recebe uma *realidade formal*, ou seja, uma causa responsável por dar à realidade objetiva (percebida) a forma que esta possui. A esta causa, Descartes dá o nome de "substância infinita", ou Deus.

É a substância infinita, Deus, que tudo cria e que todas as relações do mundo consegue ver. Deus é a perspectiva da necessidade, ou da máxima causalidade, que observa com perfeição a concatenação de causas e efeitos em toda extensão. É por essa razão que a ideia de Deus, diferentemente das demais ideias, não parte do ser pensante, mas do próprio Deus, posto que, caso o "eu" pudesse criar e vislumbrar tal ideia de perfeição, poderia, até mesmo, conhecer todas as coisas e criar a si mesmo e a tudo, seria onisciente e onipotente. O indivíduo é "substância finita", e sua perspectiva, pelo contrário, é a da máxima dúvida, do desconhecimento de toda a suposta causalidade do mundo. E a faculdade dos juízos acaba sempre tomando como verdade aquelas percepções de mundo que visam, de algum modo, beneficiar o "eu". É por essa razão que, mesmo que o homem não consiga visualizar a perfeita verdade com clareza, uma máxima cartesiana diz que o homem deve abster-se de julgar, toda vez que a verdade de uma coisa não estiver clara (DESCARTES, 2004, p. 129).

Seguindo em muitos pontos a metafísica cartesiana, Benedictus de Spinoza, filósofo holandês, nascido na primeira metade do século XVII, no primeiro capítulo de sua *Ética* (1675), traz também a sua ideia de causalidade a partir de Deus. O sistema lógico spinozano, diferentemente das meditações de Descartes, busca investigar as relações do universo fazendo o uso de definições, axiomas, proposições, demonstrações, corolários e escólios, em uma narrativa expressamente matemática. Uma das principais diferenças para o sistema cartesiano é a unificação da substância: de acordo com Spinoza, não há uma variedade de substâncias, mas tão somente uma

substância, que não é apenas infinita, mas absolutamente infinita. Isso quer dizer que essa substância engloba todos os atributos existentes, e que esses atributos são todos infinitos (a extensão, por exemplo). A essa substância absolutamente infinita, Spinoza dá o nome de *natureza naturante* (SPINOZA, 2009, p. 35), ou Deus. O teorema da causalidade fica muito bem demonstrado na proposição 28 da primeira parte:

Nenhuma coisa singular, ou seja, nenhuma coisa que é finita e tem uma existência determinada, pode existir nem ser determinada a operar, a não ser que seja determinada a existir e a operar por outra causa que também é finita e tem existência determinada; por sua vez, essa última causa tampouco pode existir nem ser determinada a operar, a não ser por outra, a qual também é finita e tem existência determinada, e assim por diante, até o infinito. (SPINOZA, 2009, p. 33-34)

A substância infinita, também chamada de causa eficiente, é aquilo que determina todas as demais causas. Para que qualquer singularidade exista, ela deve afetar a substância infinita, algum de seus atributos, e tornar-se, pois, um de seus *modos*. Deus, sendo a única essência cuja natureza contém a própria existência, é a condição de existência de tudo. Ele não é, no entanto, uma contingência, mas uma necessidade, posto que, do ponto de vista do filósofo holandês, não existem contingências. A natureza de uma coisa deriva necessariamente da existência de uma causa eficiente e, só então, passa a ter existência. Caso uma coisa não se siga de uma causa existente, ela não existe, e é, portanto, impossível. "Não há, porém, nenhuma outra razão para se dizer que uma coisa é contingente, a não ser a deficiência de nosso conhecimento" (SPINOZA, 2009, p. 38). Os indivíduos, e nisso Spinoza se assemelha a Descartes, não conseguem vislumbrar a totalidade necessária e causal do mundo, não por que ela não existe e o mundo é contingente, mas porque, de acordo com suas respectivas metafísicas, o homem não é capaz de alcançar a absoluta necessidade substancial.

# 3 DISJUNÇÃO DE AMBOS OS PRINCÍPIOS? KELSEN COM HUME

Apesar da alegada causalidade nas metafísicas expostas, e mesmo que não se possa, segundo elas, falar de Deus como a *contingência* suprema, ponto de vista da absolutez da deidade é o único capaz de visualizar toda a causalidade inerente à natureza. Ato contínuo, é por meio de sua vontade ou, ao menos, de sua força, que se segue uma causalidade, de modo que é Deus aquela substância totalizadora que conecta a cada causa um efeito, e que concatena as causas dessa forma. Nada impede que se diga, destarte, que Ele *imputa* a cada fato natural uma consequência natural. Não seria o quadro formado a partir dessa mundividência metafísico-religiosa, pois, regido pelo princípio da imputação? E não seria a causalidade mera derivação deste? Se isso puder ser interpretado dessa forma, pode-se afirmar que as coisas na natureza não se dão pela relação de causa e efeito — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$  —, mas pela relação de imputação — se A é, então B  $\acute{e}$ 0.

conforme prescreve certa norma natural instituída por Deus.

Portanto, também as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento. E, por isso, uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito natural. (KELSEN, 2009, p. 87)

O Direito natural deriva, então, da mundividência metafísico-religiosa, da perspectiva de um absoluto eterno que controla a trama mundana, que prescreve suas normas. Com o abandono de Deus e sua substituição, no ideário cultural, pelo paradigma da ciência, um Direito natural divino não é mais possível e, se não Deus, quem há de fundamentar a existência do Direito? Se sociedade e natureza desvinculam-se da deidade religiosa enquanto fundamentação de todas as coisas, uma nova narrativa deve dar conta de enredar a trama histórica. Nesse momento de queda da religiosidade, as crenças foram deslocadas para novos ideais, de modo que Deus foi neles secularizado. Durante o século XVIII, duas principais correntes despontam nessa empreitada, aquela cujo ideal defendido é o *progresso* e aquela que defende a *natureza humana* como ideal.

A primeira diz respeito aos enciclopedistas franceses, como Diderot e D'Alembert. Seus pensamentos tomam por base uma ideia secularizada, ou seja, mundanizada, da divina providência cristã, que é a ideia de progresso. A fé cristã na escatologia, a espera pela vinda do Messias e pela chegada do fim dos tempos, foi despida dos símbolos bíblicos, sem que sua forma deixasse de operar: apesar de deixarem a providência de lado, eles ainda sustentavam uma ideia de tempo teleológico, a ideia de um infinito progresso da raça humana, a forma não cristã de aguardar pelo fim dos tempos (DAWSON, 2012).

A fé na *natureza humana*, por sua vez, parte da filosofia de Jean-Jacques Rousseau, que, diferentemente dos enciclopedistas, empreende uma crítica à civilização, afastando-se do progresso científico, e em benefício de um estado de natureza idealizado. Segundo o filósofo francês, as desigualdades naturais nem se comparam, em prejudicialidade, às desigualdades artificiais, institucionalizadas pela cultura (ROUSSEAU, 2017, p. 77). "Piedade" é a virtude que torna possível a conservação da natureza humana, o que não quer dizer, segundo Rousseau, que o homem selvagem, apesar de piedoso, fecha os seus olhos para as atrocidades do mundo – em verdade, ela as encara com a devida repugnância (ROUSSEAU, 2017). Ao defender tal ideal natural, Rousseau seculariza ideia de Éden, deslocando a causa do pecado original do homem para a civilização. Rousseau buscava a realização da natureza humana "para a luz interior da consciência e para a obediência das leis eternas da natureza inscritas no coração humano" (DAWSON, 2012, p. 227).

Este afastamento de Deus e da religião no pensamento europeu seria o marco em que as ciências naturais abandonam em definitivo o princípio da imputação, e passam a ter como regra tão somente a causalidade? Evidentemente que não. Com o iluminismo, novos ideais surgem, mas estes

ideais são tão ascéticos quanto a ideia de Deus, e, novamente, as ciências naturais são regidas pelo progresso enquanto causa final. A ciência do direito jusnaturalista, por outro lado, e tendo em vista a ascensão do ideal de natureza humana, passa a incluir em seus cálculos as ideias de direitos humanos inatos e, mais tarde, com os ideais revolucionários, de soberania inata, de modo que o direito continua preso na teia determinista da causalidade natural. Para que ambos os princípios sejam, enfim, separados, e para que seja possível falar em ciência da natureza e em ciência do direito, as teorizações de Hume, acerca do conhecimento da natureza, e de Kelsen, acerca do conhecimento do direito, são imprescindíveis.

A preocupação de David Hume, tanto na primeira parte de seu *Tratado da Natureza Humana* (1740), quanto em *Uma Investigação sobre o Entendimento Humano* (1748), é de explicar o fenômeno da causalidade. Em vez de partir, porém, de uma substância omnividente objetiva, parte da própria percepção. Para que alguém tenha uma *ideia* de algo, é necessário, para tanto, que nesse indivíduo seja impressa alguma percepção, que ele tenha uma *impressão* a partir de suas percepções sensíveis – algo próximo da emergência de ideias para Descartes. Após a experiência perceptiva, o indivíduo pode, a partir de ideias criadas pelo pensamento, especular acerca da causalidade de algo, dos efeitos possíveis para determinada causa.

Após se ter uma experiência, ou um conjunto de experiências envolvendo uma coisa, descobre-se efeitos que se repetiram na coisa e em todas as suas semelhantes. Apesar disso, não é possível falar em conexão necessária entre as coisas experimentadas e suas semelhantes, e nem, em razão disso, na manutenção futura da relação de causalidade da própria coisa com seus efeitos. Não existe nenhuma demonstração que prove que os efeitos da coisa vão continuar acontecendo, pois não há demonstração *a priori* que relacione a causalidade de uma coisa à causalidade de coisas semelhantes. E como, ainda assim, esta causalidade existe? O que fundamenta a criação das relações de causalidade, se não é possível concatenar racionalmente eventos semelhantes, eventos que contenham relação de causa e efeito próximas?

O *hábito*, segundo Hume, é uma conjunção não racional entre causalidades de coisas semelhantes. Sua ocorrência requer a memória de uma experiência anterior conjugada à memória de outra experiência semelhante. "[...] toda crença relativa a fatos ou à existência efetiva de coisas deriva exclusivamente de algum objeto presente à memória ou aos sentidos e de uma conjugação habitual entre esse objeto e algum outro" (HUME, 2004, p. 79). O hábito ocorre não através da razão, mas por meio de um *instinto*, ou *tendência*. É este que permite que haja a percepção subjetiva de certas repetições na natureza, que configura a ideia de causalidade própria do hábito. O instinto é uma espécie da ideia de conjunção causal entre coisas, um poder mecânico que age nos indivíduos e que cria essa ideia.

[...] todo efeito tem infinitamente várias causas, e, toda causa, infinitamente vários efeitos. [...] Nenhum processo depende de uma única causa isolada. Partindo dessa perspectiva, esforços foram feitos para que o conceito de causa como tal, enquanto algo inútil, fosse dispensado, e para substituí-lo pelo de "condições" ou "componentes" de eventos, na medida em que a noção de efeito fosse eliminada, em favor da ideia de "aquilo que resulta". Pensou-se, porém, que entre as condições ou componentes de um evento, era necessário designar *uma* em particular como "decisiva", de modo que [...] uma distinção é feita entre o conceito coletivo de *todas* as condições de um efeito tomadas juntas, e a causa no sentido mais estreito de "imediata" ou de "mudança decisiva em um dos fatores condicionantes", de forma que o conceito de causa não é realmente dispensado, mas apenas modificado. (KELSEN, 1973, p. 189, tradução nossa)

A conexão necessária de todas as coisas, esse poder imperceptível, mencionado por Descartes e por Spinoza, que rege todas as relações de causa e efeito e que o homem não percebe por limitação de sua capacidade, não passa, para Hume, da *crença* em uma *ideia*: a *ideia de necessidade*. A crença nada mais é que a expectativa de que ocorra determinado efeito. Ela leva em conta, a partir do hábito, a maior probabilidade de certas causas aparentes acarretarem determinados efeitos. Apenas o hábito, ou seja, a repetição da causação, produz uma impressão que é capaz de sugerir uma ideia de conexão necessária referente a esta relação de causalidade. A conexão necessária, por fim, é uma ideia causada pela impressão do hábito.

[...] a nossa ideia de necessidade e causação provém inteiramente da uniformidade que se observa nas operações da natureza, nas quais objetos semelhantes estão constantemente conjugados, e a mente é levada pelo hábito a inferir um deles a partir do aparecimento do outro. (HUME, 2004, p. 122)

Caso a teoria de Hume continuasse a sustentar a existência de uma necessidade substancial absoluta da natureza, por mais que abandonasse o personagem de Deus como representante desta necessidade, não abandonaria o *ideal ascético* (NIETZSCHE, 1998, p. 87-149), o ponto de objetividade que performa toda cena. Contudo, seu iter filosófico consiste transformar esse ponto objetivo em um ponto subjetivo, em assumir o ponto normativo como subjetivo.

Em suma, a necessidade é estruturada pelas ideias de conjunção habituais, e não é possível – ou, ao menos, não é praticável – especular sobre uma necessidade que seja pura causa, isto é, uma necessidade independente do hábito e da percepção. Sendo a causa pura indefinível, seu signo é o *acaso* (HUME, 2004, p. 137), pois é ele que expressa a impossibilidade do estabelecimento de uma conexão necessária *a priori*. A necessidade para Hume, portanto, não é a substância infinita que, aos poucos, é cada vez mais descoberta, mas uma ideia, e uma ideia que, apesar do acaso caótico da situação real, permite a criação de determinadas leis da natureza, ao permitir ao homem delimitar a probabilidade, a partir do hábito, da ocorrência de certos resultados a partir de determinadas condições previamente elencadas. Esta ideia permite, como entende Kelsen (1973), com que o princípio da causalidade seja libertado das amarras necessitaristas, e possa se concentrar em processos de equivalência fenomenologicamente localizados.

Precisamente na analogia do princípio da retribuição, unindo seus dois elementos em uma sequência uniforme, a lei causal é, uma era, originalmente, concebida, e dessa forma entendida como o padrão básico da regularidade natural como tal. Mas esta ideia não poderia mais ser sustentada, uma vez que se tornou necessário abandonar como injustificável a assunção de uma conexão imanente entre causa e efeito, e substituí-la pela ideia de uma dependência meramente funcional. Nesta concepção, a sequência natural de fenômenos não é mais mantida como um elemento essencial. Dependência funcional também pode ser obtida entre ocorrências simultâneas. Mas se ocorrências simultâneas estão em dependência funcional, elas também são reversíveis. E a ciência moderna é, de fato, capaz de apontar a multitude de conexões, na qual nenhuma distinção temporal entre antes e depois aparece. (KELSEN, 1973, p. 190, tradução nossa)

Já Kelsen preocupa-se, principalmente em sua *Teoria pura do direito*, de 1934 (reeditado em 1960), em construir uma ciência do direito totalmente separada da lógica da causalidade. Primeiramente, preocupa-se em afastar o ser do dever-ser, isto é, a natureza das normas sociais. Para que uma compreensão pura do direito positivo possa ocorrer, e esta é a perspectiva da teoria kelseniana, os momentos da criação de uma norma e da existência da norma devem ser radicalmente separados, como que momentos pertencentes a diferentes registros: o do ser e o do dever-ser. Existe uma barreira de intransponibilidade entre a norma e a normatização, de modo que a totalidade jurídica nada mais é que uma totalidade de normas. Norma não são apenas as leis, mas também a Constituição, os regimentos, os decretos, e assim por diante, incluindo neste conjunto até mesmo as decisões judiciais e administrativas do Estado. Para que haja a criação de uma norma – seja pela via legal, seja pela via judicial, seja pela via executiva – o ato de vontade de um agente do Estado deve estar fundado em uma norma jurídica. Só há norma se houver outra norma, anterior (KELSEN, 2009).

No entanto, a fundamentação sucessiva de uma norma em outra norma – que Kelsen chama de "dinâmica jurídica" – é, obviamente, limitada, e logo encontra uma impossibilidade de continuidade. Pois se a Constituição é o último fundamento normativo positivo de um dado ordenamento jurídico, qual seria seu fundamento? Segundo Kelsen, toda Constituição se fundamenta, ainda, na Constituição anterior, e assim sucessivamente, até se atingir a primeira Constituição positiva histórica. Mas esta regra contém uma exceção, segundo a qual uma Constituição não pode se fundamentar na anterior caso aquela tenha sido posta por meio de uma revolução, que o filósofo do direito entende como um golpe de Estado e, portanto, uma modificação ou substituição ilegítima da Constituição. Ocorre que alcançando-se sucessivamente a última Constituição histórica legítima, ainda será necessário fundamentar a legitimidade dela em algo, e é neste momento em que surgem os problemas.

Há várias propostas, de autores diversos, de que se fundamente a Constituição em algum conceito ao menos minimamente indeterminado. Carl Schmitt (1982), por exemplo, a fundamenta em uma unidade política, seja ela o "povo" ou o "monarca"; Jürgen Habermas (2012) fundamenta-a

na razão comunicativa, isto é, na participação democrática discursiva; John Rawls (1997), por sua vez, opta por uma justiça liberal. Contudo, há que se observar que as diversas fundamentações jurídicas diferentes do Direito, as diversas maneiras de lhe garantir legitimidade, nada mais fazem que tomar uma certa moral subjetiva por objetiva e, pois, enredam a ciência jurídica em uma narrativa causal.

É por esse motivo que Kelsen é extremamente cauteloso neste ponto. Ao deparar-se com uma Constituição última que necessita legitimar-se, Kelsen conclui que nada mais é possível deduzir, além do simples fato de que aquele ordenamento, caso ele exista, é, ao menos minimamente, obedecido e que, portanto, é eficaz. A validade de um ordenamento é dedutível de sua eficácia, e esta depende, basicamente, de uma obediência mínima. Caso esta obediência ocorra, nada mais se pode afirmar além do fato de que ela ocorre. Existe, no entanto, alguma norma extrajurídica que impele os sujeitos a obedecerem a este direito positivo (CHAHRUR, 2016; KELSEN, 2009). Apesar de esta ser, possivelmente, uma norma de ordem moral, Kelsen propõe que ela seja ficticiamente deslocada para dentro da ciência do direito, não como uma norma posta, é claro, mas como uma norma pressuposta. É esta norma pressuposta que, na teoria kelseniana, fundamenta todo o ordenamento, razão pela qual Kelsen a denomina de "norma fundamental" (KELSEN, 2009, p. 50-51). Com o auxílio da ficção, Kelsen cria um ponto de referência último, que torna a imputação possível, sem que este ponto coincida com qualquer ponto da realidade, sem que sua ciência entre em alguma trama causal qualquer.

O número dos elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe. A pressuposição de uma primeira causa, de uma *prima causa*, o análogo do ponto terminal da imputação, é inconciliável com a ideia da causalidade – pelo menos com a ideia da causalidade tal como ela se apresenta nas leis da física clássica. A representação de uma primeira causa que, como vontade criadora de Deus ou como vontade livre do homem, desempenha na metafísica religiosa um papel decisivo, é igualmente um resíduo do pensamento primitivo em que o princípio da causalidade ainda não se havia emancipado do da imputação. (KELSEN, 2009, p. 101-102)

Se é possível afirmar que o princípio da imputação implica na necessidade, isto é, na fixidez, de um ponto normativo último, independente da extensão do quadro normatizado, e que o princípio da causalidade implica na necessidade, isto é, na infinitude, da extensão do quadro causal, independente da fixidez de um ponto causal último, pode-se concluir que as propostas de Hume e de Kelsen não estão nada distantes. Apesar de Kelsen defender que o princípio da imputação deve ser afastado das ciências da natureza (KELSEN, 2009), ele também defende a particularização fenomenológica como ferramenta destas (KELSEN, 1973). E o que seria o princípio da imputação kelseniano senão a proposta de uma particularização fenomenológica de um campo, a saber, do campo normativo? Esta mesma particularização visualiza — ou faz ciência de — "aquilo que resulta"

a partir da escolha de certas condições, quais sejam: um direito limitado às normas coativas estatais; um conceito de "normas coativas estatais" que se estende desde as normas particulares até a norma mais universal dentro de um Estado. O resultado, a "ciência pura do direito", é um direito que se fundamenta dinamicamente das normas particulares até a constituição, e cujo fundamento final — ficcionalizado na Norma Fundamental pressuposta — nada mais é que a *crença no hábito* da observância de determinado direito, *hábito calcado na percepção*.

Sendo assim, pode-se dizer que a proposta de Hume, ao atribuir a alcunha de "acaso" à necessidade absoluta, não afasta o princípio da imputação das ciências naturais, pois permite a dinamicidade do ponto de vista da ciência da natureza, a possibilidade de escolha (ou imputação) de determinadas situações fáticas como condições para a averiguação de determinadas variações delas resultantes, evitando-se, assim, a preocupação de se imputar infinitamente efeitos a causas (posto que é esta preocupação que exige a aposição de uma "causa última" necessária). Tanto nas ciências naturais, quanto nas ciências humanas, e na ciência jurídica em específico, não se trata, como forma de tornar possível uma investigação, de separar o princípio da causalidade e o princípio da imputação, mas de perceber que *ambos os princípios são o mesmo fenômeno visto de perspectivas distintas*. Enquanto "causalidade", o fenômeno "realidade" tem a estrutura de um mito, posto que sua existência é misticamente entendida como *a priori* universal, de modo que ocorre uma confusão entre os pontos de vista subjetivos e um suposto ponto de vista objetivo da totalidade. Enquanto "imputação", no entanto, o fenômeno "realidade" tem a estrutura de uma ficção, tendo em vista que sua existência é condicionada à subjetividade do espectador, que escolhe alguns elementos da realidade para construir seu quadro de análise.

A separação anteriormente trazida entre causalidade e imputação não traz, verdadeiramente, uma diferença ontológica, mas uma diferença fenomenológica. Ao passo que da imputação afirma-se que "se ocorre A, deve, de acordo com uma norma objetiva particular subjetivamente posta, ocorrer B", a causalidade altera a sentença, ao afirmar que "se ocorre A, ocorre B, pois ambos estão concatenados de acordo com uma norma objetiva universal". A perspectiva eminentemente causal ignora o fato de que se guia por um cientificismo que desloca a subjetividade de quem vê a realidade para a própria realidade. Ideologia, segundo Slavoj Žižek (2008), não é uma manipulação que ocorre no nível do saber, uma falsificação do conhecimento, mas algo que se dá no próprio *agir*, um agir que se dá de uma certa forma *apesar* do saber<sup>2</sup>. Quando

<sup>2</sup> Slavoj Žižek aborda esta problemática em algumas passagens de seu livro *The sublime object of ideology*, de 1989: "[...] Agora nós demos um passo decisivo à frente; estabelecemos um novo modo de ler a fórmula marxiana 'eles não sabe o que fazem, mas o fazem': a ilusão não está do lado do saber, ela está já no lado da realidade em si, do que as pessoas fazem. O que elas não sabem é que sua própria realidade social, sua atividade, é guiada por uma ilusão, por uma inversão fetichista. O que lhes passa despercebido, o que elas não reconhecem, não é a realidade, mas a ilusão que está estruturando sua realidade, sua atividade social real. Eles sabem muito bem como as coisas realmente são, mas mesmo assim eles agem como se não soubessem. A ilusão é portanto dupla: ela consiste em não

alguém, apesar de ter o conhecimento de algo, age como se não o tivesse, isto se dá porque age de acordo com tal ideologia, contrária àquele saber. Este é o problema, na contemporaneidade, tanto da física quântica quanto da democracia: apesar de seus defensores entenderem que ambas são criações humanas, agem como se não o soubessem, como se fossem coisas naturais.

Se, como se mostrou no primeiro capítulo, todo conhecimento de mundo se estrutura na lei da retaliação — lei da igualdade e do mandamento que fundamenta todo Direito — o conhecimento da natureza se baseia em uma certa ontologia jurídica, de modo que se torna não apenas conhecimento de algo já dado, mas *criação de mundo*. Isso quer dizer que uma ontologia jurídica, incrustada nos menores comportamentos da humanidade, controla *performativamente* toda história e a história de tudo.

Existe algo a mais na natureza retributiva do direito, na sua imputabilidade, que torna qualquer narrativa possível. O direito origina-se do juramento, da lógica da promessa jurada, promessa esta que gera uma dívida que se extingue com o cumprimento, e cujo descumprimento acarreta a culpa e constitui o devedor inadimplente, passível de punição e, logo de retaliação. Mas o que torna possível um juramento, isto é, como um juramento pode, automaticamente, pelo simples ato de se jurar, constituir uma dívida? Como uma promessa qualquer gera, ao mesmo tempo, uma obrigação, que pode ser cobrada com o não cumprimento daquela? O juramento se estrutura em um tipo de enunciado específico, que a filosofia da linguagem chama de *performativo*. O enunciado performativo não é, como a denotação comum, um enunciado que descreve determinado estado de coisas da realidade, mas um enunciado que produz um fato a partir da enunciação. Ele remete a um estado originário da linguagem, em que não há uma clara distinção entre sentido e denotação, em que a significação das coisas se confunde com as coisas significadas.

Como funciona realmente o performativo? O que permite que um determinado sintagma adquira, através da sua simples pronúncia, a eficácia do ato, desmentindo a antiga máxima que sustenta que as palavras e as coisas estão separadas por um abismo? Nesse caso, é certamente essencial o caráter autorreferencial da expressão performativa. Tal autorreferencialidade não se esgota simplesmente no fato de o performativo – conforme observa Benveniste (*ibid.*, p 274) – tomar a si mesmo como referente, na medida em que remete a uma realidade que ele próprio constitui. O que importa salientar é que a autorreferencialidade do performativo sempre se constitui através de uma suspensão do caráter denotativo normal da linguagem. (AGAMBEN, 2011, p. 65)

O caráter performativo que a lógica jurídica originária do juramento-promessa-dívida estende a toda tentativa de conhecimento de mundo, inclusive à própria antropogênese. A delimitação biológica de um ponto de passagem do símio ao homem na chamada "teoria da

perceber a ilusão que está estruturando nossa relação real e efetiva com a realidade. E essa não percepção, ilusão inconsciente, é o que se pode chamar de *fantasia ideológica*. [...] fantasia é precisamente a maneira como a fissura antagonística é mascarada. Em outras palavras, *fantasia é um meio através do qual a ideologia leva em conta*, *antecipadamente*, *sua própria falha*." (ŽIŽEK, Slavoj. *The sublime object of ideology*. 2. ed. Londres: Verso, 2008 (primeira edição de 1989). p. 29-30 e 142, tradução nossa).

evolução", consistindo ou de alguns critérios fisiológicos ou do próprio fato da linguagem – isto é, de ser o homem aquele único animal que se constitui como ser na linguagem –, nada mais é que a inscrição performativa desse ponto na linguagem, a decisão do ser falante de que ele se diferencia dos demais animais.

[...] único entre os seres vivos, o homem não se limitou a adquirir a linguagem como uma capacidade entre outras de que é dotado, mas fez dela a sua potência específica, ou seja, *na linguagem ele pôs em jogo a sua própria natureza*. (AGAMBEN, 2011, p. 79)

Resultante da racionalidade proto-jurídica do performativo, ideia de *progresso*, forma secularizada da providência divina, condensa todo o problema do "pôr em jogo a própria natureza" na contemporaneidade. Os ideais de bem-estar e de futuro são atribuídos ao progresso científico, pervertendo seu sentido, e desconsiderado-se totalmente o anverso obsceno do pretenso progresso da humanidade.

No entanto, as consequências da progressão da humanidade são catastróficas. Por um lado, a progressão geométrica do número de pessoas na Terra implica na necessidade de uma ocupação de terras cada vez maior, de modo que uma luta por mais e mais cercamentos de terras tem lugar. Disso decorre a marginalização de pessoas, e a consequente ocupação, por estas, de novas terras, e assim sucessivamente, até não haver mais terras desocupadas. Disso decorre a demanda por terra, que implica na submissão de pessoas sem terra a donos de terra, e uma crescente reprodução social da desigualdade (SCHMITT, 2014).

Também o bem-estar relacionado ao avanço científico é um mito. Se progresso científico significa facilitação das técnicas e das tecnologias de criação, significa, também, a diminuição da participação humana nos processos de criação. Do aumento quantitativo e qualitativo das máquinas no modo capitalista de produção, por exemplo, decorre a redução da mão de obra no processo de produção de mercadorias e, consequentemente, desemprego e despossessão de terras; estas são ocupadas mais e mais por máquinas. E o aumento dos desempregados, afastados não só da condição de trabalhador, mas cada vez mais, também da condição de consumidor, provoca a queda da taxa de lucro, e a necessidade de cada vez mais maquinização, um ciclo infinito de geração de miséria (MARX, 2017).

E se estes marginalizados inevitavelmente tornam-se criminosos ou indigentes e, em razão disso, sofrem as penas do direito, é evidente que a lógica retributiva não deixou de imperar, também, no direito penal contemporâneo, mas foi simplesmente transmutada. Como no capitalismo o tempo de trabalho livre se torna o principal elemento para a produção de mercadorias (MARX, 2013), ou seja, o lucro está intimamente relaciona ao tempo de trabalho, o direito penal passa a obedecer a esta mesma lógica, de modo que a pena, determinada normativamente a partir de

variados critérios e de uma ampla gama de opções, é valorativamente equivalente ao ilícito cometido, seguindo estritamente a lógica da retaliação. Contudo, o ideal progressista, proveniente da retribuição, reflete-se nesta última: as doutrinas do direito penal contemporâneo se negam a aceitar essa bruta equivalência entre ilícito e pena, e os pensadores do direito penal progressista, esquivando-se da *lex talionis*, defendem, como fins jurídicos deste, os ideais da proteção da sociedade ou da ressocialização do criminoso (PACHUKANIS, 2017).

O progresso, enquanto invenção performativa da ideologia contemporânea, resulta da suspensão do óbvio sentido calamitoso que a situação atual do mundo pode denotar, que é substituído por uma ideia muito menos desastrosa e muito mais feliz de que as coisas vão sempre melhorar, e de que o passado é sempre pior que o presente. No entanto, a complexidade das relações do presente exigem a destruição desses ideais míticos, e o pensamento, a partir da materialidade das coisas, de novas *ideias*. E é nessa tarefa que os esforços de David Hume e de Hans Kelsen trazem algumas luzes. Tanto Hume quanto Kelsen perceberam, em suas respectivas épocas, a necessidade de se questionar certos pressupostos do conhecimento – conhecimento da natureza para Hume, conhecimento do direito para Kelsen. Suas contribuições – do hábito em Hume, da Norma Fundamental em Kelsen – tornam possível a fundamentação de uma ontologia filosófica que não mais se renda às seduções metafísicas da causalidade imputada, nem da imputação causal, mas que, reconhecendo seus limites, mantenha-se em relação com o acaso e com a ficção.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O advento cartesiano da separação ontológica entre ser pensante e corporeidade não trouxe a solução para nenhum problema, mas colocou na mesa as questões fundamentais para se pensar o pensar. Sua formulação abriu as portas para o fundamental deslocamento de Hume da ontologia para a epistemologia, e sua decorrente postulação da indeterminabilidade da necessidade. E é com base nessa teorização que Kelsen se propõe a criar uma ciência pura, isto é, uma ciência cuja abstração é, expressamente, uma particularidade, uma ciência que se assume como um universal abstrato, e não concreto. No entanto, apesar desses grandes eixos do conhecimento na história da humanidade, muitos problemas ainda se dão no âmbito do saber. A seguir, uma breve síntese dos pontos perpassados no trabalho será feita, a caminho da conclusão.

No primeiro capítulo, os princípios da imputação e da causalidade, trazidos por Kelsen, foram abordados e diferenciados, sendo que o princípio da causalidade diz respeito a uma relação natural de causa e efeito, e o princípio da imputação diz respeito a uma relação normativa de ilícito e punição. Da causalidade deduz-se que de algo (causa) decorre alguma coisa (efeito); da imputação deduz-se que de algo (ilícito) *deve ocorrer* alguma coisa (punição). A seguir, um excurso histórico

se deu, com o intuito de mostrar a genealogia de ambos os princípios, que remetem à primitiva "regra da retribuição". A longínqua ciência da Grécia Antiga, iniciada pelos chamados filósofos présocráticos, teve como fundamento de criação uma regra muito presente nos laços sociais, a regra da retribuição, popularmente conhecida por "lei de talião", de modo que os principais elementos dessa lei constituíram as teorizações sobre as coisas do mundo, desde a antiguidade até a modernidade.

No segundo capítulo, vários exemplos metafísicos do início da modernidade foram trazidos, com o escopo de mostrar a continuidade da regra da retribuição na ciência moderna, o que, nas palavras de Kelsen, significa a imbricação dos princípios da causalidade e do princípio da imputação. Apesar de as metafísicas de Descartes e Spinoza, por exemplo, buscarem explicar a relação de causalidade na natureza, ambos colocam Deus como uma causa final, causa esta que, ao dizer como as coisas se dão, *imputa* efeitos a causas, criando uma teia causal com um ponto final. O mesmo se dá com as metafísicas cientificistas e naturalistas do iluminismo, que nada mais fizeram que substituir Deus por outros ideais ascéticos (o progresso científico ou a natureza humana).

No terceiro capítulo, a teoria de Hume acerca do entendimento e a teoria de Kelsen acerca da ciência jurídica são expostas, com o intuito de desmistificar a trama necessitarista das ciências emergentes. Hume propõe que toda necessidade absoluta, ou causa final, não passa de uma ideia, de algo criado pelo entendimento humano a partir das experiências, uma crença que se dá a partir da percepção do homem de algumas repetições habituais no mundo. No limite, não se pode falar de uma causa final necessária, mas tão somente de puro acaso, do desconhecido. Kelsen, seguindo esta teorização, propõe criar uma teoria do direito completamente separada das demais, uma teoria fechada nas normas, de modo a não correr o risco de cair em uma causa final para o direito (que não passaria de um "direito natural"). Dessas duas formulações, é possível concluir que, diferentemente do que Kelsen almeja, não há que se falar em separar o princípio da causalidade do princípio da imputação, posto que ambos são os dois lados da mesma moeda, e não passam de diferentes formas de posicionar um ponto de vista frente a realidade.

A mítica causalista ainda perpassa o pensamento humano, em suas diferentes formas: seja como o "progresso" histórico para o qual caminha a humanidade, seja como o "quantum" físico presente nas menores partículas da natureza, seja como o "valor" cultural monetário capitalista que permeia toda sociedade, seja como a "estrutura" pré-determinada das relações psicossociais. É urgente a tarefa de reinscrever o acaso, não apenas no saber, forma cristalizada de pensamento, mas no pensar, do qual decorre todo agir, pois apenas a emergência do vazio no pensar torna possível a reconstrução ontológica, a reinvenção da História e o refazimento do Direito.

# REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O Sacramento da linguagem:* Arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3). Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

CHAHRUR, Alan Ibn. A importância teórica e prática da norma fundamental. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 211, p. 35-53, jul./set. 2016. Disponível em: <a href="http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril\_v53\_n211\_p35">http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril\_v53\_n211\_p35</a>.

DAWSON, Christopher. *Progresso e religião:* uma investigação histórica. 1. ed. Tradução de Fabio Faria. São Paulo: É Realizações, 2012.

DESCARTES, René. *Meditações da filosofia primeira*. 1. ed. Edição bilíngue. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora Unicamp, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HUME, David. Uma investigação sobre o entendimento humano. In: HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. 1. ed. Tradução de José Oscar Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2004. p. 19-222

HUME, David. Livro I – Do entendimento. In: HUME, David. *Tratado da natureza humana:* uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 15-306

KELSEN, Hans. The emergence of the causal law from the principle of retribution. In: KELSEN, Hans. *Essays in legal and moral philosophy*. 1. ed. Tradução de Peter Heath. Dorcrecht, Holanda: D. Reidel Publishing Company, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARX, Karl. *O Capital:* crítica da economia política. l. 1. Tradução de Rubens Enderle. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. *O Capital:* crítica da economia política. l. 3. Tradução de Rubens Enderle. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

NIETZSCHE, Friedrich W. *Genealogia da moral*: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 1. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 1. ed. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 1. ed. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl. *O* nomos *da Terra no direito das gentes do* jus publicum europæum. 1. ed. Tradução de Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 2. ed. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

ŽIŽEK, Slavoj. The sublime object of ideology. 2. ed. Londres: Verso, 2008.

# LIBERDADE SINDICAL E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA: ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO SOB A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Carlos Miguel de MEIRA<sup>1</sup> Marcela Cristina SANTOS<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente estudo se propõe a realizar uma análise sistemática da compatibilidade axiológiconormativa entre o modelo de contribuição sindical compulsória adotado no Brasil e o princípio
constitucional da liberdade sindical. A problemática do trabalho se dá em razão das recentes
alterações introduzidas no ordenamento jurídico trabalhista pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de
2017, que tornou facultativa a principal forma de custeio da atividade sindical desenvolvida no país.
A pesquisa se justifica pela importância de se lançar um olhar acadêmico sobre um tema que
naturalmente suscita questões de cunho ideológico-político-partidário fomentadas por interesses de
setores específicos da sociedade, afastando o debate público da necessária e indispensável
objetividade científica, especialmente no meio acadêmico-universitário. Através da metodologia
dedutiva, auxiliada pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o estudo se debruçou sobre os
principais aspectos do instituto jurídico sob análise e verificou em quais pontos o mesmo ostenta ou
carece de correspondência com o princípio constitucionalmente consagrado.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição Compulsória. Liberdade Sindical. Reforma Trabalhista.

#### **ABSTRACT**

The present study proposes to perform a systematic analysis of the compatibility axiological-normative, between the model of compulsory contribution adoption in Brazil and the constitutional principle of freedom of association. The problematic of the work because of the recent changes introduced in the legal framework of labour Law n°. 13.467 of July 13th 2017, which became optional as the main form of funding of union activity developed in the country. The research is justified by the importance of if you launch a look at the academic on a subject that naturally raises issues related to the political-ideological-partisan promoted by the interests of specific sectors of society, away from the public debate to the necessary and indispensable to scientific objectivity, especially in the academic environment-the university. Through deductive methodology, aided by the research on the doctrinal and jurisprudential, the study focused on the main aspects of the legal institution under analysis and it was found in which points has or does not correspond to the constitutionally consecrated principle.

**KEYWORDS:** Union Contribution. Freedom of Association. Labor Reform.

# INTRODUÇÃO

As recentes alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 no ordenamento jurídico trabalhista têm sido discutidas amplamente pela classe política e ganhado notoriedade midiática em praticamente todos os meios de comunicação, especialmente no que concerne a seus pontos mais

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: carlos.mssd@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: marcelasantos 7@hotmail.com.

controversos.

Naturalmente, mudanças legislativas que alteram profundamente o panorama das relações jurídicas do meio social geram um elevado nível de comoção, uma vez que esbarra em situações de fato beneficiando determinadas classes e setores em detrimento de outros, como é o caso do objeto de estudo deste artigo.

A problemática se instaura no momento em que o debate público sobre elementos propriamente jurídicos, provenientes de uma disciplina da ciência jurídica organizada e sistematizada, como é o Direito do Trabalho, acabam caindo na superficialidade das batalhas ideológico-político-partidárias e se distanciando da sua verdadeira finalidade: a verificação científica mediante a análise objetiva dos elementos jurídicos presentes.

Diante da gritante carência de análises técnicas e objetivas não só no campo do Direito do Trabalho, mas na ciência jurídica brasileira de um modo geral, o que contribui para a transformação do debate público nacional em um verdadeiro coliseu ideológico, é que surge a necessidade de analisar um instituto jurídico de maneira despretensiosa e objetiva, tendo como pressuposto fundamental um dos mais basilares princípios desta seara do direito obreiro: a liberdade de associação sindical.

Portanto, este trabalho não se justifica em "fazer frente à guinada neoliberal" ou "aos sindicatos ideologicamente aparelhados", mas sim pela necessidade de se trazer ao debate público e, especialmente, ao debate acadêmico, a indispensável postura ponderada e reflexiva do discurso científico, tão ausente dos bancos e corredores acadêmicos nos últimos anos.

Por meio da metodologia dedutiva acompanhada da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, este estudo buscou submeter os elementos componentes do instituto da contribuição compulsória aos aspectos basilares do princípio da liberdade sindical, especialmente no tocante à "liberdade sindical negativa", que garante a todos os trabalhadores a *opção de não se associar* a um órgão de classe, consagrada tanto na Constituição Federal quanto na Convenção 87 na OIT (até o momento não ratificada pelo Brasil).

O estudo também conta com uma análise sistematizada da ADI 5794, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2018, e da recente Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios Contínua (PNAD-C), publicada pelo IBGE em novembro de 2018.

#### 1 DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE SINDICAL

Sabe-se que os sindicatos são associações, cujos membros possuem intrinsecamente os mesmos interesses, dentre os quais são englobados inevitavelmente a proteção à classe na qual laboram. Na lição de Magano, são associações "de pessoas físicas ou jurídicas, que exercem

atividade profissional ou econômica, para defesa dos respectivos interesses" (MAGANO, 1993, p. 96).

A liberdade sindical, conforme preceitua Romar pode ser definida como: "[...] conjunto de direitos, prerrogativas e imunidades outorgadas aos trabalhadores e às organizações voluntariamente por eles constituídas, para garantir o desenvolvimento das ações lícitas destinadas à defesa de seus interesses e à melhora de suas condições de vida e de trabalho" (ROMAR, 2018, p. 838).

O objetivo principal dessa pesquisa é determinar se o instituto jurídico sob análise encontra fundamento na liberdade sindical consagrada na Constituição Federal, de maneira a verificar a sua compatibilidade com o direito sindical brasileiro **não somente do ponto de vista técnico-normativo, mas também principiológico-normativo.** 

Ainda que se possa claramente vislumbrar na realidade empírica das relações sociais cotidianas muitas manifestações do fenômeno denominado "liberdade sindical", cumpre definir sob quais aspectos dar-se-á a sua análise no decorrer desta pesquisa, haja vista que ao ser tomada em sentido abstrato comporta, necessariamente, uma multiplicidade de conceitos e definições capazes de gerar confusões terminológicas.

O termo *liberdade sindical* abrange tanto a dimensão individual quanto a dimensão coletiva, bem como o aspecto positivo quanto o aspecto negativo, sendo imperiosa a sua delimitação conceitual para o bom andamento do estudo.

Entretanto, não se pode perder de vista que todos os termos remetem a uma realidade que por vezes não se mostra tão clara aos olhos do observador, principalmente quando inserido em um modelo sindical híbrido, como no caso brasileiro.

Na doutrina do professor Sérgio Pinto Martins, a liberdade sindical pode ser compreendida como uma espécie da liberdade de associação prevista no art. 5°, incisos XVII a XXI:

Liberdade sindical é uma espécie de liberdade de associação. É o direito de os trabalhadores e empregadores se organizarem e constituírem livremente as agremiações que desejarem, no número por eles idealizado, sem que sofram qualquer interferência ou intervenção do Estado, nem uns em relação aos outros, visando à promoção de seus interesses ou dos grupos que irão representar. Essa liberdade sindical também compreende o direito de ingressar e retirar-se dos sindicatos. (MARTINS, 2011, p. 727)

Portanto, adiante, passa-se a desenvolver uma análise sistemática do fenômeno na tentativa de amenizar a sua amplitude conceitual, levando em conta as principais classificações doutrinárias existentes na disciplina do Direito Coletivo do Trabalho. Logo após, segue-se uma breve consideração a respeito dos principais sistemas de liberdade sindical desenvolvidos ao longo da história.

#### 1.1 Liberdade Sindical Individual

No que concerne à esfera da subjetividade, a liberdade sindical pode ser analisada tanto do ponto de vista individual quanto do ponto de vista coletivo, sendo que ambos, embora se encontrem intrinsecamente relacionados em relação de interdependência e complementariedade, possuem diferentes formas de manifestação na realidade social.

A liberdade individual se manifesta a partir do grau de permissibilidade que o ordenamento jurídico oferece ao trabalhador de se associar ou se desassociar de um órgão de classe. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, essa liberdade é disciplinada de maneira genérica pelo art. 5°, XX, da Constituição Federal, que determina que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado."

Dessa forma, pode-se afirmar, com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que a Constituição Federal veda toda e qualquer forma de associação compulsória por parte das entidades sindicais, consagrando a liberdade individual em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

A liberdade sindical individual é compreendida como um pressuposto básico para existência de um sistema que privilegia a liberdade sindical coletiva, pois o sindicato, compreendido como órgão essencialmente coletivo, depende que seus associados participem livre e plenamente de suas atividades deliberativas e contributivas, sob pena de padecerem de meras estruturas jurídicas carentes de eficácia social.

É possível, portanto, vislumbrar o primeiro aspecto inserido no conceito de liberdade sindical: a liberdade individual, que consiste no direito de todo o trabalhador escolher ser ou não ser membro do sindicato representante da sua classe, ainda que venha estar sujeito às eventuais mudanças legislativas promovidas pela atividade sindical, como bem aponta o professor José Carlos Arouca:

O certo é que a liberdade individual, no sistema brasileiro, de autonomia e unicidade, cede à vontade democrática da coletividade, pois nas negociações coletivas, o sindicato representa a categoria como um todo, independentemente de filiação, para o bem e para o mal, ou seja, para a conquista de direitos que aperfeiçoam os contratos individuais de trabalho e para a flexibilização de direitos, como permitem os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição, a ponto de infirmar o princípio da irredutibilidade salarial e a inalterabilidade da carga de trabalho. (AROUCA, 2016, p. 235)

Sendo assim, o fato de o trabalhador estar submetido aos sucessos e aos insucessos da atividade sindical do seu órgão de classe não afasta, de modo algum, a plena efetividade do direito à liberdade associativa, pois **estar ou não associado a um sindicato não interfere na condição subjetiva de pertencer a determinada classe trabalhadora**.

Em outras palavras, ainda que venha sofrer os impactos políticos, legislativos ou negociais

oriundos da atuação sindical, subsiste o direito do trabalhador ser ou não ser membro do sindicato, haja vista que tais impactos, em regra, atingem toda a classe trabalhadora a que pertence, não somente os associados.

Portanto, como espécie de liberdade associativa, a liberdade individual submete-se às disposições constitucionais a esta aplicáveis, entre elas a liberdade de filiação, ou seja, de ser ou não filiado a um sindicato. É por isso que a doutrina entende que a liberdade sindical, tomada em sua perspectiva individual, implica em mais de um aspecto, a saber: o aspecto positivo e o negativo.

A liberdade sindical, portanto, implica várias facetas. No que diz respeito à pessoa, há: a liberdade positiva de se filiar ao sindicato; a liberdade negativa de não se filiar ao sindicato, comportando também a desfiliação, ocasião em que o indivíduo deixa de ser associado do sindicato. (MARTINS, 2018, p. 765)

A liberdade positiva verifica-se em virtude da permissibilidade jurídica – e, portanto, tanto legal quanto estatutária – do indivíduo pertencente a determinada classe profissional fazer parte do sindicato e dele participar ativamente, exercendo o seu direito de voz e voto nas assembleias, candidatando-se aos cargos de diretoria, contribuindo financeiramente para a manutenção do órgão e etc...

A liberdade negativa, por sua vez, ocorre mediante a inexistência de compulsoriedade, tanto legal como estatutária, que impossibilite ao trabalhador se retirar ou, de qualquer forma, não fazer parte do sindicato. É tendo em vista justamente o conceito da liberdade sindical negativa que surgem os principais questionamentos em relação ao instituto da contribuição sindical compulsória, como se verá mais adiante.

#### 1.2 Da Liberdade Sindical Coletiva

O segundo aspecto a ser analisado é o da liberdade sindical coletiva, que trata especificamente do sindicato considerado como órgão coletivo e com personalidade jurídica própria, composto pelos trabalhadores sindicalizados e regidos pelo seu próprio estatuto.

A Constituição Federal consagra em vários de seus dispositivos a denominada liberdade sindical coletiva na tentativa de proteger a entidade sindical de intromissões indevidas do poder público, haja vista que durante muito tempo o modelo sindical corporativista implantado nos governos de Getúlio Vargas foi a estrutura adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No entendimento de Maurício Godinho Delgado, a Carta de 1988 democratizou o sindicalismo brasileiro, à época mergulhado no corporativismo herdado do antigo modelo, embora em muitos pontos o mesmo ainda subsista:

A Constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democratização do sistema sindicalbrasileiro, mas sem concluir o processo. Na verdade, em um primeiromomento, construiu certo sincretismo de regras, com o afastamento de algunsdos traços mais

marcantes do autoritarismo do velho modelo, preservando,porém, outras características significativas de sua antiga matriz. (DELGADO, 2018, p. 289)

O art. 8°, I, da Carta Maior confere autonomia a empregados e empregadores para a criação, determinando que é livre a associação profissional e vedando que a lei exija qualquer autorização estatal para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente.

O mesmo dispositivo também veda a interferência e a intervenção estatal na organização sindical, afastando taxativamente o cerne do antigo modelo, que erigia o sindicato a uma espécie de órgão colaborador do governo, de natureza jurídica quase pública, pautado em uma ideologia corporativista de integração social.

Essa política, que ficou conhecida por "enquadramento sindical", aproximou sindicalismo brasileiro do corporativismo intervencionista italiano, inaugurado com a Carta del Lavoro de 1927, documento que traçou as diretrizes das relações de trabalho na sociedade italiana, de modo que a liberdade coletiva consagrada no modelo sindical anterior foi sendo gradativamente minada.

Em 1931, ainda na condição de Chefe do Governo Provisório, Getúlio edita o Decreto 19.770, a denominada Lei da Sindicalização, que regulamentava a sindicalização das classes patronais e operárias. Em seu artigo 2º, estabelecia os seguintes critérios para tanto:

Art. 2º Constituidos os syndicatos de accordo com o artigo 10, exige-se, para serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Industria e Commercio e adquirirem, assim, personalidade Juridica, tenham approvados pelo Ministerio os seus estatutos, acompanhados de copiaauthentica da acta de installação e de uma relação do numero de socios, com os respectivos nomes, profissão, edade, estado civil, nacionalidade, residencia e logares ou emprezas onde exercerem a sua actividade profissional.. (BRASIL, 1931)

A Constituição de 1937 marcou a adoção de uma nova estrutura sindical, preponderante no cenário mundial do início do século XX em virtude do avanço dos movimentos fascistas no continente europeu. Objetivava-se, de modo ideal, a harmonia no corpo social mediante a defesa de uma política conciliadora das relações de trabalho.

Nesse modelo, a sociedade, ao ser concebida idealmente como um organismo cujas partes e membros devem funcionar harmonicamente em prol do bem-estar comum, conta com agentes minimizadores do conflito de interesses. A política sindical inspirada na ideologia corporativista tinha como escopo buscar as formas de minimização desse conflito entre empregadores e empregados, razão pela qual os sindicatos dessa época ficaram historicamente conhecidos como "pelegos".

Portanto, verifica-se que a liberdade sindical, quando retirada da sua dimensão jurídico-axiológica e inserida na realidade cultural como um princípio informador da atividade sindical de uma determinada sociedade, inevitavelmente acaba refletindo o seu momento histórico, bem como as estruturas ideológicas preponderantes do Estado naquela época.

É justamente com vistas a sua determinação histórica que se evidencia que o modelo sindical brasileiro ainda carrega determinados traços do seu passado corporativo, mesmo após a promulgação da norma constitucional em vigor. Na concepção de Maurício Godinho Delgado, ainda que tenha trazido mudanças necessárias, a Constituição de 1988 preservou determinados princípios e institutos incompatíveis com a plena liberdade sindical.

É evidente que o processo de democratização do sistema sindical brasileiro passa pela alteração desses velhos traços da matriz corporativista oriunda das décadas de 1930 e 40, e que foram preservados no Texto Constitucional de 1988. A propósito, a combinação de regras, princípios e institutos que sempre se mostraram contraditórios na história do sindicalismo (alguns democráticos, outros de origem autoritária-corporativa), tentada pelo Texto Máximo de 88, somente fez aprofundar a crise de legitimidade e de força do sistema sindical brasileiro. Por isso, parece inevitável o caminho para a reforma do sistema sindical, de modo a adequá-lo à plena liberdade de associação e à plena liberdade sindical. (DELGADO, 2018, p. 980)

Contudo, deve-se ter em vista que o fortalecimento do sindicalismo nem sempre está relacionado com as garantias da plena liberdade sindical. O fortalecimento das unidades sindicais pode ocorrer mediante a supressão de preceitos fundamentais da liberdade individual, na medida em que aquele for compreendido como órgão cooperativo que deve prevalecer em relação a autonomia da vontade individual do trabalhador.

Sendo assim, a plena liberdade sindical coletiva, compreendida como o conjunto das liberdades dos indivíduos pertencentes àquela determinada classe profissional, só é possível em um sistema que privilegia a liberdade sindical individual como elemento fundamental da própria estrutura sindical, principalmente quando o mesmo está inserido em um contexto jurídiconormativo de um Estado Democrático de Direito.

# 2 DAS FORMAS DE CUSTEIO SINDICAL

Amauri Mascaro Nascimento brilhantemente ensina que: "[...] ao sindicato devem ser garantidos os meios para desenvolvimento de sua ação destinada a atingir os fins para os quais foi constituído. De nada adiantaria a lei garantir a existência de sindicatos e negar os meios para que as suas funções pudessem ser cumpridas." (NASCIMENTO, 2011, p. 256-257).

Portanto, para que os sindicatos obtenham êxito em suas funções e cumpram suas finalidades no tocante à defesa dos trabalhadores, mostra-se necessário que haja contribuições financeiras, outrora obrigatórias, descontadas na folha de pagamento de cada empregado.

Todavia, como é objeto de análise deste artigo, as contribuições atualmente tornaram-se facultativas, desde o advento da Lei nº 13.467/2017, que traz à tona a Reforma Trabalhista. As contribuições têm previsão constitucional, encontrando-se positivadas no artigo 149 da Constituição da República Federativa do Brasil. In verbis:

Art. 149. "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6°, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo". (BRASIL, 1988)

Além da contribuição sindical obrigatória, há também na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), previsão expressa a respeito da contribuição confederativa, contribuição assistencial e a contribuição por mensalidade dos associados.

Evidentemente, a CLT criada no Governo Vargas, possui um viés Estatal, sendo sutilmente democratizada com o advento da Constituição de 1988.

Conforme já fora objeto de análise, anteriormente, o sistema sindical brasileiro adotava o sistema da compulsoriedade, ou seja, os trabalhadores não possuíam a faculdade de contribuir ou não com o sindicato. Havia uma imposição legal, afrontando a liberdade de livre associação.

# 2.1 Da Contribuição Sindical Compulsória

A Constituição Federal prevê em seu artigo 8º que:

Art. 8º "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei". (BRASIL, 1988)

Na CLT, há previsão dessa modalidade nos artigos 578 a 610.

A contribuição sindical sempre foi a fonte majoritária de arrecadação dos sindicatos, sendo recolhida anualmente, com base em um dia de trabalho dos sindicalistas, em geral, no mês de março, descontados na folha de pagamento com a finalidade de manter o sistema sindical.

No tocante aos descontos dos trabalhadores avulsos, liberais e empregadores, estes serão recolhidos, em abril, fevereiro e janeiro, respectivamente.

O artigo 589 da Consolidação das Leis do Trabalho trata da destinação dessa contribuição. O dispositivo prevê que em relação aos empregadores 5% (cinco por cento) destina-se para a confederação correspondente, 15% (quinze por cento) para a federação, 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo e 20% (vinte por cento) para a "Conta Especial Emprego e Salário".

Em relação aos trabalhadores, 5% (cinco por cento) pertence a confederação correspondente, 10% (dez por cento) para a central sindical, 15% (quinze por cento) para a federação, 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo e 10% (dez por cento) para a "Conta Especial Emprego e Salário".

Essa modalidade de contribuição sindical gerava polêmicas tendo em vista o princípio da liberdade sindical e da livre associação expressamente previsto pela Constituição de 1998. Com o

advento da Lei nº 13.467/2017, a contribuição sindical compulsória passou a ser facultativa, devendo ser recolhida com prévia e expressa autorização do contribuinte.

Alguns sindicatos, todavia, impetraram mandado de segurança e ações diretas de inconstitucionalidade alegando que tal alteração só poderia ser feita por lei complementar e não lei ordinária.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal definiu que embora as contribuições sindicais tenham natureza parafiscal, não é reconhecida como imposto, não se exigindo alteração por lei complementar.

## 2.2 Da Contribuição Sindical Confederativa

A contribuição confederativa também foi instituída pela Constituição Federal, sendo fixada pela assembleia geral com fins de custear o sistema confederativo da representação sindical de cada categoria. Essa modalidade de contribuição não custeia o sindicato de forma direta, de modo que sua função é fortalecer o sistema representativo da classe daquele trabalhador. In verbis:

Art. 8º "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VIII - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei". (BRASIL, 1988)

No tocante à sua cobrança, havia entendimento de que essa modalidade deveria ser cobrada de todos os trabalhadores da classe, contudo, o TST pacificou o entendimento quanto ser devido o desconto da contribuição confederativa apenas pelos respectivos associados ao sindicato. Nesse sentido:

Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados". (OJ SDC 17, TST Inserida em 25.05.1998, grifo nosso)

# 2.3 Da Contribuição Sindical Assistencial

A Contribuição Assistencial ou Cota de Solidariedade não tem previsão legal, deriva de instrumento coletivo negocial. Trata-se de "modalidade de contribuição pactuada entre os sindicatos patronais e profissionais, nas negociações coletivas, em decorrência das vantagens obtidas pelos sindicatos através da norma coletiva pactuada" (ROMAR, 2018, p.870).

Para que se proceda o desconto dessa contribuição, deverá ser expressamente autorizado pelo empregado que o empregador o faça na folha de pagamento, uma vez que o contrário ofenderia os princípios da liberdade de associação e de sindicalização expressos na Magna Carta Brasileira de 1988.

Todavia, embora haja entendimento consolidado do TST a respeito do tema, muitos doutrinadores brasileiros destoam no tocante à cobrança da contribuição assistencial, alegando que a negociação coletiva traz aspectos positivos a toda classe ou categoria, independentemente de sua sindicalização.

Maurício Godinho Delgado leciona que: "[...] torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, e, da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo negociado." (DELGADO, 2017, p. 115).

#### 2.4 Da Mensalidade Sindical dos Associados

Nessa modalidade de contribuição, o sócio sindicalizado paga, facultativamente, ao sindicato respectivo, de modo que o faz a partir do momento que opta em filiar-se.

Tal contribuição, via de regra, é feita através do desconto mensal em folha de pagamento, conforme estipulado em convenção coletiva de trabalho e nas regras internas deliberadas na assembleia do sindicato.

A Reforma Trabalhista não afetou essa mensalidade paga pelos sindicalizados, uma vez que respeita os princípios da livre associação e sindicalização.

Extrai-se de todo o exposto que há necessidade de custeio sindical para que os sindicatos possam atingir a finalidade pelo qual vieram a existir, contudo, deve-se sopesar os princípios extraídos da Constituição Federal, como a livre associação e sindicalização.

Ferir tais princípios seria macular também a história e a instituição do sindicato. A Reforma Trabalhista apresentou, portanto, aspectos positivos ao facultar contribuições que outrora eram outorgadas aos trabalhadores que sequer queriam pertencer, de forma sindicalizada, a determinada categoria.

#### **3 DOS ASPECTOS CONFLITANTES**

# 3.1 Da Compulsoriedade e da Liberdade Negativa

O princípio da liberdade sindical, segundo o autor José Cairo Júnior, traduz a "inexistência de óbices legais para que patrões e empregados possam se associar para a defesa dos seus interesses, sem qualquer intervenção do Estado." (JUNIOR, 2016, p. 1023).

O professor José Cláudio Monteiro de Brito Filho ensina que liberdade sindical consiste no direito de trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, na forma que desejarem, ditando suas regras de

funcionamento e ações que devam ser empreendidas, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade.

Desse modo, de forma mais modesta, entende-se que, com base no princípio da liberdade sindical, o empregador e o empregado têm a possibilidade de se filiarem a sindicatos, com os quais se identifiquem, ou até mesmo, que o trabalhador funde um sindicato, em conjunto com demais trabalhadores.

É cediço que o empregado e empregador têm liberdade de filiação positiva, ou seja, aquela em que se pode filiar ao sindicato livremente. Todavia, a controvérsia recai sobre a liberdade de filiação conhecida como negativa, demonstrada quando o trabalhador tem a faculdade de não se filiar a qualquer sindicato.

Há alguns pontos na legislação que entram em conflito com a plena liberdade sindical, como por exemplo, a contribuição sindical compulsória. Essa modalidade de contribuição, que já foi objeto de estudo no presente trabalho, ficou extinta com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

Todavia ainda há parte da doutrina que defende esse tipo de cobrança, que permitia os sindicatos arrecadar contribuição sindical de todos os trabalhadores, compulsoriamente e anualmente.

No próximo capítulo, analisar-se-á de forma mais aprofundada a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

De um ponto de vista mais amplo a respeito do princípio da liberdade sindical, é absolutamente coerente que o empregado tenha o poder de escolha em filiar-se ou não a um sindicato. A Constituição Federal, conforme já fora exposto nesse trabalho, consagrou esse princípio em seu artigo 8°, V: "ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato".

Além da questão da inconstitucionalidade da contribuição compulsória, um dos fortes argumentos usados por quem defende o fim dessa cobrança, é o aumento da corrupção dentro dos sindicatos. Com esse valor fixo pago pelo trabalhador ao sindicato, é cômodo que essas associações não cumpram seu papel funcional e ainda se aproprie indevidamente do dinheiro do empregado, que contribui por obrigação e não escolha.

Evaristo de Moraes Filho, diz que o imposto além de inconstitucional, é inconveniente e nocivo, pois permite a formação de líderes falsos, dando uma aparência de grandeza aos sindicatos, fazendo com que se acumule apenas patrimônio e se esqueça do objetivo principal, que são as pessoas. Aduz ainda que:

O sindicato "é uma educação, uma escola: de energia, de desprendimento, de luta e de altruísmo. O imposto sindical faz exatamente o contrário: amolece, entorpece e cria a corrupção através do emprego desordenado de verbas fáceis, fixadas pelo Estado, por ele

Por sua vez, a posição contrária defende que as conquistas dos sindicatos, que se mantêm com Contribuição Compulsória, recaem sobre toda a classe de trabalhadores defendida, o que tornaria injusto que apenas parte contribuísse. Para o professor Maurício Godinho Delgado:

A negociação coletiva sindical favorece todos os trabalhadores integrantes da correspondente base sindical, independentemente de serem (ou não) filiados ao respectivo sindicato profissional. Dessa maneira, torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, "e", da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo de trabalho" (DELGADO, 2015, p. 623)

A cobrança da contribuição compulsória, conforme o próprio nome já diz, não é uma faculdade do trabalhador, ferindo gravemente o princípio da liberdade sindical consagrado constitucionalmente.

Analogamente, podemos dizer que os sindicatos não podem funcionar como uma democracia autônoma no que concerne à "pós-eleição", ou seja, se um trabalhador não se sente representado pelo sindicato de sua categoria, não significa que tenha que contribuir com este, por ser sua representação, como se fosse um governo.

É sabido que os sindicatos não vão satisfazer as necessidades de todos, contudo, se demonstrarem eficiência no trabalho e melhorias para a vida do trabalhador, seja na área salarial ou no tocante ao próprio ambiente laboral, a contribuição, mesmo que facultativa, será consequência da obtenção de êxito na finalidade sindical.

Observa-se, portanto, que o sindicato funcionaria de forma mais livre e satisfatória se não cobrasse a contribuição compulsória, respeitando a liberdade de filiação sindical.

## 3.2 Da Autonomia Sindical e da Liberdade Sindical Individual

Cumpre investigar qual a natureza da relação entre a liberdade individual e a liberdade coletiva, uma vez que ambos os aspectos se mostram aparentemente contraditórios quando se atenta para os diversos modelos de sindicalismo desenvolvidos no Brasil e no mundo, principalmente no que diz respeito à fixação de contribuições compulsórias.

O problema principal está em determinar até que ponto a liberdade coletiva, na qual está inserida a autonomia sindical e todos os direitos e garantias que visam fortalecer a atuação do sindicato, pode ser privilegiada em detrimento da liberdade individual do trabalhador de participar ou contribuir para o sindicato.

O professor Martins trata dessa relação trazendo uma ponderação em relação ao modelo de unicidade sindical adotado pela Constituição Federal de 1988:

O fato de a pluralidade sindical criar sindicatos fracos não impede que agremiações fracas

se unam aos sindicatos mais fortes, criando apenas um sindicato, que terá muitomaior êxito nas discussões com os empregadores. No regime de um único sindicato, não se pode dizer que haja liberdade sindical, pois inexiste liberdade de filiação, dado o fatode que há um único sindicato e a pessoa não pode pretender criar ou se filiar a outro." (MARTINS, 2011, p. 743)

Sendo assim, diferente do que *a priori* poderia se imaginar sobre dois aspectos componentes de um mesmo direito, o fortalecimento do poder negocial desfrutado pelos sindicatos, federações e confederações – elemento essencial à autonomia sindical – não possuem relação de correspondência com a liberdade sindical individual.

A autonomia sindical, compreendida como: "[...] a possibilidade de atuação do grupo organizado em sindicato e não de seus componentes individualmente considerados" (MARTINS, 2011, 722), quando fortalecida através de dispositivos legais que estabelecem modelos fixos de organização sindical (unicidade) ou mediante contribuições compulsórias de não-associados, por exemplo, afronta diretamente o pleno exercício da liberdade sindical.

Como se verificou anteriormente, tais disposições presentes no ordenamento jurídico brasileiro são oriundas da política de enquadramento sindical que vigorou a partir da década de 30, em razão do modelo corporativista adotado desde então. Por conta disto, o Brasil nunca ratificou a Convenção 87 da Organização Mundial do Trabalho (OIT 87):

Essa determinação constitucional impede a ratificação da Convenção 87 da OIT, mostrando que não há liberdade sindical no pais para as pessoas criarem livremente quantos sindicatos desejarem.De outro modo, temos ainda a exigência da contribuição sindical prevista em lei,que se atrita com o princípio da liberdade sindical, como já decidiu o Comitê de Peritosda OIT (OIT, La liberte syndicale et negodationcouective, Genebra, BIT, 1983, p. 48-50). (MARTINS, 2011, p. 774)

Entretanto, ainda há que se questionar se o modelo compulsório de financiamento dos sindicatos adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro antes das reformas trazidas pela L. 13.467/2018 (Reforma Trabalhista) de fato fortalecia a autonomia das entidades sindicais brasileiras em relação ao poder econômico dos empregadores, em defesa dos direitos da classe trabalhista.

Segundo dados oficiais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em 09 de novembro de 2018, o número de sindicatos com registro ativo no Brasil era de 16 894, sendo 11 605 (68,69%) sindicatos operários e 5 289 (31,31%) sindicatos patronais.

Os dados também revelam que em 2017 a contribuição sindical compulsória rendeu uma arrecadação total de R\$ 3,54 bilhões às entidades sindicais de todo o país, distribuídos nos termos do artigo 589 do DL 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), conforme explicitado anteriormente no tópico 2.1 deste trabalho.

Diante de tais estatísticas, poder-se-ia dizer, *a priori*, que o número exorbitante de sindicatos no Brasil revela uma alta taxa de representatividade em relação a outros países, que

ostentam um número bem reduzido de entidades sindicais, justificando o fortalecimento – ao menos numérico – da estrutura do sistema sindical brasileiro em detrimento da plena liberdade sindical.

Entretanto, em sentido contrário, dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no dia 08 de novembro de 2018, levantados através da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios Contínua (PNAD-C), revelaram que a taxa de trabalhadores sindicalizados no país manteve a tendência dos anos anteriores e continuou em queda.

Em 2017, do total de pessoas ocupadas em alguma atividade laboral no país (91,4 milhões), apenas 14,4% (13,1 milhões) estava associada a algum sindicato, revelando um total de 78,3 milhões de trabalhadores não associados a nenhum dos 11 605 sindicatos operários existentes no Brasil.

Sendo assim, percebe-se que a contribuição sindical compulsória, responsável pelo hiperbólico número de sindicatos no país, não está diretamente relacionada com o aumento da representatividade dos trabalhadores, sustentando sindicatos que ostentam pouca ou quase nenhuma expressão na atual conjuntura político-econômica brasileira.

## 3.3 Do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794 foi impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF no dia 16 de outubro de 2017 impugnando os dispositivos da L. 13.467/2017 que alteram os artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

A impetrante argumentou que os dispositivos supracitados violam formal e materialmente os artigos 146, II e III, 149 e 150, §6°, da Constituição da Federal, uma vez que a mesma estabelece que tais alterações devem ser realizadas mediante lei complementar e norma específica (arts. 146 e 150, §6°), bem como desrespeita os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, eis que os sindicatos têm o dever de assisti-los juridicamente.

A ação, à qual foram apensadas as ADI 5912, 5923, 5859, 5865, 5813, 5885, 5887, 5913, 5810, 5811, 5888, 5892, 5806, 5815, 5850, 5900, 5950, 5945 e a ADC 55, foi julgada improcedente pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 29 de junho de 2018, sendo vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli, estando ausentes justificadamente os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowiski e Luiz Fux.

Adiante, segue a análise da *ratio decidendi* dos votos com objetivo de verificar como a suprema corte constitucional brasileira se posicionou diante da questão suscitada na ADI, de modo a reunir em blocos os posicionamentos favoráveis e contrários ao voto do Ministro Edson Fachin (Relator).

## 3.3.1. Da Ratio Decidendi pela Procedência

Pela procedência da ADI 5794 votaram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Dias Toffoli. Os ministros entenderam que os dispositivos do art. 1º da L. 13.647/2017 que tornam facultativa a contribuição sindical violam tanto formal quanto materialmente os arts. 146, II e III, 149 e 150, §6º, da Constituição da Federal.

Os votos vencidos se basearam basicamente no argumento de que o modelo sindical brasileiro consagrado na Constituição é sustentado por três pilares fundamentais: a) liberdade associativa; b) unicidade sindical; c) contribuição compulsória, de modo que suprimir qualquer um desses pilares inevitavelmente afetaria toda a estrutura do direito sindical brasileiro.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli defendeu a possibilidade de alteração desse panorama, desde que fosse realizada mediante a adoção de medidas transitórias que assegurassem a moderação do impacto financeiro que tal alteração viesse a causar nas entidades sindicais de todo o país.

Para o ministro, não se justifica tamanho imediatismo da reforma, uma vez que não se pode conceber o mesmo ocorrendo com o regime jurídico dos benefícios previdenciários (aposentadorias, auxílios, pensões e etc...). A mudança repentina gera insegurança jurídica e põe em risco a sobrevivência dos sindicatos, uma vez que a contribuição compulsória representa mais de 70% do custeio da atividade sindical brasileira.

Dos votos dos ministros, não se extrai qualquer antipatia pelo modelo pretendido pela nova lei, uma vez que o associativismo de contribuições facultativas representa um modelo de sindicalismo que tem a sua força retirada de iniciativas oriundas da sociedade civil, adotado na maioria das democracias modernas.

A discordância dos ministros é no sentido de que, na atual conjuntura social e econômica brasileira, a mudança na principal forma de custeio pode causar uma grave desestruturação das entidades sindicais e comprometer o seu poder de negociação frente aos empregadores, afetando indiretamente a defesa dos direitos dos trabalhadores.

## 3.3.2. Da Ratio Decidendi pela Improcedência

De outro norte, os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Carmen Lúcia votaram favoravelmente pelo fim da contribuição questionada. Este tópico busca esclarecer, de forma sucinta, as posições e fundamentos dos ministros deram os votos vencedores.

A posição defendida neste tópico é de que a contribuição sindical imposta aos trabalhadores e seus empregadores mostra-se contraditória com a norma constitucional, que dita que ninguém é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a um sindicato.

De acordo com o ministro Luiz Fux, o grande número de sindicatos com pouca ou quase nenhuma representatividade, atuantes no Brasil, são decorrentes da compulsoriedade da contribuição. No mesmo sentido, o ministro Alexandre de Moraes, durante o julgamento da ADI 9754, discorreu sobre modelo de associativismo civil que supera modelo centralizador trazido pelo Estado Novo, afirmando que a fonte primária de custeio sindical deve ser decorrente de contribuições associativas. Ressalta ainda que, os sindicatos não devem ser dependentes de tributos e sim de contribuições dos trabalhadores e empregadores.

O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, fundamentou seu voto, alegando que a Constituição Federal não fez opção por um ou outro modelo sindical, sendo de alçada do Congresso Nacional tratar a respeito do tema. Frisou ainda que o modelo de contribuição compulsória tem aspecto positivo para os sindicatos, contudo, prejudicam os trabalhadores.

O ministro Gilmar Mendes questionou o modelo sindical adotado no Brasil, alegando que este mostra-se um verdadeiro associativismo financiado pelo Estado, devendo os sindicatos, buscarem outras formas de custeio.

No julgamento da ADI, o ministro Marco Aurélio defende que os sindicatos não podem atuar como parte ativa de dívida tributária, sendo improcedente a tese de inconstitucionalidade formal. No mesmo sentido do ministro Barroso, Marco Aurélio, fundamenta seu voto, dizendo que a Constituição Federal vigente no país deixou a cargo do legislador decidir a respeito do modelo de contribuição sindical.

A ministra Carmen Lúcia, em seu voto, defendeu o associativismo civil, fundamentando que a representatividade do sindicato não deve ocorrer por compulsoriedade e sim por autonomia da vontade dos associados.

Em uma análise geral, os votos dos ministros consideraram que o fim da contribuição sindical compulsória não é inconstitucional, sendo, inclusive, uma forma de gerar sindicatos sem representatividade, o que fere o associativismo civil.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, está evidente a incompatibilidade normativa e axiológica do instituto da contribuição sindical compulsória com o princípio basilar da liberdade sindical, tanto porque a própria Constituição Federal – como se pode extrair da própria decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – garante ao trabalhador plena liberdade de se associar e permanecer

associado, de maneira que a voluntariedade das contribuições se torna a melhor e mais adequada forma de custeio dentro do atual panorama constitucional.

O sistema contributivo corporativista implantado no governo de Getúlio Vargas buscava fortalecer o sindicato frente ao poder econômico dos empregadores, mas após meio século de funcionamento o que restou foi um número hiperbólico de sindicatos sem qualquer representatividade, como mostram as estatísticas trazidas por este trabalho.

Conclui-se que o corporativismo de Estado do qual grande parte do direito sindical brasileiro é proveniente não se justifica perante os novos cânones constitucionais da República Federativa do Brasil, de modo que a Reforma, no que pese o imediatismo das mudanças, traz ao ordenamento jurídico um modelo de contribuição mais condizente com a liberdade sindical.

#### REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. 5. Ed. São Paulo: LTR Editora. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado

\_\_\_\_\_\_. Lei n° 13.467, de 13 de julho de 2018. Brasília, DF: 13 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Orientação Jurisprudencial n° 17. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho. Sessão de Dissídios Coletivos.

\_\_\_\_\_. *Sindicatos com registro ativo*. Brasília, DF: Ministério do trabalho e Emprego. Disponível em <a href="http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp#">http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp#</a>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. *Sindicatos com registro ativo*. Brasília, DF: Ministério do trabalho e Emprego. Disponível em <a href="http://acesso.mte.gov.br/cont\_sindical/arrecadacao-da-contribuicao-sindical-2.htm">http://acesso.mte.gov.br/cont\_sindical/arrecadacao-da-contribuicao-sindical-2.htm</a>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: Obra revista, atualizada e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MPr. N. 808/17* . 17. Ed. São Paulo: LTR Editora. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 6. Ed. São Paulo: LTR Editora. 2015. p. 114.

FILHO, José Cláudio Monteiro Brito. Direito Sindical. 7. Ed. São Paulo: LTR Editora. 2018.

FILHO, Evaristo Moraes; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito Sindical*. 10. Ed. São Paulo: LTR Editora, 2018.

JÚNIOR, José Cairo. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. Ed. Rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 1023.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: Direito Coletivo do Trabalho.* 3. Ed. São Paulo: LTR Editora. 1993. p. 96.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8. Ed. São Paulo: LTR Editora. 2015.

ROMAR, Carla Tereza Martins. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 838-870.

# "MENINA PRETINHA" E A SOCIALIZAÇÃO DA INFÂNCIA: O NÓ DE SAFFIOTI COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO FEMINISMO NEGRO

Daiane Cristina dos SANTOS Laís Burgemeister de ALMEIDA<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O presente artigo consiste em um prévio discurso que perpassa o pensamento do Brasil colonial em relação à escravidão da mulher negra, apresentando como a discriminação ocorreu de maneira tão forte a repercutir ainda hoje na esfera social, econômica e política. Infelizmente, a representação das negras inicialmente foi abafada pelo feminismo das mulheres brancas. Posteriormente dá-se vida a fala daquelas mulheres e nasce a vertente de um feminismo negro ainda tímido no século XXI. O relato aqui exposto, visando ao enriquecimento da discussão, leva a lógica de um empoderamento feminista à criança negra. Para que ela possa ainda na infância se ver representada no mundo, crescendo já com voz, com autonomia para falar por si. Dessa forma, buscamos quebrar o engendramento que vem sendo feito no mundo infantil, através de uma pedagogia feminista criativa, harmônica e solidária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Escravidão; Grupos vulneráveis; Mulheres negras; Feminismo; Empoderamento; Socialização da infância.

#### **ABSTRATIC**

This article consists of a previous discourse that permepasses the thought of colonial Brazil in relation to the slavery of the Black Woman, presenting how discrimination has occurred so strongly to reflect today in the social, economic and political spheres. Unfortunately, the representation of the blacks was initially muffled by the feminism of white women, Later, the speech of those women is given to life, and the black feminism that is still shy in the 21ST century is being born. The report presented here, aiming at the enrichment of the discussion, leads the logic of a feminist empowerment to the black child. So that she can still in infancy be seen represented in the world, growing already with voice, with autonomy to speak for herself, This way, we seek to break the engendering that has been done in the children's world, through a creative, harmonic and solidary feminist pedagogy.

**KEYWORDS:** Slavery Vulnerable groups; Black women; Feminism Empowerment Childhood socialization.

Estagiária de Direito no Escritório de Advocacia Previdenciária da Dr. Fabiene K. Lamim Rosa. Atualmente graduanda do curso de Bacharelado em Direito além de ter cursado dois anos de Licenciatura em História também na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Desde 2013 frequentadora de curso de Inglês como Wizard Idiomas( ainda em curso ). Além de ter cursado Kumon Inglês e do curso oferecido pela UENP, Paraná Fala Inglês. Em 2019 apresentou pôster intitulado PRA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DA HISTÓRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RELAÇÕES ENTRE MEMÓRIA, DIREITO E JUSTIÇA NO BRASIL (1964-1985) no CONPEDI-GO, o pôster o pôster intitulado ?Zootopia: uma sátira da atualidade? atividade integrante do V SIMPÓSIO REGIONAL ?DIREITO E CINEMA EM DEBATE? e também apresentou o pôster ?PERCEPÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DO FEMININO NO DIREITO BRASILEIRO? durante o VI JORESP - JORNADA REGIONAL DE EDUCAÇÃO SEXUAL DO PARANÁ E I CESC ? CONGRESSO DE EDUCAÇÃO EM SEXUALIDADES CRÍTICA . No presente momento concluiu a primeira fase do curso de Espanhol no Centro de Idiomas da UENP. Atingiu o nível B1 no TOEFL ITP (Test of English as a Foreign Language Institutional Testing Program) e TOEIC (Test of English for International Communication). Participou do Grupo de Pesquisa em Teatro da PROEC (Pró-Reitoria de Extensão e Cultura no período de 2015 e do Grupo de Pesquisa Violência: "entre Feminismos e Infância" da UENP.

# 1. INTRODUÇÃO

Até a idade de 12 anos, vislumbramos uma criança em formação, esculpindo seu caráter, suas opiniões, suas preferências, seu desenvolvimento social, ético e moral, momento este em que o conteúdo que ela 'ingere' da sociedade, repercute diretamente na construção de seus pensamentos. Heleieth Saffioti, trata da teoria do nó, expressada pelas estruturas gênero, raça e classe, as quais se encontram enlaçadas, sendo inseparáveis. Em meio a esse prisma a importância da desconstrução de estereótipos já na infância, é dar às crianças um novo olhar, principalmente em uma pedagogia feminista, em que realce tanto a beleza da Makena africana quanto da Barbie, do cabelo enrolado quanto do liso, sem colocar uma característica sobre a outra, e o mais valioso, sem dar vez ao racismo, à misoginia e ao preconceito.

O debate acerca do tema é um convite para se falar da imagem da mulher negra que vem sendo perpetuada desde a escravidão, e constantemente 'apagada' pela supremacia das classes privilegiadas. Propõe-se uma reflexão, no sentido de desmantelar a universalidade que fala por todos, e o pensamento colonial, o qual fortalece a desigualdade ao ponto que estrutura as identidades, fazendo com que se crie privilégios para uns em detrimento de outros. É preciso que a 'menina pretinha' cresça em um ambiente onde ela possa se autodefinir, uma vez que a partir da socialização da infância, podemos reorganizar e acabar com o engendramento, com a rotulação de crianças, que pode estar sendo um impeditivo para um empoderamento feminino negro e uma repressão às suas falas.

O que vemos hoje, é uma segregação de oportunidades, onde nas primeiras idades o ser humano passa a ser definido, como quem vai para a cadeia e quem não vai, quem frequenta a universidade e quem não frequenta, quem tem seguro-saúde e quem não tem. Ademais, um problema que deveria ser abraçado por todos, é escondido pelo poder por 'debaixo dos tapetes', pobreza, falta de moradia, de saúde e de educação é resolvido jogando as pessoas que sofrem dessas carências na prisão. Assim, ficam a cargo dos oprimidos se erguerem para lutar por igualdade e justiça, como se fossem seus deveres procurar estratégias de enfrentamento às desigualdades firmadas por um racismo estrutural.

A metodologia utilizada na pesquisa será o dedutivo, em que partiremos de uma análise sociológica, adentrando na parte histórica, procurando entender em nosso primeiro capítulo de onde surgem a infantilização (infans – aquele que não tem fala própria) das mulheres negras, abordando a falta de um olhar empático, étnico e racial. Posteriormente, trataremos da mulher em si, da mulher de cor e das mulheres feministas. Por fim, adentraremos na importância que tem a pedagogia

feminista no universo infantil, concluindo-se com breves alternativas para a desconstrução e superação de estereótipos e paradigmas que abafam a beleza negra e a liberdade das crianças.

# 2. A UNIVERSALIDADE QUE EXCLUI

A luta em prol da descolonização do pensamento emerge com vigor na atualidade, embora o empoderamento das mulheres na mídia seja ainda tímido, já é um grande passo comparado aos séculos passados. A condição da mulher, na sociedade remota, pode ser facilmente, e de maneira lastimável, definida pelo título de Simone de Beauvoir: 'o segundo sexo', ao analisarmos a forma como a mulher foi coisificada ao ser comparada ao sexo masculino.

Ângela Davis, em seu livro Mulheres, Raça e Classe, conta-nos, a realidade das mulheres escravas, dando destaque então às mulheres negras e a forma como eram tratadas. Houve momentos da história que para a continuidade do lucro, seus senhores as reduziram a 'escravas reprodutoras' devido à proibição do tráfico internacional de escravos. Assim, tem-se a mulher como algo que possui uma função, a de reproduzir o tanto de vezes que fosse biologicamente possível, "uma vez que as escravas eram classificadas como 'reprodutoras', e não como 'mães', suas crianças poderiam ser vendidas e enviadas para longe, como bezerros separados de vacas" (DAVIS, 2016, p. 26), ficando os outros aspectos de sua existência ofuscados pela posição em que o homem a conduziu.

Uma vez que a mulher é tida como o outro, a mulher negra que se encontra em um local de maior vulnerabilidade, acaba por ser reduzida ao outro do outro. Ao observarmos os índices de desenvolvimento da população por raça e classe, vemos a forte presença do racismo e da misoginia, uma vez que os homens brancos estão ao topo, vindo então as mulheres brancas, logo após, os homens negros e por fim, tem-se as mulheres negras. Nesse sentido, Djamila Ribeiro faz uma observação importante através dos pensamentos da escritora Grada Kilomba:

Kilomba sofistica a análise sobre a categoria do Outro quando afirma que mulheres negras, por serem nem brancas e nem homens, ocupam um lugar muito difícil na sociedade supremacia branca por serem uma espécie de carência dupla, a antítese de branquitude e masculinidade. (RIBEIRO, 2017, p. 39).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nos apresenta em seu título Trabalho Doméstico Remunerado, a continuidade das mulheres negras na profissão de doméstica no território brasileiro. Seus dados são de 2015, e contabilizam cerca de 2.008.289 mulheres brancas contra 3.747.311 mulheres negras. Além dos números falarem por si, a trabalhadora doméstica negra que reside na casa para a qual presta serviços, ainda precisa lidar popularmente com a expressão 'quase da família', a qual ainda persiste enraizada, diferenciando-a da mulher branca que é por diversas vezes titulada como 'da família'. Portanto, cumpre deixar claro, que o nosso desafio nesse século é de, além de reivindicar oportunidades iguais a todas as classes, identificar e desmantelar a base na

qual o racismo tem se fortificado.

A desigualdade, firmada pelo colonialismo, fez nascer vertentes, dividindo as mulheres em escravas e não escravas. A ressalva se faz ao reconhecer que o preconceito latente da época, não admitia uma mulher negra frágil, elas precisavam cumprir a carga de trabalho no engenho tal como homens fossem, e aquelas que engravidavam não tinham descanso nem do emprego nem da chicota. Ainda hoje é comum que, ao vermos imagens de mulheres empenhadas em comportamentos que associamos ao domínio masculino, fiquemos assustados, isso se dá às informações que nos foram vendidas de uma sinhá branca, rica e ociosa.

Negras não tinham voz, e quando se propunham a falar, só então eram rotuladas como femininas, e além das chicotas eram submetidas ao estupro. Relata Ângela Davis: "[...] o estupro era um elemento institucionalizado de agressão ao povo vietnamita, concebido com a intenção de intimidar e aterrorizar as mulheres, os proprietários de escravos encorajavam seu uso terrorista para colocar as mulheres negras em seu lugar" (DAVIS, 2016, p. 38). Há discursos inclusive, de mulheres fugitivas que chegavam a matar suas filhas, para que não sofressem tamanha repressão e violação sexual de seus corpos.

Uma vez que viviam cara a cara com a necessidade do trabalho sob coerção, essas mesmas mulheres não compreenderam quando outras foram as ruas reivindicarem o direito ao trabalho, o cerne da questão é que "na propaganda vigente, 'mulher' se tornou sinônimo de 'mãe' e 'dona de casa', termos que carregavam a marca fatal da inferioridade. Mas, entre as mulheres negras escravas, esse vocabulário não se fazia presente". (DAVIS, 2016, p. 29). Emergia então a pergunta para as que não se sentiam representadas pelo movimento: 'De que mulheres estamos falando? ', 'E eu não sou uma mulher? ', a divisão das diversas mulheres agora pela classe econômica, vinculam também à cor da pele.

Enquanto as mulheres brancas, padrão classe média alta, nesse mesmo passado de escravidão, eram inferiorizadas dentro de casa, não podendo ordenar nem mesmo no lar em razão do império do machismo, as mulheres negras viviam sobre outra realidade. Uma realidade peculiar, onde

A questão que se destaca na vida doméstica nas senzalas é a da igualdade sexual. O trabalho que escravas e escravos realizavam para si mesmos, e não para o engrandecimento de seus senhores, era cumprido em termos de igualdade. Nos limites da vida familiar e comunitária, portanto, a população negra conseguia realizar um feito impressionante, transformando a igualdade negativa que emanava da opressão sofrida como escravas e escravos em uma qualidade positiva: o igualitarismo característico de suas relações sexuais". (DAVIS, 2016, p. 33-34).

Não raro as mulheres escravas, envolvidas em um contexto familiar, eram autoritárias dentro da senzala.

Dessa forma, as manifestações observadas pelas negras, em prol da liberdade feminina para o trabalho, não passaram de um feminismo hegemônico, que se diz universal, mas que ratificou o apagamento das mulheres negras. Se não bastasse isso, havia até um preconceito com a fala das negras, a criação da palavra 'pretuguês', substituindo o português, pela razão da inexistência da letra l na linguagem trazida dos povos africanos. Enquanto não se sentiam representadas, incutiu a ideia em um pensamento forjado, onde as mulheres brancas pensavam na coletividade, e as mulheres negras se fossem reivindicar seus direitos, eram tidas como separatistas ou que pensam somente nelas mesmas.

Esse feminismo hegemônico, com base no pensamento de Patrícia Hill Collins, fez com que as mulheres negras se sentissem forasteiras de dentro, no próprio movimento feminista, pela maneira como ela era vista dentro do movimento em si, quando na verdade elas devessem tanto quanto às brancas, guiarem a luta por mais direitos, uma vez que, além de praticamente serem obrigadas a trabalhar, não exerciam um trabalho digno. Ademais, muito teriam a acrescentar, levando em conta que em se tratando do trabalho pesado que realizavam, as mesmas obtinham consciência da sua capacidade ilimitada, fazendo assim com que nutrissem confiança em sua habilidade para lutar por si mesmas, sua família e seu povo.

Embora as mulheres brancas tenham colaborado notavelmente para a campanha antiescravagista, elas quase nunca conseguiam nutrir tamanha empatia para sentirem o que as negras passaram em anos confinadas no sistema, assim o não reconhecimento das várias formas da mulher século XVIII e XIX, levou a legitimação de um discurso excludente que só via a história de uma perspectiva, a perspectiva do branco, que passou a perpetuar uma versão de mulher, sendo esta justamente a que menos abrange a população feminina, sem olhar para as diversas formas de mulher no mundo.

Em se tratando de sociedades latino-americanas, multirraciais, pluriculturais e racistas, a necessidade de uma ressignificação das identidades é emergente, uma vez que "as desigualdades são criadas pelo modo como o poder articula essas identidades; são resultantes de uma estrutura de opressão que privilegia certos grupos em detrimento de outros" (RIBEIRO, 2017, p. 31). Uma desigualdade opressora, cria grupos oprimidos, cria segregação entre pessoas que são frutos dessa sociedade como todas as outras e alicerça a disseminação de ódio para as futuras gerações.

É deveras importante que as negras se autodefinam, e que lhe seja dado oportunidades para que haja a quebra de um pensamento colonial, e de um feminismo hegemônico. O que precisava ser entendido na época das manifestações estadunidenses e que precisa ser constantemente lembrado na atualidade é que "se o feminismo deve liberar as mulheres, deve enfrentar virtualmente todas as formas de opressão" (RIBEIRO, 2017, p. 48). É preciso que o feminismo lute não somente pelos

direitos femininos, mas combata também o racismo, também a homofobia, que seja amplo e capaz de não hierarquizar formas de opressão, onde se possa perceber competição de qual opressão vamos combater primeiro, mas que englobe todas e que a diversidade possa vigorar sem preconceitos.

Para isso há que se formular um meio de debate amplo, já que "se não se nomeia uma realidade, sequer serão pensadas melhorias para uma realidade que segue invisível. A insistência em falar em mulheres como universais, não marcando as diferenças existentes, faz com que somente parte desse ser mulher seja visto" (RIBEIRO, 2017, p. 41). O não ouvir é tido como comodidade, e também uma maneira de manter ideias e verdades desagradáveis fora do âmbito de discussão, justamente por saber-se a culpa e a vergonha que trazem, assim aquele que fala pelos outros, tem a falsa impressão de estar por eles, mantendo-os silenciados.

Portanto, é de se supor que em sendo falha a representação, as teorias feministas ficam em situação de vulnerabilidade, já que segundo Vanessa Oliveira Batista Berner, elas

Buscam se aproximar da realidade. Primeiro, para *desconstruí-la* (fazendo críticas ao tratamento de gênero) e, por fim, para *reconstruí-la* desde uma perspectiva normativa destinada à emancipação dos grupos marginalizados ou excluídos das garantias oferecidas pelo sistema patriarcal dominante (BERTOLIN, 2017, p. 81).

Assim, para um progresso significativo importante é o papel do lugar de fala, juntamente com a consciência da sociedade de que todos o possuem, já que diz respeito a uma localização social. Dessa forma, a partir da visualização de diversos ângulos será possível debater e refletir criticamente sobre os mais variados temas presentes na sociedade.

É abrindo espaço para o lugar de fala, e em se tratando de mulheres, principalmente um lugar de fala para as não brancas, que se fará aflorar seus pensamentos, impulsionando suas produções, e as devolvendo os valores que lhe foram sonegados, só assim as raízes de uma lógica colonial apodrecerão, e as diversas mulheres se fundirão em uma só, dando mais sentido aos movimentos que surgem reivindicando direitos feministas, e dando mais solidez ao significado de representação dentro deles.

#### 3. FEMINISMO E AS MULHERES NEGRAS

Quando é compreendido que as relações de poder engendradas pelo patriarcado têm origem no processo histórico é impossível desassociar a misoginia e a questão do racismo. A escravidão teve seu início no século XVI no Brasil e perdurou por mais de três séculos até o dia 13 de maio de 1888 com a promulgação da lei Áurea. Durante esse período, africanos eram sequestrados e trazidos a força para a Colônia Portuguesa e eram desumanizados, subjugados, explorados além de serem destituídos de qualquer bem material.

Tudo isso ao longo de dezenas de gerações, esse sistema econômico de exploração da mão

de obra escrava incutiu na sociedade brasileira, princípios racistas que hierarquizam a humanidade. Produz-se assim, uma mentalidade nociva que entende que certos seres humanos valem mais que outros. Esse senso comum acaba por destituir, primeiramente, pessoas negras de suas próprias raízes e história com a finalidade destruir sua identidade e consequentemente sua autoestima e seu sentimento de pertencimento.

Essa mesma hierarquia oprime as mulheres devido aos valores sociais que são entendidas e construídas pelo sendo comum como femininas. Desta forma, valores como maternidade, fragilidade e beleza são tidos como categorias inerentemente femininas. Segundo Bourdieu (1998, p.24) "(...) os discursos dos moralistas, tentam encontrar no corpo da mulher uma justificativa do estatuto social que lhe é imposto, apelando para oposições tradicionais entre o interior e o exterior, a sensibilidade e a razão, passividade e a atividade".

Por isso, encontra sentido através do discurso moralista do patriarcado a justificativa que se legitimava que para as mulheres restava cumprir seu papel determinado e biológico. O que desperta na sociedade um sentimento de proteção e dominação em relação as mulheres brancas. Devidos a essas "qualidades iminentemente" femininas, as mulheres não teriam condições de serem independentes e autônomas, seria necessário então homens com boas intenções para proteger, cuidar e auxiliar essas mulheres. Essa mentalidade é prejudicial para o entendimento que a mulher é um ser humano, digno e capaz de fazer suas próprias escolhas.

A mentalidade machista nega a pluralidade das mulheres, nega sua individualidade, nega sua identidade como um ser humano e principalmente nega oportunidades. A sociedade brasileira influenciada pelo seu próprio processo história acaba por não oferecer oportunidades as mulheres devido ao preconceito delas de serem mulheres. Segundo os autores (DA SILVIA; TAVARES, p.198) "assim, ao compreender o trabalho feminino como um dom natural, inerente à mulher, surge a desvalorização das atividades ditas 'femininas', como por exemplo: corte e costura, serviços domésticos, professoras do ensino básico, entre outras". Os valores femininos foram tão minimizados e desvalorizados que o fato de ser mulher já seria razão suficiente para descarta-las como mãos de obra eficientes e muitos menos contrata-las como liderança. Diferente das mulheres, as categorias construídas e entendidas como masculinas são valorizadas pela nossa sociedade. Para eles os valores, como liderança, agressividade e objetividade são princípios a serem perseguidos.

Nesse sentido se faz necessário frisar que as mulheres não são uma categoria unitária não se pode supor que por todas serem mulheres todas sofram com o mesmo tipo de opressão. Elas são sim, oprimidas pelo machismo estrutural, são atingidas negativamente pelo patriarcado. Entretanto elas também podem reivindicar matérias diferentes.

Por isso a importância de se discutir o feminismo negro, elas possuem reivindicações que

destoam das mulheres brancas, por exemplo, no caso de mulheres brancas apesar de serem minorias em termos numéricos possuem maiores privilégios do que mulheres negras. Devido a questão do racismo, que é um dos pilares da construção da estrutura de dominação masculina que advém do passado histórico do Brasil escravista, que acaba por subtrair oportunidade de seus cidadãos devido a cor da sua pele e traços que distintos do caucasiano. Desta forma a mulher branca não sofre pelo estigma racial. Por ser branca, ela se encontra em uma posição de privilégios com maior facilidade que consegue ser reconhecida como ser humano, dessa forma usufrui de maior credibilidade e confiança da sociedade. As mulheres brancas apensar de sofrerem com a condição de mulher possui o privilégio de pertencer a classe dominadora. Sendo assim, suas reivindicações são de serem inseridas ao mercado de trabalho, pelo direito a cidadania do voto, pelo direito a educação de qualidade a fim de saírem do âmbito doméstico e ganhar o mundo. Diferente da mulher negra que sempre trabalhou, e em péssimas condições.

A mulher negra convive e sobrevive com o estigma de ser forte. Essa mentalidade não é por acaso, a mulher negra foi obrigada a ser forte para sobreviver a misoginia e ao racismo de sociedade que a desumaniza constantemente. Segundo Ângela Davis "a exaltação ideológica da maternidade – tão popular no século XIX – não se estendia as escravas" (1981, p. 19). Além do estigma de ser forte, existe a questão da sexualização de seus corpos. Ou seja, trabalha como um homem, trabalha como escrava, mas devido a sua condição de sexo também era comum a hiperssexualização da mulher negra.

Tanto que a miscigenação tão aclamada pelo senso comum brasileiro como uma forma de harmonia racial supostamente existente no país é fruto do estupro estrutural de mulheres negras. Sistêmico, pois a própria estrutura social do país permitia que os estupros ocorrem. As mulheres negras eram tidas como propriedade, como gado devido a sua condição de escravas. E como escravas não possuíam dignidade humana que é defendida tanto pela nossa constituição de 1988. Elas, como escravas trabalhavam sem nenhum privilegio em relação aos homens, sua força de trabalho era explorada assim como a dos homens, entretanto segundo Ângela Davis

(...) as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros maus tratos bárbaros que só poderiam ser infringidos a elas. A postura de seus senhores em relação as escravas era regida pela conveniência: quando era lucrativo explorálas como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modo cabíveis apenas as mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente a sua condição de fêmeas.(DAVIS, 1981, p.19)

Outro ponto importante de se destacar é a questão econômica, a riqueza está nas mãos de quem possui a legitimidade da dominação. Desta forma, como os brancos possuem todo um arcabouço de legitimidade e justificativas para escravizar negros, acabam eles os donos dos meios de produção e por consequência os donos da produção de riqueza que por x anos no Brasil

exploraram a mão de obra escrava. É importante salientar que os negros, diferente dos imigrantes que vieram para o Brasil no século XX, não receberam qualquer tipo de auxilio através do estado brasileiro para reparar quase 300 anos de escravidão, após a abolição da escravatura foram "libertos" a própria sorte em um pais racista.

Assim, podemos concluir que para conservar o sistema de dominação do Brasil, ou seja, para conservar que homens brancos e ricos continuem no topo da hierarquia de valorização social é preciso que o racismo e o machismo continuem existindo para que isso se reflita na distribuição de riqueza. Em outras palavras o conceito de gênero não explicita, necessariamente, desigualdade entre homens e mulheres. Assim como o patriarcado, da forma como foi cunhado, não pressupõe uma relação de exploração. Para a socióloga Saffioti, estas duas dimensões constituem faces de um mesmo processo de dominação-exploração ou exploração-dominação. Isso porque a dimensão econômica do patriarcado não repousa apenas na desigualdade salarial, ocupacional e na marginalização dos importantes papéis econômicos e políticos, mas inclui o controle da sexualidade e a capacidade reprodutiva das mulheres. Dessa forma,

(...) as estruturas de dominação (...) são produto de um trabalho incessante (e, tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como violência física e a violência simbólica) e instituições, Familiares, Igrejas, Escola, Estados. (BOURDIEU, 1998, p. 46)

Isto é, para que esses homens brancos e ricos continuem no topo da hierarquia é necessário um nó de tecidos emaranhados de agentes específicos que trabalham em sintonia para a manutenção das estruturas de dominação. Segundo a importante filosofa feminista Heleieth Saffioti reintera que (1987, p. 62) "É impossível isolar a responsabilidade de cada um dos sistemas de dominação exploração fundidos no patriarcado-racismo-capitalismo pelas discriminações diariamente praticadas contra as mulheres.

Desta forma, para se concretizar a discriminação entre sexos é necessária uma gigantesca estrutura emaranhada, como um nó, que só é possível a sobrevivência através dessa simbiose nociva. A discriminação de gênero só ganha força e, principalmente legitimidade, se o aspecto econômico estiver junto. Isso vale para a questão do racismo também, pois não basta apenas o aspecto do capital. O racismo é necessário para a concretização e justificativa do *status quo* de nossa sociedade. Pois é através dele que a sociedade decide para quem serão destinadas as oportunidades. E o processo histórico é a liga para todos esses elementos. A vista disso Saffioti complementa:

A utilização social de caracteres raciais, assim como sexuais, permite dar aos fenômenos de natureza econômica, tais como o posicionamento dos indivíduos no sistema produtivo de bens e serviços, uma aparência inibidora da percepção de sua essência. As estruturas que se consolidaram no Brasil colocaram gênero, raça e classe como articulações macro, fundantes, que determinam as relações sociais. O nó formado por estas três contradições

apresenta uma qualidade distinta das determinações que o integram (SAFFIOTI, 2004, p.115).

Disso resulta o descompasso econômico e social entre homens e mulheres. Porém desigualdade latente constitui não apenas na desigualdade salarial e na marginalização dos importantes papeis econômicos e políticos, mas também incide no controle da sexualidade feminina e na capacidade reprodutiva delas. Segundo Ângela Davis,

É importantíssimo que na estrutura de poder esteja presente o controle dos corpos e das mentes e não apenas propriamente econômico. A fim de esconder os verdadeiros mecanismos de operação de cada modo específico de produção. Os pilares da estrutura de controle tem que funcionar conjuntamente para que o sistema de opressão funcione de maneira legitimada e justificável. A sociedade tem que aceitar a desigualdade de maneira natural e cotidiana. De forma que não perceba a injustiça e os horrores causados as minorias. (DAVIS, 1981,p.)

Por consequência nosso próprio ordenamento jurídico, não consegue escapar das armadilhas do senso comum e de seus vícios históricos. Ainda perpetuam ideias que legitimam a desigualdade social, racial e de gênero. O conceito do princípio da igualdade formal diz que não há distinções perante as leis, como está positivado na Constituição Federal de 1988, art. 5°, caput. Nas democracias atuais este conceito da igualdade formal continua válido, no entanto, com a evolução do Direito e da interpretação dos princípios, deve-se procurar concomitantemente uma igualdade de oportunidades, condições e instrumentos para igualar os desiguais. Desse modo, visa efetivar-se uma igualdade material, ou seja, proporcionar reais condições a todos os historicamente excluídos ou em desvantagem na sociedade de exercerem seus direitos e buscarem a ascensão social. Porém, para que isso aconteça também é necessário a manutenção da legitimidade de nossa mentalidade marcada pelo sendo comum e de uma história que negue a identidade negra e que negue a existência de mulheres plurais. Para que no fim essa condição de exclusão social possa afetar consideravelmente as oportunidades das minorias brasileiras e principalmente as oportunidades das mulheres negras.

#### 4. PEDAGOGIA FEMINISTA

Pedagogia é um conjunto de técnicas e princípios, métodos e estratégias relacionadas a assuntos educacionais. Através destas técnicas educacionais, podemos aplicar o feminismo no cotidiano das pessoas, principalmente das crianças. Já o Feminismo é um movimento político, filosófico e social que defende a igualdade de direitos entre mulheres e homens, busca inserir a mulher em espaços que historicamente foram negados a elas, como o meio político, nas universidades e principalmente cargos de lideranças.

A fim de desconstruir preconceitos historicamente estabelecidos foram combinados os dois

conceitos para a elaboração da Pedagogia Feminista. Que consiste em um instrumento que visa combater o machismo através da educação para diminuir estatísticas relacionadas às mulheres brasileiras abaixo, segundo o site do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):

As mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana. Em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas. Em relação às atividades não remuneradas, mais de 90% das mulheres declararam realizar atividades domésticas — proporção que se manteve quase inalterada ao longo de 20 anos, assim como a dos homens (em torno de 50%). Esses são alguns dos dados destacados no estudo *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça* com base em séries históricas de 1995 a 2015 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do IBGE. Divulgada nesta segunda-feira, 06/03, a pesquisa faz parte de um projeto realizado pelo Ipea desde 2004 em parceria com a ONU Mulheres. (IPEA, 2017)

Através dos dados constatados acima, podemos evidenciar que em pleno século XXI a divisão sexual do trabalho ainda sobrevive. As mulheres possuem a chamada tripla jornada de trabalho, porque além de trabalharem fora de casa, quando chegam do serviço possuem responsabilidades que são socialmente aderidas apenas ao sexo feminino, como o cuidado com o lar e dos filhos. Essa condição em que as mulheres são submetidas influencia na dinâmica do poder e do capital. O que favorece a disparidade entre homens e mulheres. O que exemplifica a necessidade de se discutir uma educação feminista para mudar o quadro atual.

Essa mentalidade constitui em esquemas inconscientes de percepção de estruturas históricas da ordem masculina. Segundo BOURDIEU (1999), essas estruturas também são construídas seguindo uma lógica do ciclo biológica aparente da natureza que legitimaria a dominação masculina, por meio da chamada topologia sexual do corpo socializado. As diferenças visíveis entre corpo feminino e masculino e comportamento culturalmente denominados, são percebidas e construídas a fim de discriminar o feminino, rotulando-o como menor, vulnerável e passivo.

Entretanto, apenas a questão de gênero não basta para exemplificar a condição da mulher negra. As discriminações de raça e gênero estão entrelaçadas. O que promove uma diferença na hora de reivindicar seus direitos devidos a sua posição histórica e estruturante diferenciada. O reconhecimento da diversidade das experiências é importantíssimo na aplicação da pedagogia feminista. Segundo Silvia (2017, p.110) do Dossiê Mulheres Negras do IPEA

Para as mulheres brancas das classes médias, um ponto importante para autonomia é sua inserção no trabalho remunerado, demandando políticas de ativação; para as mulheres negras das classes mais pobres, a participação no mundo do trabalho é, em geral, precoce, precarizada e as inscreve, de partida, em patamares desvantajosos. As demandas são, por conseguinte, diferenciadas.

Por isso é importante que a pedagogia feminista possua o fator determinante da representatividade. Não basta difundir um discurso que só abarca mulheres brancas de classe média. Para difundir esse tipo de pedagogia que desconstrói o gênero é fundamental que essa mesma

pedagogia discuta temas como o do racismo estrutural. Tanto o racismo quanto o sexismo fazem parte dessa mesma estrutura de opressão que coloca o homem, branco e hétero no topo da hierarquia, o que fomenta a violência que está presente no cotidiano da sociedade brasileira, nas relações familiares, profissionais, acadêmicas e nas instituições (simbólica ou explícita).

A educação com as bases feministas tem como objetivo romper essa hierarquia em que só um lado se beneficia em detrimento dos outros. E isso só é possível quando essa educação é perpetuada pelas crianças e alunos. Ensinando as crianças a criticar o *status quo* e propor atitudes que mudem o comportamento social. Desconstruindo discursos e comportamentos machistas que desde cedo são nocivos e que prejudicam toda a sociedade.

Quando dizemos que é necessário ensinar pedagogia feminista significa ensinar para as crianças a se valorizarem como indivíduo. Ensinar que as meninas possuem valor igualmente em relação aos meninos. Não é levianamente dizer para uma criança se auto valorizar, mas sim, incentivá-la a ter confiança e autodeterminação para ela acreditar que pode ser quem ela quiser. É muito comum que desde cedo os papéis de gênero estejam muito bem definidos até mesmo antes da criança nascer.

Desde cedo os bebes são identificados pela cor, rosa para meninas e azul para meninos, e causa estranhamento quando uma mãe foge a essa regra do senso comum. Muito além da disposição das cores, a forma de criação de meninos e meninas são diferentes. As limitações são impostas muito mais em relação as meninas do que os meninos. Pelo contrário, os meninos são incentivados e serem mais curiosos e aventureiros e até mesmo mais agressivos, enquanto meninas são criadas para serem mais ingênuas, comportadas e obedientes, o que estabelece desde cedo uma desigualdade que atravessa a infância.

São perceptíveis essa disparidade nos brinquedos, os brinquedos masculinos são ativos como carrinhos e bolas são corriqueiramente aderidos pelos meninos, entretanto os brinquedos considerados femininos como bonecas e panelas são de natureza passiva. Essas atitudes reinteradas acabam por concretizar na consciência coletiva o papel de gênero que procura determinar como cada grupo deve se comportar. Desta forma, segundo a autora negra Adchie (2017, p.11) "Se não empregarmos a camisa de força do gênero nas crianças pequenas, daremos a elas espaço para alcançar todo o seu potencial." A autora nigeriana também explica o resgate do orgulho negro por meio de sua historiografia na citação abaixo.

Esteja atenta também em lhe mostrar a constante beleza e capacidade de resistência dos africanos e dos negros. Por quê? A dinâmica do poder no mundo fará com que ela cresça vendo imagens da beleza branca, da capacidade branca, das realizações brancas, em qualquer lugar onde estiver. Isso estará nos programas de TV a que assistir, na cultura popular que consumir, nos livros que ler. Provavelmente também crescerá vendo muitas imagens negativas da negritude e dos africanos. Ensine-lhe a sentir orgulho da história dos

africanos e da diáspora negra. Encontre heróis e heroínas negros na história. Existem. Você talvez precise contradizer algumas coisas que ela aprenderá na escola — o currículo nigeriano não é muito imbuído da ideia de ensinar as crianças a sentirem orgulho de sua história. Os professores serão ótimos em ensinar matemática, ciências, artes e música, mas você mesma é que terá de lhe ensinar orgulho. Ensine-lhe sobre o privilégio e a desigualdade e sobre a importância de dar dignidade a todos os que não querem prejudicála — ensine-lhe que os trabalhadores domésticos são humanos como ela, ensine-lhe a cumprimentar sempre o motorista. Associe essas expectativas à identidade dela — por exemplo, diga: "Em nossa família, quando se é criança, cumprimenta-se os mais velhos, não importa o serviço que fazem. (ADCHIE, p.20, 2017)

A falta de representatividade pesa de maneira negativa na vida das crianças negras. É de extrema necessidade que mulheres negras se vejam representadas de maneira humanizada para que elas possam ter a consciência do seu empoderamento para que representem e legislem em prol da sociedade. Segundo Habermas, a cultura majoritária deve soltar de sua fusão com a política-geral, uniformemente compartida por todos os cidadãos; caso contrário, ela ditará a priori os parâmetros dos discursos de autoentendimento. Para que os discursos de autoentendimento machistas sejam desconstruídos é necessário um novo discurso.

Em uma pedagogia feminista não limitaria meninos a brincarem de boneca e muito menos meninas brincarem de carrinho. Parece uma conclusão bem simples, entretanto ações singelas como essa pode determinar as aspirações das pessoas no futuro. Permitindo melhor autoconhecimento e consequentemente, poder, valoração e independência sobre sua própria vida.

Desde cedo é importante mostrar para crianças através de exemplos que trabalho doméstico não é inerente feminino, que quando o pai da criança esta limpando a casa ele não está "ajudando" a mãe, simplesmente está fazendo sua parte como família, ele não deve ser recompensado por fazer o óbvio. Por isso é importante o exemplo dentro da própria família para a criança ter condição de criticar a sociedade lá fora.

Portanto, para se aplicar uma pedagogia feminista na educação é preciso ser capaz de promover a autoconfiança e toda ação educativa deve ser um ato contínuo de recriação e de resignificação de significados enquanto condição de possibilidade para uma educação que explore a consciência e a liberdade, dentro de uma perspectiva contínua de diálogo e reflexão sobre a ação com o objetivo de ampliar a visão de mundo e a participação ativa do indivíduo em todas as esferas da vida em sociedade.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo o que foi debatido entre os capítulos não cabe aqui aprofundar ainda mais, e sim apresentar alternativas para mudanças, as mulheres e principalmente as negras precisam de lugar de fala, de representatividade, de sentimento de pertencimento na sociedade. As cotas raciais

inseridas no sistema de ingresso universitário, e em concursos, mostra que humanidade compadece de seus erros, e propõe o rearranjo da estrutura das identidades, é a escada que leva a desigualdade à igualdade, é a oportunidade dada às grandes escritoras negras que estão por vir, é o ouvido dado às palavras talentosas que foram caladas por anos.

Mas não basta, o que há de ser feito, é muito maior que as ações afirmativas, é preciso sua cumulação com ações políticas e teorias que dão conta de pensar que não pode haver hierarquia de opressões. Desta forma, segundo NADAI (1980), o papel do legislador é elaborar normas escritas baseadas nos fatos sociais, levando em consideração aspectos e peculiaridade a serem consideradas no processo de criação de leis. Ou seja, a pedagogia feminista é de suma importância para que os legisladores tenham base para legislar com sismógrafo social.

Focando nas primeiras idades, Patrícia Galvão publica um alerta, em sua matéria intitulada "Índice de suicídio entre jovens e adolescentes negros cresce e é 45% maior do que entre brancos", afirma ela que causa é o racismo institucional disseminado, que vem espalhando sofrimento e adoecimento entre os jovens e adolescentes, uma vez que estão na "fase de construir sua própria identidade, a constrói a partir do entendimento de que ser negro é ser inferior, ser feio, ser menos valorizado". Em atenção aos números crescentes o Ministério da Saúde lança cartilhas, visando prevenir e repudiar qualquer ato discriminatório.

Tratando-se de socialização das crianças, onde estão os livros com super-heróis negros? A literatura infanto juvenil, é a fonte de informações do mundo para os 'pequenos', estimula a imaginação e o desenvolvimento cognitivo, e vai mais além, imprime neles a noção de empatia e respeito. Precisamos de livros com referenciais negros, que pratiquem a reeducação das relações raciais, que tratem da vivência, da temática do cabelo, da religiosidade, da ancestralidade, de tudo o que falta nas obras com super-heróis brancos. Recentemente houve a notícia por parte da Disney que o próximo longa metragem de 'A pequena sereia', será vivido por uma atriz negra. De acordo com a revista eletrônica Veja São Paulo "A atriz e cantora Halle Bailey, do duo de R&B Chloe x Halle, fará o papel de Ariel no *live-action* da animação Pequena Sereia, de acordo com informações da *Variety*." (ROSARIO, 2019) Em termos de representatividade, será de suma importância uma princesa da Disney ser negra. Devido ao grande alcance midiática de uma das maiores empresas de entretenimento do planeta.

Porém, a representatividade negra ainda tem um longo caminho a ser percorrido, como diz a música Menina Pretinha de Mc Soffia "minhas bonecas pretas, o que fizeram com elas?", as quais no circuito das grandes lojas são raras de serem encontradas, atualmente contam com uma porcentagem de apenas 3%, segundo levantamento da ONG Avante em 2018. A maior parte da população brasileira é composta por negros e pardos, e a sua representatividade nesse sentido é

ínfima, se somos tão diversos porque a maioria das bonecas são semelhantes? A proposta é que através das bonecas negras as crianças possam se ver nelas, principalmente em se tratando de bonecas de profissões, engenheiras, médicas, veterinárias, dessa forma elas aprendem desde cedo que elas podem ser o que quiserem. Para se chegar nesse patamar é necessário, mais que nunca, que as empresas de estética assumam a beleza negra como beleza também.

Nesse mesmo ínterim, cabe falar da divisão dos brinquedos por gênero. Observa-se na sociedade, que as bonecas foram criadas para as meninas, e os legos, carrinhos, para os meninos. Percebemos que até a cor desses objetos são diferenciados, quase não vemos legos rosas. E bonecos meninos, menos ainda. É comum que os pais que tem um casal de filhos em casa, comprem dois produtos. Mas essa perspectiva está enraizada nos adultos, prova disso é o que conta a colunista Giovanna Galvani em Carta Capital sob a fala de Andrea Luiza (coordenadora do projeto Toda Criança Pode Aprender): "Vi um grupo de crianças brincando com bonecas e roupinhas. Um menino chegou para brincar com um super-herói e começou a dar banho e mamadeira para ele".

À vista disso, está na hora de acabar com a atribuição de gênero a cor e brinquedos. Para a criança o que dita as regras é o descobrir. Se dividimos a boneca para a menina e o carrinho para o menino, engendramos a infância de tal forma que quando um menino gosta de rosa e boneca, ele automaticamente se torna um caso atípico. Em se tratando de um mundo que luta por igualdade entre homens e mulheres, proporcionar uma infância, onde a menina possa gostar do Hulk e fazer a sua festa de aniversário dele em vez de unicórnios, é começar desde cedo a empoderá-las. E quando juntamos a ideia de brinquedos sem gênero com o avanço das bonecas negras, instrumentalizamos meios de concretização de um feminismo negro, combatendo o preconceito, o racismo, o machismo, a misoginia, declarando em alto e bom som que a diversidade veio para ficar.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Para educar crianças Feministas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. Disponivel em: <a href="http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Para-Educar-Crian%C3%A7as-Feministas.pdf">http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Para-Educar-Crian%C3%A7as-Feministas.pdf</a> > Acesso em: 15 de jul. de 2019.

ALEIXO, Isabela. *Construção da identidade*. *Noção de respeito*. *Por que livros infantis precisam ter protagonistas negros*. O Globo, 2019. Disponível em: <a href="https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/05/o-globo-07052019\_Construcao-da-identidade.-Nocao-de-respeito.-Por-que-livros-infantis-precisam-ter-protagonistas-negros-Jornal-O-Globo.pdf">https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/05/o-globo-07052019\_Construcao-da-identidade.-Nocao-de-respeito.-Por-que-livros-infantis-precisam-ter-protagonistas-negros-Jornal-O-Globo.pdf</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Mônica Sapucaia (Org.). *Mulheres*, *sociedade e vulnerabilidade* [recurso digital]. Erechim-RS: Deviant LTDA, 2017. 742 p.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*: promulgada dia 5 de outubro de 1988. Organização de texto: Lívia Céspedes. 17 edição. São Paulo: saraiva, 2017. 6 p. (VADE MECUM [compacto]).

*CAMPANHA cadê Nossa Boneca? Discute representatividade em curso de artesanato.* Avante, 2017. Disponível em: <a href="http://www.avante.org.br/campanha-cade-nossa-boneca-discute-representatividade-com-artesaos/">http://www.avante.org.br/campanha-cade-nossa-boneca-discute-representatividade-com-artesaos/</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

DA SILVA, Marcos Alves; TAVARES, Silvana Beline. *Gênero*, *sexualidade edireitoI*..Disponívelem:<a href="http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/t17s4zk6/f43Wn721xopIsu3M.pdf">http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/t17s4zk6/f43Wn721xopIsu3M.pdf</a> Acesso em: 21 de abril de 2019

DAVIS, Angela Y. *Democracia da Abolição:* Para além do império, das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009. 160 p. Título original: *Abolition Democracy*.

\_\_\_\_\_. *Mulheres, raça e classe* [recurso digital]. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. 237 p. Título original: *Women, race and class*.

*ESTUDO mostra a desigualdade de gênero e raça em 20 anos*. IPEA na mídia, São Paulo, 06 de mar. de 2017. Disponível em: <a href="http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?">http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?</a> option=com\_content&view=article&id=29526>. Acesso em: 15 de jul. de 2019.

FIGUEIREDO, Patrícia. Índice de suicídio entre jovens e adolescentes negros cresce e é 45% maior do que entre brancos. G1, 2019. Disponível em: <a href="https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/21/indice-de-suicidio-entre-jovens-e-adolescentes-negros-cresce-e-45percent-maior-do-que-entre-brancos.ghtml">https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/21/indice-de-suicidio-entre-jovens-e-adolescentes-negros-cresce-e-e-45percent-maior-do-que-entre-brancos.ghtml</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

FRANÇA, Danilo. et AL. *Dossiê: Mulheres negras Retrato das Condições de vida das Mulheres Negras no Brasil.* IPEA, Brasilia p. 109-111. 2013. ISSN: 978-85-7811-188-5. Disponível em: <a href="http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\_dossie\_mulheres\_negras.pdf">http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\_dossie\_mulheres\_negras.pdf</a> Acesso em: 15 jul. 2019. CDD 305.4880981.

FREITAS, Hyndara. *Apenas 3% das bonecas no mercado são negras, aponta estudo.* O Estado de S. Paulo. 01 de nov. de 2016. Disponível em:

<a href="https://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,apenas-3-das-bonecas-no-mercado-sao-negras-aponta-estudo,10000085868">https://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,apenas-3-das-bonecas-no-mercado-sao-negras-aponta-estudo,10000085868</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

GALVANI, Giovanna. *Como não cair na cilada de princesas e heróis dos brinquedos infantis.* Carta Capital. 06 de abr. de 2019. Disponível em:

<a href="https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-nao-cair-na-cilada-de-princesas-e-herois-dos-brinquedos-infantis/">https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-nao-cair-na-cilada-de-princesas-e-herois-dos-brinquedos-infantis/</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

HABERMAS, Jurgen. A Inclusão do Outro. 1 Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*: Trabalho doméstico remunerado. [2015 ?] Disponível em:

<a href="http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores">http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores</a> trabalho domestico remunerado.html> Acesso em: 13

de jul. de 2019.

MELERO, Maria Beatriz. *Em dois anos, número de vendas de bonecas negras não tem aumento*. Revista Claudia. 21 de maio de 2018. Disponível em: <a href="https://claudia.abril.com.br/noticias/vendas-bonecas-negras-nao-aumento/">https://claudia.abril.com.br/noticias/vendas-bonecas-negras-nao-aumento/</a> Acesso em: 12 de jul. de 2019.

NADER, Paulo. *Introdução do Estado do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2018.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte/MG: Letramento, 2017. 112 p.

ROSARIO, Mariana. *Uma atriz negra será a Pequena Sereia e tem gente que não gostou*. Veja São Paulo. 04 de jul. 2019. Disponível em: https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/filme-pequena-sereia-atriz-negra/ Acesso em: 17 jul. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero*, *patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

# MARCO TEÓRICO – CONCEITO, ANÁLISE E PONDERAÇÕES NO ÂMBITO DA PESQUISA JURÍDICA

CARNEIRO, Robyson Danilo<sup>1</sup> SANTIN, Valter Foleto<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente artigo propõe-se a analisar o tema "marco teórico", tendo como objetivo inicial delimitar um conceito para este elemento que deverá compor a pesquisa científica, afastando-o das definições de outros dispositivos, como as "referências bibliográficas", por exemplo. De início, será apresentada a função do marco teórico e seu posicionamento dentro da pesquisa, além dos critérios que trazem obrigatoriedade para sua utilização. Em seguida, serão apresentados sinônimos, que podem ser encontrados, conforme a área de atuação do pesquisador. Desse modo, verificar-se-á a necessidade de critério ao delimitar a teoria que fundamentará o trabalho acadêmico e a pesquisa científica. Por fim, serão apresentados exemplos de marcos teóricos, com o objetivo de posicionar o leitor, na tentativa de cessar qualquer dúvida que possa surgir em relação ao dispositivo. O desenvolvimento deste trabalho se deu a partir da utilização do método dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográficas, em obras de autores brasileiros e estrangeiros, além da consulta a periódicos científicos, realizando-se a compilação de ideias.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Teórico. Metodologia. Pesquisa Jurídica Científica.

#### RESUMEN

Este artículo propone analizar el tema "marco teórico", con el objetivo inicial de delimitar un concepto para este elemento que debe componer la investigación científica, lejos de las definiciones de otros dispositivos, como "referencias bibliográficas", por ejemplo. Al principio, se presentará la función del marco teórico y su posición dentro de la investigación, además de los criterios que lo hacen obligatorio para su uso. Luego, se presentarán los sinónimos, que se pueden encontrar, según el área de actividad del investigador. De esta manera, se verificará la necesidad de criterio al delimitar la teoría que fundamentará el trabajo académico y la investigación científica. Finalmente, se presentarán ejemplos de marcos teóricos, con el objetivo de posicionar al lector, en un intento de dejar cualquier duda que pueda surgir con respecto al dispositivo. El desarrollo de este trabajo se basó en el uso del método deductivo, con la realización de investigaciones bibliográficas, en trabajos de autores brasileños y extranjeros, además de la consulta a revistas científicas, realizándose la compilación de ideas.

PALABRAS CLAVE: Marco Teórico. Metodologia. Investigación Científica.

# **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Inicialmente salienta-se que o referido tema será apresentado, conforme posicionamento de estudiosos da área de metodologia da pesquisa científica, porém, frise-se que mesmo dentro desta

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica – PPCJ/UENP, Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UEPG, Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Curitiba. E-mail: robysondanilo@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito (Universidade de São Paulo - USP). Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Jacarezinho). Líder do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Procurador de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

área, outras posições divergentes existem, fazendo inclusive, oposição ao direcionamento aqui exposto.

Deste modo, vale a observação, de que não existe um posicionamento único sobre o assunto, haja vista, o número de especialistas, dos mais variados campos das ciências, que escrevem sobre metodologia da pesquisa.

Nesse contexto, ressalta-se que a principal intenção deste trabalho será delimitar um conceito e despertar a importância do assunto no desenvolvimento da pesquisa, permitindo uma padronização, critério essencial no desenvolvimento do trabalho científico.

Em um primeiro momento, será apresentado o tema "pesquisa científica no âmbito das ciências sociais", sua evolução, o panorama contemporâneo e as perspectivas futuras, concatenando a pesquisa jurídica, conforme definições da doutrina nacional e estrangeira.

Na sequência, analisar-se-á a importância da teoria, como base para a pesquisa, independentemente do tipo (qualitativa, quantitativa, estudo de caso), trazendo o rigor científico necessário para o trabalho que venha a ser produzido pelo investigador.

Ainda dentro do trabalho, ocorrerá a apresentação de sinônimos do termo "marco teórico" por parte de autores da metodologia da pesquisa, corroborando com a ideia de que a definição semântica do termo não encontra entendimento majoritário, mas a sua importância, servirá para direcionar a produção do trabalho que venha a ser desenvolvido.

Por fim, alguns exemplos serão apresentados, como objetivo de solidificar o entendimento a respeito do assunto, permitindo uma análise de comparação, para a definição do embasamento teórico na construção da pesquisa científica.

Trata-se de artigo científico de caráter explicativo, multimodal, desenvolvido por meio do método dedutivo. Vale salientar que quanto a técnica de investigação científica, foram realizadas pesquisas bibliográficas com consultas a livros, revistas, artigos e publicações periódicas. O marco teórico que serve de base para este trabalho, encontra-se no desenvolvimento dos estudos dos professores Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado e María del Pilar Baptista Lucio, que há muitos anos escrevem sobre o tema, principalmente a partir da autoria da obra: "Metodología de la investigación". <sup>3</sup>

## 1. DESENVOLVIMENTO

## 1.1 A Pesquisa Científica no Âmbito das Ciências Sociais

A relação entre pesquisa e ciência é indissolvível, na medida em que a ciência surge e

<sup>3</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6. ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2014.

evolui a partir da pesquisa. Esse pensamento encontra amparo na análise da evolução humana em busca do conhecimento, conforme estudos de Carlos Eduardo Meireles Matheus:

A pesquisa é a origem da ciência. A ciência decorre do desejo humano de conhecer e a pesquisa é o instrumento pelo qual a ciência progride. O conhecimento está na origem da história da humanidade e a pesquisa está na origem de tudo de novo que já se descobriu a respeito do mundo e da vida humana. <sup>4</sup>

Ainda nesse sentido, a pesquisa servirá como ferramenta na busca de algo que possa existir, ou que necessite-se para o desenvolvimento humano, podendo ser conjugada no corpo de outros verbos, como: procurar, indagar, investigar ou revelar. <sup>5</sup>

Marcelo Lamy entende que para a pesquisa científica ser assim definida, será necessário seu desenvolvimento, a partir de um processo metodológico predefinido e explicitado:

A pesquisa científica define-se essencialmente como um processo de busca de um conhecimento a partir de instrumentos e procedimentos controláveis e repetíveis por outrem. De outra forma, são tidas como respostas legítimas (científicas) para as questões da pesquisa, somente aquelas que sigam um instrumental e um método predefinido. Em definitivo, para que um projeto de pesquisa seja científico deve explicitar a metodologia. <sup>6</sup>

A metodologia da pesquisa científica, pode ser definida como: a atividade que tem por objetivo, responder a uma indagação proposta em relação a um assunto determinado, através de métodos científicos, vindo a produzir dados dotados de confiabilidade. <sup>7</sup>

O conhecimento científico obtido no processo metodológico tem como finalidade, na maioria das vezes, explicar e discutir um fenômeno baseado na verificação de uma ou mais hipóteses. Sendo assim, está diretamente vinculado a questões específicas na qual trata de explicá-las e relacioná-las com outros fatos.<sup>8</sup>

Dentro deste raciocínio, a obediência a metodologia apresenta-se como requisito indispensável no desenvolvimento da pesquisa, podendo atingir o *status* de normativa, inclusive no que tange a pesquisa jurídica.

As metodologias são orientações para conseguir objetivos, por isso são também normativas. A metodologia do direito, os ensinamentos dogmáticos para o sucesso das práticas jurídicas, não foge à regra. <sup>9</sup>

<sup>4</sup> MATHEUS, Carlos Eduardo Meireles. et al. *Teoria e prática da pesquisa aplicada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 21.

<sup>5</sup> *"Pesquisar* significa *procurar*, *indagar*, *investigar* ou, ainda, *revelar* algum conhecimento que se presume existir ou de que se necessita, como ferramenta para o crescimento ou para o desenvolvimento da vida." (MATHEUS, Carlos Eduardo Meireles. et al. *Teoria e prática da pesquisa aplicada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 21).

<sup>6</sup> LAMY, Marcelo. Metodologia da pesquisa jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 45.

<sup>7</sup> Botelho e Da Cruz apresentam a seguinte definição para pesquisa jurídica: "Podemos afirmar, de forma simples, que é toda atividade realizada para se descobrir a resposta de alguma indagação que temos a respeito de um assunto. Para obter a resposta, precisamos utilizar alguns meios que têm o respaldo nas ciências, pois se não for assim, não teremos dados finais confiáveis." (BOTELHO, Joacy Machado; DA CRUZ, Vilma Aparecida Gimenes. **Metodologia científica.** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p.39.).

<sup>8</sup> PRAÇA, Fabíola Silva Garcia. **Metodologia da pesquisa científica: organização estrutural e os desafios para redigir o trabalho de conclusão.** Revista Eletrônica "Diálogos Acadêmicos" (ISSN: 0486-6266). 08, nº 1, JAN-JUL, 2015. p. 73. Disponível em: http://www.uniesp.edu.br/fnsa/revista.

<sup>9</sup> ADEODATO, João Maurício. **Retórica analítica como metódica jurídica.** Argumenta – UENP. Jacarezinho. Nº 18. 2018. p. 14.

A falta de um rigor metodológico, no exercício da execução do trabalho científico, traduz um descompromisso com a importância da pesquisa, cristalizando uma gritante incompetência. <sup>10</sup>

O rigor será demonstrado a partir do método utilizado, que consiste na aplicação de técnicas sistematicamente empregadas no desenvolvimento da pesquisa.

Por óbvio, este método não é definido ou aplicado aleatoriamente, devendo respeitar o processo metodológico eleito, conforme ensinamentos de Antonio Joaquim Severino:

Uma infinidade de aparelhos tecnológicos enchem os laboratórios, desenvolvem-se variados procedimentos de observação, de experimentação, de coleta de dados, de registros de fatos, de levantamento, identificação e catalogação de documentos históricos, de cálculos estatísticos, de tabulação, de entrevistas, depoimentos, questionários etc. Mas todo esse sofisticado arsenal de técnicas não é usado aleatoriamente. Ao contrário, ele segue um cuidadoso plano de utilização, ou seja, ele cumpre um roteiro preciso, ele se dá em função de um *método*. A aplicação do instrumental tecnológico se dá em decorrência de um processo metodológico, da prática do método de pesquisa que está sendo usado. <sup>11</sup>

Na pesquisa jurídica, além dos elementos já descritos, o estudo se debruçará sobre o fenômeno jurídico, objeto que não encontra-se isolado de outros campos das ciências sócias, trazendo para este ramo de pesquisa, uma condição interdisciplinar.

A pesquisa no campo do direito capta o fenômeno jurídico na sua dimensão de objeto de conhecimento e como tal vinculado intimamente com objetos de outras ciências sociais. Nesse sentido, diz-se que a pesquisa jurídica precisa ter um viés interdisciplinar com a finalidade de ir lançando luz sobre uma ou mais facetas do fenômeno, que graficamente poderíamos representar como um poliedro. <sup>12</sup>

Tanto no campo jurídico, como em qualquer outra área de estudo, além dos componentes já apresentados, haverá necessidade de apresentação de um embasamento teórico, que solidificará a pesquisa, enriquecendo e trazendo-lhe cientificidade.

# 2.2 Embasamento Teórico como Critério de Cientificidade

Dentre os critérios que serão analisados, posicionando um trabalho no campo científico, ou não, está o uso de uma teoria nas reflexões do pesquisador durante toda a execução da pesquisa.

João Bosco Medeiros entende que: "A teoria caracteriza-se como conjunto de princípios de uma ciência, ou conjunto de tentativas de explicação de um número limitado de fenômenos. Apenas a mente humana que possui teorias é capaz de distinguir, entre inúmeros fatos, aqueles que são relevantes."

A concepção de teoria (e de metodologia, conforme visto anteriormente) concebida por

Para Pedro Demo: "Metodologia é disciplina instrumental para o cientista social. Alguns se dedicam a ela especificamente e fazem dela um campo próprio de pesquisa. Mas, apesar de instrumental, é condição necessária para a competência científica, porque poucas coisas cristalizam incompetência mais gritante do que a despreocupação metodológica." (DEMO, Pedro. **Metodologia científica.** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p.59.).

<sup>11</sup> SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 63.

<sup>12</sup> FONSECA, Maria Piragibe Guadalupe da. Iniciação a pesquisa do direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.18.

Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, em obra que aborda o tema "Metodologia científica", corrobora com esse entendimento:

Teoria, aqui, é considerada toda generalização relativa a fenômenos físicos ou sociais, estabelecida com o rigor científico necessário para que possa servir de base segura à interpretação da realidade; metodologia, por sua vez, engloba métodos de abordagem e de procedimento e técnicas. Assim, a teoria do materialismo histórico, o Método de abordagem dialético, os métodos de procedimento histórico e comparativo, juntamente com técnicas específicas de coleta de dados, formam o quadro de referência marxista. Outro exemplo diz respeito à teoria da evolução (Darwin), juntamente com Método de abordagem indutivo, método de procedimento comparativo e respectivas técnicas (quadro de referência evolucionista). <sup>13</sup>

O conceito de teoria, como ferramenta que servirá para explicar e prever fenômenos, que vão especificar as relações entre as variáveis, permite compreender a importância da definição teórica para o estudo em andamento, servindo ainda, para sistematizar o conhecimento produzido.

Una teoría es un conjunto de conceptos, definiciones y proposiciones vinculados entre sí, que presentan un punto de vista sistemático de fenómenos que especifican relaciones entre variables, con el objetivo de explicar y predecir estos fenómenos. <sup>14</sup>

Além de utilizar uma teoria, o pesquisador deverá explicitá-la, demonstrando a importância que possui para o trabalho científico, permitindo, inclusive, sua utilização por outras pessoas, quando deparados com problemas semelhantes aos enfrentados no desenvolvimento da pesquisa.

La falta de explicitación de la teoría (que, aunque está presente, queda oculta) hace perder eficacia al proceso de investigación; no permite llegar a conocimientos generales (principios, leyes, axiomas) con los cuales se podría proceder más rápidamente ante otros problemas semejantes.<sup>15</sup>

## 2.3 Definição de Marco Teórico e sua Aplicação na Pesquisa Científica

Nesse sentido, o marco teórico se apresentará, como uma teoria que permitirá a descrição, compreensão, explicação e interpretação dos resultados alcançados na pesquisa científica.

El marco encuadra una pintura, la ubica, la contiene, le da un centro, la hace relevante. Análogamente, un marco teórico es lo que encuadra, contiene, ubica y hace relevante el sentido del problema. Una teoría, en cuanto permite describir, comprender, explicar e interpretar los problemas, les da a los mismos un marco. <sup>16</sup>

O enquadramento teórico, para desenvolvimento de uma pesquisa metodologicamente desenvolvida, trata-se de requisito necessário para sua compreensão, não havendo um sentido epistemológico, a discussão da metodologia fora dos ditames teóricos empregados.

De fato, reconhece-se, hoje, que a metodologia não tem *status* próprio, precisando ser definida em um contexto teórico-metodológico. Em outras palavras, abandonou-se (ou

<sup>13</sup> MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.112. (Além da concepção de Teoria, os exemplos aqui atribuídos, como "o quadro de referência marxista" e a "teoria da evolução (Darwin)", serão úteis no estudo do marco teórico, apresentado de forma mais explícita na sequência do trabalho.)

<sup>14</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6. ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2014. p. 83.

DAROS, William R. **Qué es un marco teórico?** Enfoques, vol. XIV, núm. 1. Libertador San Martín: Universidad Adventista del Plata, 2002. p. 76. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25914108.

<sup>16</sup> Idem. p. 80.

vem-se abandonando) a ideia de que faça qualquer sentido discutir a metodologia fora de um quadro de referência teórico que, por sua vez, é condicionado por pressupostos epistemológicos. <sup>17</sup>

A elaboração do marco teórico ocorrerá a partir da revisão da literatura, que deverá estar relacionada com o problema de investigação.

Para elaborar el marco teórico es necesario detectar, obtener y consultar la literatura (documentos) pertinente para el problema de investigación, así como extraer y recopilar la información de interés. La revisión de la literatura puede iniciarse manualmente o acudiendo a bancos de datos y referencias a los que se tenga acceso mediante internet, utilizando palabras clave.

Al recopilar información de referencias es posible extraer uma o varias ideas, datos, opiniones, resultados, etcétera. <sup>18</sup>

É possível concluir-se, portanto, que marco teórico e revisão da literatura (ou revisão bibliográfica) não são sinônimos, embora gerem alguma confusão entre os pesquisadores menos experientes.

Dentre os estudiosos do tema, existem aqueles que compreendem marco teórico e referencial teórico como termos semelhantes, é o caso de Marcelo Lamy, que traz uma distinção, apenas em relação ao propósito de cada tipo de pesquisa em que o componente é aplicado:

REFERENCIAL TEÓRICO é o componente que desvela os pressupostos do pesquisador, até mesmo sua concepção de mundo. Não deixa de ser, por outro lado, uma nova forma de delimitação da pesquisa, pois a abordagem teórica orienta o caminho da análise e, em grande medida, condiciona os resultados.

Em termos gerais, os pressupostos teóricos podem ser traduzidos por uma linha de pensamento ou por um conjunto delimitado de pensadores.

Nas pesquisas que se propõem a demonstrar uma teoria, chamar-se-á marco teórico. Nas pesquisas desveladoras de facetas não pensadas, marco referencial.  $^{19}$ 

Para Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, não há que se fazer distinção entre os termos.

Como já se disse, uma pesquisa inicia-se sempre, a partir do surgimento ou constituição de um problema teórico ou prático. E o marco teórico deve ser considerado desde essa problematização inicial. Assim, o referencial teórico constitui-se como elemento de controle, não só do problema, como de toda a pesquisa. <sup>20</sup>

As autoras apresentam uma definição para o tema, limitando o marco teórico ao fundamento teórico que rege toda a produção de determinado autor, ou uma de suas obras:

Marco teórico é uma afirmação específica de determinado teórico, não de sua obra. [...] Podemos, também, entender como marco teórico a concepção que fundamenta uma ou toda obra de determinado autor. Mas, não estamos nos referindo à obra como um todo que se constitui, quase sempre, de um conjunto heterogêneo de argumentações e de explicações. Referimo-nos ao fundamento teórico de toda produção do autor ou de uma de suas obras. <sup>21</sup>

<sup>17</sup> LUNA, Sérgio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa: uma introdução.** 2. ed. São Paulo: EDUC, 2003. p.11.

<sup>18</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar *Metodología de la investigación*. 6. ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2014. p. 83.

<sup>19</sup> LAMY, Marcelo. Metodologia da pesquisa jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 44.

<sup>20</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006. p. 36.

<sup>21</sup> Idem. p. 37.

Para Marco Antônio Moreira, além de não ser apenas um compilado de citações, ou uma proposta de vários autores, essa prática demonstra falta de conhecimento a respeito do assunto por parte do pesquisador:

Registre-se, no entanto, que assim como a revisão da literatura não deve ser uma mera coletânea de artigos, o marco teórico não pode ser apenas uma colagem de propostas de vários autores. Aliás, é comum encontrar-se, em dissertações e teses, uma sequência de citações a título de fundamentação teórica. Não é disso que se está falando aqui, tal sequência é inútil e revela desconhecimento da área. <sup>22</sup>

Para o autor, o marco teórico trata-se de "um conjunto articulado de pressupostos teóricos", alcançado mediante a revisão da literatura, prática esta, que permitirá ao pesquisador se dar conta de quais os referenciais teóricos (tratados também pelo autor como sinônimo de marco teórico) têm servido como base para as pesquisas na área escolhida.<sup>23</sup>

A respeito da importância da definição de um marco teórico, Gustin e Dias atribuem a esse elemento, o direcionamento que será dado ao projeto de pesquisa, sendo influente em relação a escolha dos procedimentos, da metodologia, além da definição do problema a ser investigado na pesquisa científica.<sup>24</sup>

Para Mirian Goldenberg, a definição do referencial teórico trata-se de importante passo na elaboração da pesquisa científica, devendo ocorrer no início do processo de construção do projeto, sendo requisito para a delimitação do problema que será investigado. <sup>25</sup>

Em concordância com os autores supracitados, Antonio Joaquim Severino, entende que o referencial teórico implicará uma opção epistemológica básica, sendo relevante em relação a opção pela metodologia que será aplicada. <sup>26</sup>

Antonio Carlos Gil atribui ao referencial teórico grande importância, pois entende que para realizar a organização de dados (chamada por ele de categorização), um dos requisitos é a concatenação a partir do referencial. A categorização será o elemento que permitirá tomada de decisões e a elaboração de conclusões dentro da pesquisa científica. <sup>27</sup>

## 2.4 Exemplos de Marco Teórico

Na tentativa de solidificar o entendimento sobre o tema, apresentaremos alguns exemplos, que são trazidos pelos autores, nacionais e estrangeiros, que embasaram este trabalho.

<sup>22</sup> MOREIRA, Marco Antonio. **Metodologias da pesquisa em ensino.** São Paulo: Livraria da Física, 2011. p. 216.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006. p. 37.

<sup>25</sup> GOLDENBER, Mirian. **A arte de pesquisar: Como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais.** 8ª ed. São Paulo: Record, 2004. p. 106.

<sup>26</sup> SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2014.p 139.

<sup>27</sup> GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.p 134.

O primeiro destes exemplos, vem do estudo de Sampieri, Collado e Baptista, e refere-se à pesquisa sobre namoro, realizada por uma jovem estudante chamada Mariana. Os autores tratam inicialmente do desenvolvimento da perspectiva teórica, que segundo eles, é o processo que auxiliará no desenvolvimento do problema da pesquisa, e de um produto, o marco teórico. <sup>28</sup>

Se a jovem, Mariana seguisse os passos que sugerimos para desenvolver sua perspectiva teórica, realizaria as seguintes ações:

1. Iria a um cybercafé, ao setor de informática de sua universidade ou utilizaria seu próprio computador e se conectaria a vários meios de referências. Buscaria referencias dos cinco últimos anos em PsyclNFO (Psychological Abstracts), SAGE Journals e Sociological Abstracts (que seriam os bancos de dados indicados), utilizando as palavras-chave ou guias: atraction (atracão), close (proximidade), relationships (relacionamentos) e similarity (semelhança), tanto em sua língua como em inglês. Se tivesse feito isso em 2009, logo de cara descobriria que existem dezenas de referências (desse ano para trás, muitas delas gratuitas), que existem revistas que abordam o tema como a Journal of Youth & Adolescence, Journal of Personality and Social Psychology e Journal of Social and Personal Reiationship, assim como diversos livros. Além disso, escreveria ou enviaria um e-mail para alguma associação nacional ou internacional para pedir informações a esse respeito. <sup>29</sup>

De posse das referências bibliográficas que conseguiu alcançar, partiria para as demais etapas, sendo criteriosa na definição dos itens que constituiriam seu marco teórico.

- 2. Selecionaria apenas as referências que abordassem a semelhança nas relações interpessoais, principalmente as que se referem ao namoro.
- 3. Construiria seu marco teórico sobre a seguinte generalização empírica, sugerida peia literatura apropriada: "As pessoas tendem a selecionar, para suas relações interpessoais heterossexuais. Indivíduos semelhantes a elas no que se refere à educação, nível socioeconômico, raça, religião, saúde, cultura, atitudes e até mesmo atrativo físico e psíquico". Ou seja, a semelhança entre duas pessoas do sexo oposto aumenta a possiblidade de que estabeleçam uma relação interpessoal, como seria o caso do namoro. <sup>30</sup>

Segundo os autores, ao construir o marco teórico, o desenvolvimento do trabalho estará vinculado a um critério, que será obedecido durante o desenvolvimento de toda a pesquisa científica.

Gustin e Dias trazem diversos exemplos em sua obra, que didaticamente auxiliam a compreensão de sua concepção sobre o tema. O exemplo apresentado pelas autoras, que retrata a tentativa de reposta ao problema da existência de violência na região central do município de Belo Horizonte, permite uma melhor compreensão.

Para visualizarmos a importância do marco teórico na realização de uma pesquisa científica vejamos o seguinte exemplo prático. Imaginemos que um pesquisador queira realizar uma investigação científica com o objetivo de demonstrar que o centro de Belo Horizonte é violento. A primeira pergunta a ser feita para a realização dessa pesquisa seria a seguinte: existe violência no centro de Belo Horizonte? Como metodologia inicial imagina-se a realização de uma pesquisa empírica para a verificação objetiva do fenômeno, uma vez que, tendo sido feita uma pesquisa bibliográfica, nenhum dado foi encontrado (ou ainda, os dados encontrados estavam ultrapassados) que respondesse, de forma incisiva, a questão

<sup>28</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar *Metodología de la investigación*. 6. ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2014. p. 60.

<sup>29</sup> SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar *Metodologia da pesquisa*. 5. ed. Porto alegre: Penso, 2013. p. 94.

<sup>30</sup> Idem.

posta. O pesquisador resolveu, então, frequentar o centro da cidade todos os dias durante um mês para observar, num ponto determinado, a existência ou não de violência. A que conclusões ele poderia chegar no final do período? O que ele poderia ter observado? Provavelmente, ele deve ter observado o trânsito, o fluxo de pedestres, possivelmente alguns atos de agressão, poluição sonora, visual, sujeira, animais soltos, vendedores, um assalto a banco, um bem do patrimônio histórico e cultural sendo demolido, entre inúmeros outros fenômenos. Através desse procedimento ele estaria em condições de responder se existe violência no centro de Belo Horizonte? Acreditamos que não, visto que faltou o ponto de partida da pesquisa enunciado através de um referencial teórico. <sup>31</sup>

Embora dotada de critérios e de um exaustivo trabalho, fica demonstrado que para que a pesquisa se revista de cientificidade, precisará possuir dentre seus requisitos, de um referencial teórico, não podendo querer se solidificar apenas a partir do empirismo, pois se tornaria uma pesquisa precária. Nesse sentido, alguns questionamentos a respeito dos termos estudados permite uma melhor compreensão.

Em primeiro lugar o pesquisador deveria responder: o que posso entender por violência? Qual a pesquisa já realizada me fornece um conceito "teórico", "abstrato", sobre violência? Qual o doutrinador estaria legitimado a fornecer uma explicação incisiva para o fenômeno da violência? Qual o conceito definitivo de violência o pesquisador assumiria? Respondidas essas questões, pode-se considerar encontrado o marco teórico da pesquisa. <sup>32</sup> (grifo nosso)

O termo violência, aqui exemplificado, poderia ser analisado a partir de diversos ângulos, porém, ao definir o marco teórico, essas diversas possibilidades se reduzem, as questões são respondidas, e a pesquisa passa a ter uma robustez científica.

Para um melhor discernimento, evitando a confusão entre os dispositivos, Gustin e Dias apresentam ainda as diferenciações entre "marco teórico" e "pressupostos conceituais já aceitos":

Não devemos confundir "marco teórico" com "pressupostos conceituais já aceitos". O primeiro, como vimos, é o ponto de partida de uma investigação, isso quer dizer que, o mesmo problema de pesquisa, se tomado sob enfoques teóricos diversos, provavelmente encontrará soluções igualmente diferentes ao problema. **Os pressupostos conceituais, por sua vez, são conceitos que não serão objeto de questionamento pela pesquisa.** <sup>33</sup> (grifo nosso)

Os pressupostos conceituais são entendidos aqui, como termos que não necessitam de uma melhor definição, sendo suficiente o entendimento que se pode colher de sua definição de uma forma geral.

No tema de pesquisa "A aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais", o termo "princípio da insignificância" necessitaria de um marco teórico de guia para a pesquisa, que respondesse: o que está se entendendo por princípio nessa pesquisa? Tem força de norma jurídica? Qual o seu papel no ordenamento jurídico? O que significa princípio da insignificância? Ou da bagatela? E assim por diante... Essas perguntas servem de guia ao pesquisador para encontrar o seu marco teórico de pesquisa. No que diz respeito ao termo "crimes ambientais", posso compreendê-los como pressuposto conceitual de minha pesquisa, entendendo-os como aqueles que estão definidos na legislação penal, sem questioná-los ou problematizá-los. Nesse sentido, podemos afirmar que determinado termo

<sup>31</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006. p. 39.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Idem. p. 40.

que necessita ser explicitado pelo marco teórico numa pesquisa, pode ser tido como pressuposto conceitual em outra.  $^{34}$ 

A exemplificação a seguir, destina-se a facilitar a compreensão, permitindo-se demonstrar a importância do marco teórico para o devido direcionamento pretendido, relevando-se os conceitos anteriormente desprezados, em virtude da contextualização que a nova pesquisa possa adotar.

A contextualização em que os termos serão empregados, podem trazer uma variação na compreensão que recairá sobre cada dispositivo, atribuindo a necessidade, conforme o caso, de análise a partir do marco teórico que revestirá a pesquisa.

Aproveitando o exemplo dado, imaginemos que o objetivo de uma outra pesquisa seja determinar o conceito de "crimes ambientais" e seu significado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O termo "crime ambiental" já necessitaria passar sob o crivo do marco teórico, ou seja, qual a teoria do "crime" está sendo adotada como referencial teórico para confrontá-lo à noção de maio ambiente? <sup>35</sup>

Alguns termos no âmbito das pesquisas jurídicas terão a necessidade de informação a respeito da contextualização em que serão empregados, em virtude das várias interpretações que são atribuídas, conforme a teoria eleita. Nesse contexto, a definição do marco teórico servirá para delimitar e direcionar o estudo, facilitando a compreensão.

Existem termos a serem utilizados numa pesquisa jurídica que, quase sempre, necessitam de uma matriz teórica de apoio, tais como, democracia, federalismo, estado, soberania, crime, pena, autonomia, responsabilidade, direito, justiça, lei, ordenamento jurídico, norma jurídica, princípio, pluralismo jurídico, cidadania, direitos humanos, direitos fundamentais, eficiência, estado democrático de direito, bioética, entre inúmeros outros conceitos. <sup>36</sup>

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inicialmente, nota-se que no âmbito da pesquisa científica, faz-se necessário como elemento que trará critério de cientificidade, a existência de um embasamento teórico, não admitindo-se, constituição de um estudo, apenas com base no empirismo, ou em um apanhado de trechos bibliográficos, por exemplo.

Deve-se conceber, que além da presença teórica, é essencial a explicitação do referencial teórico que está sendo aplicado, pois esta conduta permitirá o enfrentamento de problemas semelhantes que possam surgir, com os instrumentos elencados na pesquisa, generalizando a utilização dos resultados alcançados no estudo realizado.

Além do termo marco teórico, alguns autores aplicam outras nomenclaturas com o mesmo significado, como: referencial teórico ou marco referencial, Importante salientar, que o pesquisador precisará analisar o posicionamento dos autores, para verificar se realmente tratam-se do mesmo

<sup>34</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006. p. 39.

<sup>35</sup> Idem. p. 40.

<sup>36</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006. p. 40.

assunto.

Não se refere o marco teórico simplesmente de uma referência bibliográfica, ou da bibliografia utilizada na pesquisa, embora esta possa conter o referencial teórico em seu escopo, haja vista, este normalmente ser encontrado em alguma obra literária, como fundamentação para um pensamento, obra, ou posicionamento de algum autor. Salienta-se porém, que não se trata o marco teórico, apenas da citação de um autor, ou de uma de suas obras, trazendo a necessidade de uma busca mais aprofundada e circunstanciada.

Por fim, deve haver a compreensão de que o marco teórico precisa embasar todo o estudo realizado pelo pesquisador, desde a definição do problema, até a consolidação das hipóteses, as tomadas de decisões e as conclusões alcançadas na realização da pesquisa científica, todos os passos devem permear o caminho indicado pelo marco teórico.

A construção do marco teórico consolidará a rigidez do processo de elaboração necessária para o desenvolvimento da pesquisa, definindo o direcionamento do procedimento metodológico que será aplicado, na busca por um resultado científico e objetivo, alcançado através da verificação sistemática necessária.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Retórica analítica como metódica jurídica**. Argumenta – UENP. Jacarezinho. Nº 18. 2018.

BOTELHO, Joacy Machado; DA CRUZ, Vilma Aparecida Gimenes. **Metodologia científica**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

DEMO, Pedro. Metodologia científica. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

DAROS, William R. **Qué es un marco teórico?** Enfoques, vol. XIV, núm. 1. Libertador San Martín: Universidad Adventista del Plata, 2002.

FONSECA, Maria Piragibe Guadalupe da. **Iniciação a pesquisa do direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOLDENBER, Mirian. **A arte de pesquisar: Como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais.** 8ª ed. São Paulo: Record, 2004.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 2ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2006.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2003.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATHEUS, Carlos Eduardo Meireles. et al. **Teoria e prática da pesquisa aplicada.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRAÇA, Fabíola Silva Garcia. **Metodologia da pesquisa científica: organização estrutural e os desafios para redigir o trabalho de conclusão.** Revista Eletrônica "Diálogos Acadêmicos" (ISSN: 0486-6266). 08, nº 1, JAN-JUL, 2015.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar. **Metodologia da pesquisa.** 5. ed. Porto alegre: Penso, 2013.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; BAPTISTA, María del Pilar. **Metodología de la investigación.** 6. ed. Ciudad de México: Mc Graw Hill Education, 2014.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

# MOEDAS VIRTUAIS – ASPECTOS REGULATÓRIOS

Pedro Artoni Carvalho LUCAS<sup>1</sup>
Guilherme Prado Bohac de HARO<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este artigo versa sobre o intrincado tema das criptomoedas e sua regulamentação, nacional e internacional, explica o seu funcionamento, apresenta seus principais exemplares, apresentando um panorama sobre os criptoativos, bem como analisa a fundo as legislações nacionais e correlacionando-as às internacionais, na busca de uma melhor solução aos interesses particulares e estatais quanto às criptomoedas, ainda neste esteio, busca analisar a jurisprudência pátria, e verificar a aplicabilidade das criptomoedas no panorama econômico e jurídico brasileiro, e ressalta os principais problemas que surgem com o aumento de seu uso como meio de pagamento ou ativo mobiliário, tecendo por fim, conclusão quanto os avanços e empregos dessa tecnologia.

**PALAVRAS-CHAVES:** Criptomoedas. Regulamentação. Brasil.

#### **ABSTRACT**

This article is about the intrincate theme of the cryptocurrencies and their regulation, national and internacional, explain its operation, present its main copies, and a global panorama of the approach from the cryptocurrencies, and a depth analyze of the national legislation and the relating them to the international ones, searching for a better solution to the private and state interests as to the cryptocurrencies, still in this mainstay, seeks to analyze the jurisprudence of the country and to verify the applicability of the crypto-coins in the Brazilian economic and legal overview, and highlights the main problems that arise with the increase of its usage as a mean of payment or asset furniture and concluding at the last the advances and uses of this technology.

**KEYWORDS:** Cryptocurrencies. Regulation. Brazil.

# 1. INTRODUÇÃO

O estudo foi desenvolvido com o objetivo de compreender e explicar o fenômeno das criptomoedas e como estas se inserem e se desenvolvem no ordenamento jurídico atual.

O primeiro capítulo trata do seu surgimento, bem como das principais moedas existentes. Aborda-se, ainda, detalhadamente, o sistema do *blockchain* do Bitcoin, que foi a base para a criação de todos os outros, sendo explicado termos técnicos e traçando analogias com situações corriqueiras, para facilitar o entendimento. Por fim, faz uma análise aprofundada de cada uma dos principais criptoativos, analisando suas vantagens e inovações, bem como explica seu

<sup>1</sup> Discente do 9º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Aluno Especial da Pós Graduação Stricto Sensu (Doutorado) da Universidade de Marília – UNIMAR. Aluno Especial da Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Docente pela Toledo Prudente Centro Universitário e ministra aulas em cursos preparatórios para Concursos. É advogado, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial.

funcionamento.

O segundo capítulo traz a temática da regulamentação jurídica pelo mundo, trazendo o posicionamento dos principais países e fazendo uma crítica sobre sua abordagem.

O último capitulo refere-se às legislações brasileira, analisando profundamente cada uma delas, e, após apresentação de razões e críticas, fazendo uma conclusão, sobre a abordagem brasileira.

O trabalho foi estruturado sob o método dedutivo, pela revisitação da teoria sobre o tema e apresentação de novas premissas a serem confirmadas ao longo do trabalho.

## 2. SURGIMENTO E CRESCIMENTO DAS CRIPTOMOEDAS

Para iniciar este trabalho, é necessário inserir, brevemente, o contexto histórico de seu surgimento, que ocorre por volta de 2009, quando Satoshi Nakamoto, o qual não é identificado, podendo ser uma pessoa ou grupo de pessoas, criou o tão famoso Bitcoin, e seu *blockchain*.

Em 2008 o mundo era assolado pela crise da bolsa de Nova York, nesta época o mundo passava por um momento de incertezas, e principalmente de descrença nas instituições bancárias.

Com isto em mente, tivemos o lançamento do *white paper*<sup>3</sup>, que deu início à esta revolução, neste documento, foi explicado o funcionamento do *blockchain*, o qual contém demonstrações matemáticas, que explicam a segurança do sistema, além de trazer as vantagens do uso do projeto.

De plano devemos explicar, que o Bitcoin não foi a invenção da moeda digital, mas a invenção do chamado *blockchain*, onde conforme será demonstrado posteriormente, guarda a verdadeira revolução desta era. Antes do Bitcoin, existiram outras criptomoedas incipientes, que tinham um problema que se revelava insolúvel, qual seja, o *double spending*, que é a possibilidade de se gastar a mesma criptomoeda várias vezes, fazendo que a moeda não tivesse valor nenhum, pois no momento em que era possível gastar a mesma moeda infinitas vezes, não há possibilidade um mercado nem de se realizar transações.

A revolução do bitcoin e de seu *blockchain*, foi resolver este problema, de uma forma que será trada no ínterim deste artigo.

Assim, esta é uma breve introdução sobre o assunto deste trabalho.

Hoje em dia, existem incontáveis criptomoedas, pois não há uma regulamentação centralizada e há pouca dificuldade em se criar uma nova. Assim, surgiram uma infinidade de moedas, as quais nem sempre tem a qualidade e força para se manter e prosperar, com isto em mente, iremos nos ater apenas as 10 principais/mais valiosas, quais sejam:

<sup>3</sup> Disponível em: (https://bitcoin.org/bitcoin.pdf). Acesso em, 17.04.2019.

- Bitcoin;
- Ethereum;
- XRP;
- EOS;
- Litecoin;
- Binance Coin;
- Stellar;
- Cardano;

Antes de explorarmos cada uma delas, é necessário fazer uma breve pausa em nossa explicação sobre a "obra" (criptomoedas) e nos debruçarmos sobre a "fundação" (*blockchain*).

#### 2.1 Blockchain

O *Blockchain* é na realidade como um banco de dados mundial, e descentralizado, no qual todas as pessoas podem escrever e verificar as operações que lá estão discriminadas.

Essas verificações funcionam por meio de contas matemáticas feitas por computadores (usuários) que validam as transações feitas no sistema. As validações por sua vez não são tão simples, explico:

O objetivo primário do *blockchain* era a descentralização das operações monetárias, de forma que não mais ficariam dependentes das instituições financeiras, possibilitando que pessoas façam transações financeiras de qualquer lugar do mundo a custo quase zero e sem a interferência ou dependência de uma instituição financeira. Porém, existiam alguns problemas, quais sejam: a falta de segurança e a possibilidade de um *double-spending*, que nada mais é que a possibilidade de uma pessoa gastar a mesma moeda em duas operações diferentes.

Desta feita, para solucionar este problema, surgiram as verificações, que ocorrem por meio de *hashes* (nada mais é que uma anotação de um acontecimento na cadeia de dados, que funciona como um registro na matricula de um imóvel), esses *hashes* indicam que uma transação ocorreu, e geram um "código", este código por sua vez é imutável, e assim dá segurança à operação.

Outra inovação importante foi o conceito de "nós", pelos quais um nó contém a sua informação, bem como o *hash* do anterior, interligando assim os nós para formar uma corrente.

Esta corrente por sua vez é gravada na moeda digital, possibilitando assim que todos os compradores verifiquem a validade das transações anteriores, e ao mesmo tempo a validade desta transação.

É importante ressaltar um outro problema, que era a possibilidade de ataque ao sistema, e para isso, o *blockchain* inovou novamente, e para explicar de forma mais simples, utilizaremos a

analogia de uma batalha, pois, quanto mais componentes um exército tem, maior suas chances de vencer um exército menor, não é impossível uma derrota (ataque ao sistema), porém quanto maior a diferença entre o poder e um e outro, maior a chance de vitória.

Da mesma forma ocorre no *blockchain*, onde conta com diversos colaboradores/usuários, que emprestam seu "poder computacional", que nada mais é que a sua capacidade de processamento de dados de um computador, para o sistema, verificando as informações de maneira mais rápida para formar novos nós. E ao mesmo tempo é recompensado com a criptomoeda que está verificando, e assim, quanto mais computadores verificando, e emprestando capacidade de processamento, maior a segurança do sistema. Esta parte é referida como "mineração", que não é realmente "caçar" ou "minerar" as criptomoedas, mas na realidade é o ato de ajudar a verificar os blocos com seu poder computacional.

Devemos ressaltar que cada uma das criptomoedas tem seu próprio sistema de *blockchain*, este explicado é o sistema do Bitcoin, que usa a tecnologia do *proof-of-work* (prova de trabalho), porém existem outras técnicas como o *proof-of-stake* (prova de confiança), que é uma tecnologia onde a verificação não ocorre por meio de resolução de fórmulas matemáticas, mas por meio de uma verificação baseada na credibilidade do verificador, esta é uma tecnologia mais recente, e ainda apresenta problemas, porém é dispensável uma análise mais aprofundada.

Após esta breve explicação, sobre a base do sistema de criptomoedas, iremos analisar as moedas em si.

# 2.2 Criptomoedas em espécie

A princípio, iremos analisar o bitcoin.

#### 2.2.1 Bitcoin

O Bitcoin foi a moeda que iniciou esta revolução das criptomoedas, entretanto não foi a primeira, mas sim a responsável por resolver o problema do *double-spending*, é também a mais famosa, bem como a mais valiosa<sup>4</sup>, chegando ao ponto de em alguns *sites* de investimento servir como indexador de todo o sistema de criptomoedas.

Ao falar sobre o Bitcoin, bem como sobre sua criação, devemos fazer um apontamento para Satoshi Nakamoto, que é o seu criador, porém ninguém sabe ao certo quem é esta pessoa/grupo de pessoas, o que se sabe apenas é que se afastou do controle do Bitcoin, e que teria divido o controle entre várias pessoas. Ao longo do tempo, várias pessoas alegaram ser Nakamoto, porém nenhum conseguiu provar.

<sup>4</sup> Disponível em: (https://www.infomoney.com.br/cryptos/cotacoes). Aceso em: 17 de abril de 2019.

O Bitcoin foi apresentado por Nakamoto em 31 de outubro de 2008, por meio de um *white paper* que está disponível no site (https://bitcoin.org/bitcoin.pdf), e nesse artigo ele explica o funcionamento do blockchain, bem como apresenta o bitcoin.

Posteriormente, Nakamoto criou o *bitcoin talk* (https://bitcointalk.org/), que hoje em dia é o maior fórum de criptomoedas do mundo, e onde os usuários compartilhar conhecimento.

O bitcoin, foi registrado em um site de *crowdfounding* (https://sourceforge.net/projects/bitcoin/), e, em janeiro de 2009, o bloco gênesis foi minerado, bem como foi liberado a versão 0.1 do sistema, e logo após houve a primeira transferência de Bitcoins, com destino a Hal Finney, que foi também um dos primeiros a "minerar" Bitcoins. Em outubro de 2009 o bitcoin teve sua primeira taxa de câmbio, sendo que cada dólar valia 1.309,03 Bitcoin (US\$ 1,00 = 1.309,03 BTC).

Desde então o bitcoin tem se desenvolvido, e sua cotação atual, leia-se, no momento da consulta em 08 de abril de 2019, segundo os sites Coin Market e Info Money, é de R\$ 16.605,62 (dezesseis mil, seiscentos e cinco reais e sessenta e dois centavos), ou US\$ 4.095,02 (quatro mil e noventa e cinco dólares e dois cents).

#### 2.2.2 Ethereum

A Ethereum é diferente do bitcoin principalmente em sua concepção, pois, enquanto o Bitcoin foi concebido para funcionar como moeda, como forma de pagamento, a Ethereum funciona como um universo inteiro, onde podemos desenvolver qualquer coisa, seja um *smart-contract*, *token* ou moeda.

A ideia é de uma rede em que pode ser feita qualquer coisa, isto é, qualquer pessoa pode criar uma "empresa", que aqui será denominada como *smart-contract*, que irá funcionar dentro do sistema (Ethereum) sem a necessidade de intermediários, executando suas funções, de venda, serviços, qualquer coisa para a qual esteja programado, e em troca receberá a contraprestação, que na Ethereum é chamada de Ether, que funciona como uma moeda dentro do sistema.

Desta forma o sistema se mantém, enquanto houverem aplicações (*smart-contracts*), não se desperdiçando nada.

Os Tokens são uma revolução importantíssima também, eles podem ser vinculados a um *smart-contract*, ou então a um bem corpóreo, dando mais materialidade às possibilidades da Ethereum.

## 2.2.2.1 Binance coin

O Binance coin, foi um *token* liberado e "rodado" na rede Ethereum, que serve basicamente como uma moeda, mas que segundo os próprios criadores tem a capacidade de ter várias outras utilidades. Esta moeda está em estágio inicial, e no momento serve para pagar transações de ativos com desconto no sistema da Binance.

O Binance Coin traz uma nova ideia de validação, qual seja, o *proof-of-burn*, pelo qual o validador "queima" uma quantidade de moedas para provar e validar aquela transação, desestimulando a fraude, uma vez que a própria moeda está sendo queimada na ação.

# 2.2.3 Ripple - XRP

O XRP, que é a moeda do sistema Ripple, o qual, assim como o Ethereum, é a parte mais importante e relevante desta criptomoeda, pois o XRP não é totalmente descentralizado como as outras moedas, ou tem o objetivo de acabar com as instituições intermediadoras, mas pelo contrário, ele pega a tecnologia blockchain e entrega nas mãos dos bancos e grandes empresas.

O sistema Ripple pertence a uma empresa chamada Ripple Labs, que detinha no princípio do sistema 80% de todos os XRP's, sendo que disponibilizou apenas 20% para os usuários, além disso, uma curiosidade sobre esta moeda, é que 0,000002 de XRP é destruído a cada transação, como meio de proteção, pois esta perda desestimula ataques.

O sistema Ripple tem uma preocupação a mais com a segurança, tendo diversos sistemas para evitar ataques e dificultar fraudes, além disso, a própria Ripple Labs atua como uma "mãe", cuidando de tudo que ocorre em seu sistema, o que o deixa muito menos descentralizado do que as outras criptomoedas.

Além disso, a Ripple Labs entrega o sistema para que os bancos e grandes empresas implementem seus modos de pagamento e *tokens* no sistema, desta forma, o sistema gera a possibilidade ser enviado qualquer *token* sem a necessidade de uma movimentação física, bastando que se transfira a alguém o *token* e esse alguém retire o *token* em outro lugar. E no caso de não ter *tokens* para trocar, é possível utilizar os XRP's, pois tudo na rede é valorado em XRP's.

O Ripple tem o objetivo de integrar os sistemas de pagamento, evitando que aquele que deseja pagar ou receber algo tenha que esperar muito tempo ou pagar taxas, por meio de um sistema integrado de todos os bancos, empresas e instituições de crédito.

#### 2.2.3.1 Stellar

O mesmo criador da moeda Ripple também criou o Stellar, que funciona da mesma forma, porém agora tem o interesse de integrar também as criptomoedas, facilitando o recebimento e troca

de criptomoedas por dinheiro e qualquer outro bem ou ativo financeiro.

#### 1.2.4 EOS

O EOS é uma outra *blockchain*, parecida com a Ethereum, e tem o foco principal nas *dApps*, que são aplicações (empresas) descentralizadas, porém tem o objetivo de resolver os problemas da Ethereum, que são o alto custo da energia e a demora.

Esta blockchain se debruça sobre três pilares, quais sejam: o processamento paralelo, que é a possibilidade de realizar ações em paralelo; a constituição, ou seja, cada *dApp* tem que ter suas regras e que devem ser seguidas; e autossuficiência e desenvolvimento, que nada mais é que o *dApp* "rodar" sozinho.

Uma das partes mais intrigantes das criptomoedas é a escalabilidade, isto é, a quantidade de processamento de transações que uma moeda pode fazer, sendo sempre muito baixas nas *blockchains*, se comparadas aos meios tradicionais de pagamento, e a EOS, com o sistema *distribuited-proof-of-stake* promete aumentar essa taxa de processamento para milhões por segundo.

Outra novidade desta moeda em relação e Ethereum é a flexibilidade, enquanto que a *blockchain* da Ethereum somente pode ser alterada pela própria Ethereum, e um aplicativo uma vez "rodando" não pode ser parado, na EOS, a comunidade pode congelar o sistema em caso de "bug" ou então fazer *upgrades* e resolver problemas.

O sistema tem sua própria moeda, o ETH, porém está quase não é utilizada, pois o objetivo da *blockchain* é que os *dApps* tenham suas próprias criptomoedas.

### 2.2.5 Litecoin

O Litecoin, é uma criptomoeda, muito parecida com o Bitcoin, e portanto, quase todas as informações sobre sua *blockchain* e método de uso estão no item 1.1., desta feita as inovações e diferenças destas criptomoedas são as partes mais interessantes, onde o Litecoin, tem transferências muito mais rápidas, tem uma maior disponibilidade, visto que existem 4 vezes mais Litecoin que Bitcoin, o que também colabora para seu preço ser menor, e por fim sua maior facilidade de conversão em dinheiro.

Outra peculiaridade interessante é que na mineração de Litecoins, existe um *script* que nivela os mineradores, tornando a mineração mais justa tanto para o minerador profissional quanto para o minerador caseiro.

### 2.2.6. Cardano

A Cardano talvez seja a mais científica das criptomoedas, e tem uma história bem recente, estando ainda em desenvolvimento, ao contrário das outras criptomoedas, a Cardano tem todos os seus *white papers* feitos por especialistas e revisados por universidades e afins.

Desta forma a Cardano se autodenomina como a terceira geração de criptomoedas, apresentando um sistema parecido com a Ethereum, e uma moeda própria como o bitcoin, porém com a especialidade de ter um sistema aperfeiçoado em cada uma das partes do projeto.

Esta empresa apresenta inovações como um sistema de validação *proof-of-stake* totalmente seguro, e inclusive este sistema já foi testado e confirmado por universidades como sendo seguro.

A Cardano traz também a ideia de tesouro, no qual, uma pequena taxa da transação é recolhida e armazenada em um tesouro que posteriormente será utilizado para implementar o próprio sistema.

A última e mais importante revolução que a Cardano se propõe a trazer é a confiança, ou seja, um sistema em que os bancos e instituições financeiras teriam certo conhecimento acerca dos acontecimentos da *blockchain*, possibilitando saber para que aqueles recursos (dinheiro, bens...) estão sendo utilizados, o que acabaria aumentando a aceitação das criptomoedas no mercado. Além disso, traz a possibilidade de troca entre criptomoedas dentro do próprio sistema Cardano, sem a necessidade de *exchange*.

Com esta criptomoeda encerramos o estudo sobre cada uma das principais criptomoedas existentes.

# 3 REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO MUNDO

Neste tópico, restringiremos a nossa pesquisa apenas aos países de maior relevância no cenário das criptomoedas, quais sejam: China, Estados Unidos da América (EUA), Japão, União Europeia e Coréia do Sul.

# 3.1 União Europeia

A União Europeia ainda não tem uma regulamentação oficial sobre as criptomoedas, se baseando no argumento de que a moeda é ainda muito incipiente, e não oferece riscos ao sistema financeiro tradicional, e, portanto, não haveria necessidade de uma regulamentação mais aprofundada<sup>5</sup>.

Um dos motivos pelos quais a União Europeia decidiu por não se debruçar, no momento, sobre o assunto das criptomoedas, é pelo fato de ser uma coisa muito nova, e que tem várias alterações em pouco tempo, o que dificultaria a confecção de uma norma que conseguisse

<sup>5</sup> Disponível em: (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168\_PT.pdf). Acesso em 16.05.2019.

acompanhar o ritmo das mudanças e se manter atual com o tempo.

Porém não deve ser ignorado que a União Europeia seja talvez uma das mais permissivas e que toma uma posição, ainda que não oficial, de maior aceitação e incentivo das criptomoedas, bem como da tecnologia *blockchain*, onde no parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168\_PT.pdf), são expostas sugestões sobre o uso e aceitação das moedas virtuais e do *blockchain*, como por exemplo a diminuição nos custos das transações transfronteiras.

# 3.2 Estados Unidos da América (EUA)

Os EUA tem adotado uma política aberta às criptomoedas, incentivando inclusive a implantação do sistema blockchain em seus órgãos, e, apesar de não ter uma regulamentação legislativa, é muito bem desenvolvido nesta área.

A legislação Americana é bem ampla, com regulamentações dos mais diversos órgãos, conforme é possível ver no brilhante artigo escrito pelo site Confio na Compra<sup>6</sup>, que traz diversas, e robustas citações de estudos dos órgãos oficiais norte-americanos.

Desta feita, podemos chegar à mesma conclusão traçada pelo artigo, de que os EUA tem uma política de maior aceitação em relação a esta moeda, e principalmente a tecnologia blockchain, onde podemos ressaltar a posição do Departamento do Tesouro Americano (*Beureau of the Fiscal Service*), que busca a implementação da tecnologia blockchain para modernizar e aumentar a produtividade de seus serviços, conforme dito no item "4" do artigo<sup>7</sup>.

É ainda válido ressaltar que a IRS (*Internal Revenue Service*) interpreta as criptomoedas como sendo ativos financeiros<sup>8</sup>, se aplicando sobre elas as regras e impostos do sistema de valores mobiliários.

Outra característica muito interessante no sistema norte americano, é que existem diversas frentes de estudo sobre as criptomoedas e sobre o blockchain, para poder aprimorar não somente as legislações, como também para tentar implantar esta tecnologia em seu sistema, tornando-se cada vez mais atualizado, e gerando regulamentos mais condizentes com o sistema.

No mais, podemos concluir que o sistema norte americano é bem desenvolvido na regulamentação, tendo como principal enfoque o sistema tributário e de proteção ao investidor, com exigências das exchanges para que forneçam dados para coibir fraudes e a lavagem de dinheiro.

<sup>6</sup> Disponível em: (https://confionacompra.com/posicao-dos-estados-unidos-sobre-bitcoin-criptomoedas-regulamentacao-leis/). Acesso em: 17.04.2019.

<sup>7</sup> Disponível em: (https://fiscal.treasury.gov/fit/blog/a-game-plan-for-the-new-year.html). Acesso em: 17.04.2019.

<sup>8</sup> Fonte: (https://www.irs.gov/newsroom/irs-virtual-currency-guidance). Acesso em 12.04.2019

# **3.3 Japão**

O Japão, dos países apresentados é o que tem a proposta mais liberal sobre as criptomoedas, sendo que são liberadas e incentivadas no país<sup>9</sup>.

Ao contrário do resto do mundo, o Japão autorizou as criptomoedas, considerando-as meios de pagamento aceitos, isso ocorreu em 01/04/2017, e desde então o mercado tem crescido exponencialmente, e hoje em dia é um dos maiores do mundo.

Além disso, o Japão ganhou grande destaque no cenário internacional das criptomoedas quando o Mitsubishi UFj Financial Group decidiu que iria abrir uma *exchange* para negociar criptomoedas, o que é um avanço importantíssimo, pois se trata do 4º maior banco do mundo, o que dá muita credibilidade ao mercado de criptomoedas.

Por fim, foi permitido à maior *exchange* japonesa operar em 44 estados americanos, o que foi um passo enorme na popularização desta moeda.

Concluímos que este modelo, por se tratar de um pais tão importante quando o Japão, e em caso de sucesso, pode ter um norte a ser seguido, e com a capacidade de aproveitamento total da tecnologia blockchain e das criptomoedas.

#### 3.4 Coréia do Sul

A Coréia do Sul, apesar de ser um país muito pequeno, aproximadamente 51 milhões de habitantes, e é um dos maiores mercados de bitcoin do mundo, daí podemos retirar sua importância no cenário mundial.

Sua política quanto às criptomoedas é bem menos liberal que a japonesa, tendo intenções em alguns casos até de banimento, o que ocorre pois existe muita divergência interna sobre o tema das criptomoedas, onde algumas partes do governo se mostram totalmente desfavoráveis às criptomoedas, sobre os argumentos de possibilidade de práticas ilícitas e da volatilidade do mercado<sup>10</sup>. Outro argumento para a proibição que foi utilizado, era de que, por ser uma coisa muito nova e instável, e por uma legislação demandar tempo, enquanto está não existe, aquela deve ser banida do país.

Um fato curioso sobre estas declarações do estado coreano, é que após serem dadas causaram um intenso furor no mercado coreano, inclusive, foram encaminhadas, milhares de petições, de posicionamento contrário às atitudes do governo.

Entretanto, outras áreas do governo se mostram muito favoráveis a inclusão das

<sup>9</sup> Fonte: (https://www.gov-online.go.jp/useful/article/201705/1.html). Acesso em 17.04.2019

<sup>10</sup> Disponível em: (https://confionacompra.com/a-coreia-do-sul-na-regulacao-de-criptomoedas/). Acesso em 17.04.2019.

criptomoedas no país, convidando inclusive China e Japão para o desenvolvimento de um ambiente favorável às criptomoedas.

Desta feita, é difícil entender o posicionamento coreano sobre o assunto, porém é certo que até o presente momento não existe uma regulamentação, mas sabemos que é um mercado muito aberto às criptomoedas, e com muitos defensores e críticos.

#### 3.5 China

A China é uma gigante em questão de criptomoedas, sendo a principal mineradora de bitcoins, bem como um dos países onde mais se transacionou bitcoins, portanto é quase imprescindível a análise do seu panorama e sua regulamentação.

Anteriormente, em 2016, a China era o maior mercado de criptomoedas do mundo, resultando em quase 80% de todo mercado mundial de criptomoedas, era e é ainda o maior minerador de bitcoins, porém após algum tempo, o governo chinês interpretou as criptomoedas como sendo uma ameaça ao sistema chinês, e optou por uma medida muito drástica, qual seja, o banimento dos ICOs, e posteriormente o encerramento de todas as *exchanges* do pais.

Ao mesmo tempo, o governo chinês tem fomentado a criação de uma criptomoeda estatal, inclusive com a funcionalidade dos *smart-contrats*.

Assim, a china passou em pouco tempo de maior mercado mundial de criptomoedas à proibição total, e, portanto, é o país, dentre estes que foram estudados, o que regulamenta mais claramente, e de forma mais contrária às criptomoedas.

Insta dizer que a China tem um governo de regime comunista, e, portanto, a proibição de uma moeda descentralizada era questão de tempo, bem como não foi surpresa para quase ninguém.

Com isto, terminamos o estudo sobre as regulamentações globais, dando prosseguimento a um estudo mais aprofundado da regulamentação brasileira.

# 4 APRESENTAÇÃO E CRÍTICA SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nos aprofundando no caráter regulatório, e principal deste labor, devemos enumerar as principais regulamentações brasileiras sobre o tema.

Assim como na maioria dos países pesquisados, até mesmo pela "novidade" das criptomoedas, não há uma regulamentação concreta, onde o que é encontrado são propostas de lei, comunicados de órgãos, resoluções, etc.

Desta feita, é mais certeiro analisar primeiramente o projeto de lei nº 2.303/2015 de forma isolada, e posteriormente, de forma conjunta as demais regulamentações, haja vista seu caráter

parecido.

Portanto, iremos listar aqui as principais regulamentações brasileiras sobre o tema.

# 4.1 Projeto de Lei nº 2.303/2015

Para o estudo deste projeto de lei, é preferível separar sua análise em duas partes, haja vista a diferença de pensamentos do projeto apresentado e de seu relatório.

# 4.1.1 Texto Original do Projeto

O primeiro e talvez mais importante, devido à sua origem, é o projeto de Lei nº 2.303/2015, que altera as leis nº 12.865/13 e 9.613/88, bem como, os artigos de 6º a 15 da lei nº 12.865/13, disserta especificamente sobre os arranjos de pagamento, modalidade na qual pretendese enquadrar as criptomoedas, tratadas em lei como "moeda eletrônica".

Antes de começarmos a fazer a análise deste projeto de lei e de seu parecer, devemos informar que no momento da escrita deste artigo, em 08.04.2019, o presente se encontra arquivado, porém, o propositor, Dep. Aureo Ribeiro (SD/RJ), com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, requereu seu desarquivamento, pedido este que ainda não foi alvo de análise da autoridade competente.

Outro ponto que deve ser explicado antes de desenvolvermos nossos argumentos, é de que teremos duas análises, quais sejam, a da proposta de lei n 2.303/15 e o parecer da comissão sobre este projeto, ainda que não seja um parecer definitivo, visto o arquivamento da proposta, é o mais próximo que temos de um posicionamento do legislativo brasileiro sobre o assunto, portanto, iremos agora iniciar nossas críticas.

Primeiramente, é certo que o Deputado, ao apresentar seu projeto de lei, tinha a intenção precípua de regulamentação apenas, e em certa medida favorável às criptomoedas, pois com uma regulamentação, tinha como alvo dar mais segurança aos consumidores e possibilitar um controle sobre as criptomoedas.

Ele propõe alterações no art. 9°, I da Lei nº 12.865/13, no sentido de modificar para:

Inserindo as moedas virtuais e os programas de milhagem na lei de arranjos de pagamento, na competência do Banco central como órgão regulador. O que não é de todo o mal, haja vista que uma atribuição de competência poderia dar mais confiabilidade para a moeda, possibilitando assim maior aceitação dentro do país.

Outra medida adotada é a alteração do §4º do art. 11 da lei 9.613/88, que passaria a ter a seguinte redação:

Desta forma, seria incluso na lei de lavagem de dinheiro as moedas virtuais e os programas de milhagem, o que mais uma vez, daria mais credibilidade à moeda.

E, por fim, traz em seu art. 3º a seguinte disposição:

Art. 3º Aplicam-se às operações conduzidas no mercado virtual de moedas, no que couber, as disposições da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, e suas alterações.

Assim, seria possível se utilizar do sistema de defesa do consumidor para a busca dos direitos relacionados às moedas virtuais e programas de milhagens.

Portanto, devemos concluir que a proposta original do Dep. Aureo Ribeiro (SD/RJ) é favorável às criptomoedas, pois tem o objetivo de aumentar sua credibilidade e fomentar sua entrada no mercado nacional.

## 4.1.2 Parecer da Comissão

Não menos importante é o parecer da comissão que analisou o projeto, sobre o qual teremos um pouco mais de atenção e será alvo de uma crítica mais pormenorizada, haja vista seu caráter totalmente contrário ao proposto pelo Dep. Aureo Ribeiro (SD/RJ).

Desta feita, o projeto passou pela apresentação às Comissões de Viação e Transportes, Fianças e Tributação (Mérito e Art. 54, RICD), e Constituição e Justiça e de Cidadania (art. 54, RICD). Em 01/12/2015 ficou sujeita a deliberação das Comissões de Desenvolvimento Econômico, Industria, Comércio e Serviços e de Defesa do Consumidor, e, em 12/07/2016, foi instituída uma Comissão Especial para análise do Projeto, que posteriormente resultou em um relatório (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=254984DC888A42822 988C87E67DC2DB6.proposicoesWebExterno2?codteor=1632751&filename=Parecer-PL230315-13-12-2017).

Neste relatório o Deputado Federal Expedito Neto, relator da comissão, se posicionou de maneira contrária às criptomoedas emitidas de maneira convencional, conforme já tratada anteriormente, adotando inclusive posição de criminalização das criptomoedas, devendo ser incursas no art. 292 do Código Penal, bem como propõe um novo conceito para as criptomoedas, qual seja, "I – moeda digital, moeda virtual ou criptomoeda – representação digital de valor que funcione como meio de pagamento, ou unidade de conta, ou reserva de valor e que não tem curso legal no País ou no exterior;".

Em detida análise, é certo que as criptomoedas são também baseadas na confiança do comprador no emissor, porém, ao contrário da confiança depositada no cheque ou em outro contrato, o lastro das criptomoedas é baseado em fórmula matemática exaustivamente testada e certeira, a qual, assim como qualquer outra medida de segurança, apresenta falhas, porém conforme já apresentado no item 1.1. tem métodos de desincentivo à fraude.

Portanto, não devemos tomar por conta uma ideia de que por não ter um emissor determinado ou um órgão regulador torna esta moeda menos confiável, pelo contrário, a credibilidade das criptomoedas está na coletividade, na comunidade em que se insere, uma vez que o valor da própria moeda está atrelado a sua confiança (leia-se formula matemática *proof-of-work*), desta forma não há necessidade de um lastro, pois a formula matemática empenhada é o próprio lastro, devido a sua credibilidade.

Não menos importante, é necessário fazer uma pausa sobre a possibilidade de fraude.

No sistema atual das criptomoedas, a possibilidade de fraude existe, assim como em todas as outras atividades, porém, é mínima, pois conforme já explicado no item 1.1., o *blockchain* funciona de forma não só a não possibilitar a fraude, mas também desincentivar a sua ocorrência, pois os custos para um ataque ou uma fraude são altos e por demais demorados, conforme já fora explicado anteriormente.

Outro ponto no qual devemos nos debruçar, ocorre quando o parecer do projeto Brasileiro cita o relatório do banco central europeu, dizendo que:

"inclusive o Banco Central Europeu, têm afirmado que essas moedas virtuais são aventuras não robustas, e que é papel dos bancos centrais, o mais rápido possível, adotar suportes digitais para a emissão das moedas nacionais, como forma de conter o avanço dessas tecnologias alternativas." <sup>11</sup>

Ora, tal afirmação não é mentirosa, porém, no mesmo relatório são enumerados diversos "bons" usos para as criptomoedas e principalmente para o sistema *blockchain*, inclusive, concluindo que estas mesmas moedas são extremamente confiáveis, afirmando que:

"Aumentando a resiliência e, dependendo da arquitetura do sistema, a velocidade dos sistemas de pagamentos e do comércio de bens e serviços, graças à arquitetura intrinsecamente descentralizada da tecnologia de livro-razão distribuído, que pode continuar a funcionar de forma fiável, mesmo que algumas partes da sua rede sofram avarias ou sejam alvo de pirataria;" 12,

E inclusive que pode ser uma arma contra fraudes, pois:

"Viabilizando sistemas que combinam a facilidade de utilização, os seus baixos custos

<sup>11</sup> Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=254984DC888A42822988C87E67DC2DB6.proposicoesWebExterno2?codteor=1632751&filename=Parecer-PL230315-13-12-2017). Acesso em 16.05.2019.

<sup>12</sup> Disponível em: (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168\_PT.pdf). Acesso em 16.05.2019.

operacionais e de transação e um elevado grau de privacidade, mas não o anonimato total, de modo que as operações são, em certa medida, rastreáveis em caso de irregularidade e a transparência para os participantes no mercado em geral pode ser maior"<sup>13</sup>

O que aumenta a confiabilidade e a transparência do sistema.

Continuando, o parecer conclui pela proibição da emissão e comercialização das criptomoedas no território brasileiro, o que podemos afirmar que além de retrógrado é omisso, explico: as criptomoedas, como debatido anteriormente, são normalmente atreladas a um sistema mantenedor, qual seja, o seu *blockchain*, e é aí que está a maior inovação, pois este sistema, além de mais barato, é muito mais confiável que o sistema pessoal de validação utilizado nos países, desta forma, ao proibir as criptomoedas, e silenciar-se sobre o *blockchain*, o legislador não contempla a possibilidade de redução de custos e de diminuição de burocracia advinda desta tecnologia, tornando nosso país e seu sistema mais uma vez atrasado em comparação às principais potências do mundo.

Em relação ao anonimato, que poderia possibilitar o uso desta moeda para fins espúrios, tais quais, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, etc., não é totalmente verdade, afinal, o Bitcoin, assim como quase todas as outras criptomoedas, não são totalmente anônimas, mas privadas, desta forma há sim possibilidade de rastreio das criptomoedas, conforme apontado por vários especialistas, e, além disso, têm todas as suas operações descritas em seu *blockchain*, sendo assim possível rastrear cada Bitcoin.

#### 4.2 Consulta Pública RFB Nº 06/2018

Esta regulamentação, assim como a anterior (PL 2.303/15), tem um caráter mais formal, de legislação, porém desta vez além de muito mais aberta às criptomoedas, mais explicativa do que jurídica, sem adentrar no mérito, explico.

Na regulamentação do projeto de lei, o legislador se preocupa em adentrar o mérito da regulamentação, no caráter do interesse jurídico da população e do governo, enquanto que a presente regulação, se comporta mais como um regulador, do que como legislador, isto é, se preocupa mais em encaixar um "problema" em uma regulação já existente, do que criar todo um arcabouço legal para regular o mesmo problema.

Esta é a proposta mais parecida com a que foi tomada nos demais países ao redor do mundo, os quais ao invés de se preocuparem com a criação de uma lei, se importaram em incluir as criptomoedas em leis já existentes, criando pouco.

Isto é observado nesta regulamentação, pois em momento algum ela traça uma nova

<sup>13</sup> Disponível em: (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168 PT.pdf). Acesso em 16.05.2019.

ordem, mas apenas demonstra conceitos, e penalidades, incluindo no sistema da Receita já existente, apenas adequando o seu uso.

Esta é uma boa estratégia a ser tomada, pois é mais célere, e tem maior capacidade de mudança, sendo que a qualquer momento pode ser inclusa em outra legislação existente, somente fazendo as alterações necessárias.

Outro ponto perceptível no regulamento estudado, é a inclusão das criptomoedas como sendo uma representação de valor digital que pode ser expressa por moeda soberana nacional e internacional, o que se aproxima muito de um valor mobiliário, que possibilita a inclusão das criptomoedas no sistema mobiliário nacional.

# 4.3 Demais Regulamentações

Apesar de existirem várias outras regulamentações, elas não apresentam um caráter formal ou material de legislação, sendo mais assemelhadas com o um comunicado, resolução ou informativo.

Com isto em mente, não será analisado de forma tão retida como no item 3.1.

Desta feita, algumas das regulamentações encontradas são:

- Comunicado BACEN nº 31.379, de 2017;
- Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN.

Assim, iremos analisar primeiramente o Comunicado BACEN nº 31.379/2017.

Nesse comunicado, de caráter quase que meramente informativo, o Banco Central, adota uma postura de neutralidade com relação às criptomoedas, e principalmente, faz uma distinção entre "moeda virtual" e "moeda eletrônica (Lei nº 12.865/13)", onde a segunda se refere ao real de maneira eletrônica, ou seja, "é um modo de expressão de créditos denominados em reais".

Além disso, o comunicado ressalta que as moedas virtuais e as empresas que a comercializam não estão reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central, portanto, não estão estas operações alcançadas pelo arcabouço legal e regulatório do Sistema Financeiro Nacional, bem como adverte que qualquer operação para fins ilícitos com estas moedas serão alvo de investigação pelas autoridades competentes.

Por fim, relembra que as moedas não são lastreadas de forma convencional, que estão sujeitas a grande variação e que aqueles que realizarem transações com esta moeda estão sujeitos às normas cambiais.

Dessarte, podemos ver o caráter informativo deste comunicado, e de certa forma permissivo quanto as criptomoedas.

Quanto ao Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, temos um novo caráter mais informativo,

porém, ao contrário do primeiro, este tem uma posição de mais cautela, uma vez que foi destinado a responder questionamentos sobre a possibilidade investimento em criptomoedas, e neste ofício a CVM tomou um lado de não permitir o investimento, via CVM, nestes ativos, por entender que a falta de regulamentação, ou então, a regulamentação negativa do PL 2.303/15, poderia aumentar demais o risco quanto a este investimento.

Com a análise de ambas as regulamentações, podemos concluir que a regulamentação brasileira é ainda muito incipiente, sendo que se excluirmos o PL 2.303/15 e a Consulta Popular nº 06/2018, não temos nenhuma regulamentação, visto que as outras medidas têm caráter apenas informativo.

# 4.4 Visão Jurisprudencial

Seguindo com nosso labor, devemos fazer uma parada na atual jurisprudência acerca do tema, o qual por ser ainda incipiente e carecer de legislação robusta, é de difícil julgamento, e principalmente de entendimento por parte dos magistrados julgadores.

Outro ponto importante a ser levado em consideração, é que, via de regra, há falta de uma autoridade geral por trás das criptomoedas, o que conduz a maior parte das reclamações serem relacionadas às *exchanges*, que por vezes não tem a transparência necessária para uma operação mais justa, o que, facilita no caso de exchanges que estejam de má-fé, a violação de direitos do consumidor ou fraudes.

Sobre este assunto alguns tribunais já têm discutido, e via em sua maioria tem-se aplicado o código de defesa do consumidor para sua defesa, bem como o entendimento de que as corretoras se assemelham à instituições financeiras, mas é válido ressaltar que as reclamações estão muito mais relacionadas às fraudes e falta de transparência das corretoras, do que ao próprio Bitcoin, o que revela mais uma vez que a parte humana é que está mais suscetível a problemas.

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido:

Prestação de serviços. Intermediação financeira quanto a operações no mercado de criptomoedas. Apossamento dos recursos do investidor. Demanda de ressarcimento. Deferimento de tutela de urgência para o bloqueio dos bens da pessoa jurídica responsável pelos investimentos, além de seus sócios e da agravante, que comparece no contrato como coobrigada. Indícios de caracterização da chamada pirâmide financeira. Agravante que não chegou a subscrever a via do contrato em poder do autor-agravado mas que não trouxe com o recurso explicações minimamente satisfatórias quanto à natureza de sua atuação e quanto a seu vínculo com os demais réus. Indícios concretos de sua atuação em termos informais na mesma atividade. Bloqueio justificado, nas circunstâncias, também quanto a seus bens. Decisão confirmada, no que diz respeito à ora

agravante. Agravo de instrumento desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2201002-60.2018.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Embu das Artes - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/06/2019; Data de Registro: 07/06/2019)

Ação de restituição de valores c.c. danos morais. Conta virtual. Saque indevido. Sentença de parcial procedência. Apelo das partes. Cerceamento de defesa afastado. Relação de consumo. Relatório acerca da transação impugnada apresentado pela ré. Consumidor que acessou página falsa, confeccionada com o mesmo 'layout' da página da ré, e teve seus dados subtraídos. Instituição financeira que não ofereceu a segurança dela esperada. Súmula 479 do STJ. Responsabilidade objetiva da instituição financeira pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, inclusive quanto a fraudes ou delitos praticados por terceiros. Falha na prestação de serviço. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Inteligência do art. 14 do CDC. Precedentes. Restituição dos valores devida. Dano moral verificado. 'Quantum' fixado em R\$ 10.000,00, que é o suficiente para cumprir suas duas funções – indenizatória e punitiva. Doutrina. Sentença parcialmente reformada. Honorários majorados. Recurso do autor provido e desprovido o apelo da ré. (TJSP; Apelação Cível 1001320-58.2018.8.26.0157; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cubatão - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/06/2019; Data de Registro: 03/06/2019)

Outra linha de entendimento está relacionada às causas envolvendo as *exchanges* e as instituições financeiras, onde algumas corretoras tem suas contas-correntes fechadas de maneira unilateral, discussão inclusive que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que julgou o recurso especial nº 1.696.214/SP da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO EXARADA POR EMPRESA QUE EFETUA INTERMEDIAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE MOEDA VIRTUAL (NO CASO, BITCOIN) DE OBRIGAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A MANTER CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. ENCERRAMENTO DE CONTRATO, ANTECEDIDO POR REGULAR NOTIFICAÇÃO. LICITUDE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. As razões recursais, objeto da presente análise, não tecem qualquer consideração, sequer "an passant", acerca do aspecto concorrencial, em suposta afronta à ordem econômica, suscitado em memoriais e em sustentação oral, apenas. A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado a efeito o proceder da recorrida — único banco acionado na presente ação —, ou de que haveria obstrução à livre concorrência — inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais —, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco

demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida. 1.1 De igual modo, não se poderia conhecer da novel alegação de inviabilização do desenvolvimento da atividade de corretagem de moedas virtuais — a qual pressupõe ou que o banco recorrido detivesse o monopólio do serviço bancário de conta-corrente ou que todas as instituições financeiras atuantes nesse segmento (de expressivo número) tivessem adotado o mesmo proceder da recorrida —, se tais realidades não foram em momento algum aventadas, tampouco retratadas nos presentes autos. 1.2 Essas matérias hão de ser enfrentadas na seara administrativa competente ou em outro recurso especial, caso, necessariamente, sejam debatidas na origem e devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que não se deu na hipótese, ressaltando-se, para esse efeito, que memoriais ou alegações feitas da Tribuna não se prestam para configurar prequestionamento. 2. O serviço bancário de conta-corrente afigura-se importante no desenvolvimento da atividade empresarial de intermediação de compra e venda de bitcoins, desempenhada pela recorrente, conforme ela própria consigna, mas sem repercussão alguma na circulação e na utilização dessas moedas virtuais, as quais não dependem de intermediários, sendo possível a operação comercial e/ou financeira direta entre o transmissor e o receptor da moeda digital. Nesse contexto, tem-se, a toda evidência, que a utilização de serviços bancários, especificamente o de abertura de contacorrente, pela insurgente, dá-se com o claro Documento: 83696701 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/10/2018 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo — mas sim de insumo —, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 3. O encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação. 3.1 A esse propósito, destaca-se que a Lei n. 4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular o funcionamento das instituições financeiras (art. 4°, VIII). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o encerramento do contrato de conta de depósitos, por iniciativa de qualquer das partes contratantes, desde que observada a comunicação prévia. A dicção do art. 12 da Resolução BACEN/CMN n. 2.025/1993, com a redação conferida pela Resolução BACEN/CMN n. 2.747/2000, é clara nesse sentido. 4. Atendo-se à natureza do contrato bancário, notadamente o de conta-corrente, o qual se afigura intuitu personae, bilateral, oneroso, de execução continuada, prorrogando-se no tempo por prazo indeterminado, não se impõe às instituições financeiras a

obrigação de contratar ou de manter em vigor específica contratação, a elas não se aplicando o art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Revela-se, pois, de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar, quando delas se exige, para atuação em determinado seguimento do mercado financeiro, profunda análise de aspectos mercadológico e institucional, além da adoção de inúmeras medidas de segurança que lhes demandam o conhecimento do cliente bancário e de reiterada atualização do seu cadastro de clientes, a fim de minorar os riscos próprios da atividade bancária. 4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional (em tese, porque não possuiriam vinculação com os valores mobiliários, cuja disciplina é dada pela Lei n. 6.385/1976). De igual modo, sob o aspecto mercadológico, também se afigura lídima a recusa em manter a contratação, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida. Desse modo, o proceder levado a efeito pela instituição financeira não configura exercício abusivo do direito. 5. Não se exclui, naturalmente, do crivo do Poder Judiciário a análise, casuística, de eventual desvirtuamento no encerramento do ajuste, como o inadimplemento dos deveres de informação e de transparência, ou a extinção de uma relação contratual longeva, do que, a toda evidência, não se cuida na hipótese ora vertente. Todavia, o propósito de obter o reconhecimento judicial da ilicitude, em tese, do encerramento do contrato, devidamente autorizado pelo órgão competente para tanto, evidencia, em si, a improcedência da pretensão posta. 6. Recurso Recurso Especial nº 1.696.214/SP (2017/0224433-4); Min. especial improvido. (STJ; Relator: Marco Aurélio Bellizze; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 09/10/2018)

Este precedente já foi aberto, e está sendo utilizado nos tribunais de segunda instância:

AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - CONTAS CORRENTES - ENCERRAMENTO UNILATERAL - RÉU - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - RESOLUÇÃO 2025/1993 DO BACEN - ATENDIMENTO - RESPEITO À LIBERDADE DE CONTRATAR - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - ART. 188, I, DO CÓDIGO CIVIL - PEDIDO - IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA - reforma. APELO DO RÉU PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1124165-06.2017.8.26.0100; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento:

07/05/2019; Data de Registro: 08/05/2019)

Assim, nos cumpre observar que o entendimento jurisprudencial atual, conforme já debatido, é de que para a corretora, aplica-se o código civil, por vezes sendo assemelhada à uma instituição financeira, e no caso do comprador, aplica-se o código de direito do consumidor.

# 5 CONCLUSÃO

Por fim, é certo que; analisada a tecnologia *blockchain*, as criptomoedas, os *smart-contracts*, posteriormente as abordagens globais sobre as criptomoedas, e finalmente a legislação nacional; todo este sistema de criptomoedas é primeiramente, complexo, e segundamente revolucionário.

Assim, após esta revisão, a conclusão a que chegamos é que este sistema não pode ser proibido, nem muito menos criminalizado, mas devemos ter primeiramente muito interesse e cautela sobre a revolução que estamos presenciando, pois esta tecnologia tem essa capacidade.

A principal descoberta advinda deste estudo, é na realidade a tecnologia *blockchain*, que podemos dizer que é e será uma das maiores revoluções da humanidade após a *internet*, haja vista a maneira como este invento pode diminuir os custos e a burocracia do sistema atual.

Outra consideração importante é a forma como o Brasil tem se aproximado do tema, que é uma aproximação muito cautelosa, pois há uma diferença enorme entre a aproximação que um civil, uma pessoa física e uma empresa podem ter de certa inovação, e a mesma aproximação que um estado deve ter do mesmo tema, pois quando falamos de um estado, estamos falando de todo um arcabouço de responsabilidades e interesses, e principalmente o interesse da comunidade que o estado representa, desta feita, um estado não pode se atirar de forma desordeira em uma aventura por um mundo de inovações, porém da mesma forma que cautela é importante e salutar, a demasia da mesma pode ser tão prejudicial quanto sua falta.

Isto ocorre pois, no momento em que o parecer da comissão legislativa responsável pelo PL 2.303/15 é tão desfavorável, conforme já analisado e exposto, podemos ter uma demasia de cautela, o que acarretaria em uma exclusão do próprio estado de participar desta revolução chamada criptomoedas e *blockchain*.

Assim, não é incorreto dizer que a aproximação correta é aquela que não carrega nem muita cautela, a ponto de criminaliza-la, nem tão pouca a ponto de entregar toda a sociedade a uma aventura desordenada.

Portanto, e sem mais delongas, esta é a conclusão sobre o tema, qual seja, uma abordagem de incentivo do uso das criptomoedas, mas principalmente, uma postura de estudo e entendimento sobre a mesma, onde haja um desenvolvimento de maneiras de integrar as criptomoedas, e

principalmente o sistema blockchain ao nosso país.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Coin Market Cap. Aceso em: 17 de abril de 2019. Disponível em: https://coinmarketcap.com/pt-br/all/views/all/

InfoMoney. Aceso em: 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.infomoney.com.br/cryptos/cotacoes

Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System. Aceso em: 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

Bitcoin History. Aceso em: 17 de abril de 2019. Disponível em: http://historyofbitcoin.org/

Bitcoin Talk. Aceso em: 17 de abril de 2019. Disponível em: https://bitcointalk.org/

Mastering Bitcoin: Unlocking digital crypto-currencies. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:https://unglueit-files.s3.amazonaws.com/ebf/05db7df4f31840f0a873d6ea14dcc28d.pdf

Lei nº12.865/13. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm

Tudo sobre Ethereum: A Mãe das Aplicações Descentralizadas. Acesso em 17 de abril de 2019.

Disponível em: https://portaldobitcoin.com/tudo-sobre-ethereum/

O que é Litecoin. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://guiadobitcoin.com.br/o-que-e-litecoin/

O que é Cardano (ADA). Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://confionacompra.com/o-que-e-cardano-ada/

Cardano (site). Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.cardano.org/en/home/

Entenda o que é o Tether e Como Funciona!. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.aprendersobrebitcoin.com/single-post/2018/01/24/Entenda-o-que-%C3%A9-Tether-e-como-funciona

O que é Stellar Lumens? Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://guiadobitcoin.com.br/o-que-e-stellar-lumens/

What is Binance Coin (BNB)?. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.binance.vision/pt/blockchain/what-is-binance-coin

Bitcoin Cash: o que é, para que serve, cotação e como comprar. Acesso em 17 de abril de 2019.

Disponível em: https://tecnoblog.net/232229/bitcoin-cash-cotacao-comprar-minerar/

O que é EOS. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://guiadobitcoin.com.br/criptomoedas/eos/

Ripple – tudo o que você precisa saber sobre. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.remessaonline.com.br/blog/ripple/

O Bitcoin é anônimo?. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://bitcoin.org/pt BR/faq#bitcoin-e-anonimo

Lei 13.506/17. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13506.htm#art65

Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf

Parecer da Comissão Sobre o Projeto de Lei nº 2.303/15. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=254984DC888A42822 988C87E67DC2DB6.proposicoesWebExterno2?codteor=1632751&filename=Parecer-PL230315-13-12-2017

Comunicado BACEN n°31.379/17. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379

FIN-2014-R011 (Relatório da Financial Crimes Enforcement Network). Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2014-R011.pdf

IRS Virtual Currency Guidance: Virtual Currency is Treated as Property for U.S. Federal Tax Purposes; General Rules for Property Transictions Apply. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.irs.gov/newsroom/irs-virtual-currency-guidance

Como os Estados Unidos tratam o Bitcoin?. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://confionacompra.com/posicao-dos-estados-unidos-sobre-bitcoin-criptomoedas-regulamentacao-leis/

Securities and Exchange Commission, Securities Exchange Act of 1934, Release nº 81207/2017. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf

SEC Issues Investigate Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset Were Securities: U.S. Securities Laws May Apply to Offers, Sales, and Trading of Interest in Vitual Organizatoins. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.sec.gov/news/press-release/2017-131

A Game Plan for the New Year. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://fiscal.treasury.gov/fit/blog/a-game-plan-for-the-new-year.html

Como o Japão regula criptomoedas? Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://confionacompra.com/como-o-japao-regula-criptomoedas/

O que você quer que eu saiba antes de usar a "moeda virtual" (original: 「仮想通貨」を利用する前に知ってほしいこと。). Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.gov-online.go.jp/useful/article/201705/1.html

Japan's Largest Bank MUFG Will Open Cryptocurrency Exchange: Local Reports. Acesso em 17

de abril de 2019. Disponível em: https://www.ccn.com/japans-largest-bank-mufg-will-open-cryptocurrency-exchange-local-media-reports

Japanese people love cash so much they don't need a digital currency, BOJ says. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://www.japantimes.co.jp/news/2018/01/29/business/japanese-people-love-cash-much-dont-need-digital-currency-boj-says/#.Won8kK5l\_IW

Japanese Exchange bitFlyer Approved to Operate in Illinois. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://bitcoinmagazine.com/articles/japanese-exchange-bitflyer-approved-to-operate-in-illinois/

Consulta Pública RFB nº 06/2018. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/sobre/consultas-publicas-e-editoriais/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf

China, criptomoedas e regulamentação. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://confionacompra.com/china-criptomoedas-e-regulacao/

Coréia do Sul na regulação de criptomoedas. Acesso em 17 de abril de 2019. Disponível em: https://confionacompra.com/a-coreia-do-sul-na-regulacao-de-criptomoedas/

# NOTAS CRÍTICAS SOBRE DIREITO, EXCLUSÃO E PROGRESSO

José Mauro GARBOZA JUNIOR<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

A sensação do tempo contemporâneo, em particular para os estudos que envolvem a crítica do jurídico e da política, como espaço de novos problemas que ainda carecem de incrementos teóricos suficientemente consistentes para apresentar um quadro de razoabilidade parece ser compartilhar por todos aqueles que procurar enfrentar os difíceis problemas radicias. Este trabalho tem por objetivo, por meio de metodologia dedutiva e com uso das referências bibliográficas, a partir de três indagações pelo uso da imaginação criativa típica das filosofias segundo a exposição de seus paradoxos e contradições como exercícios do pensamento em busca da construção de alternativas. Na primeira delas se busca discordar desse modo de atuação na medida em que tenta demonstrar a tese de que por um certo alinhamento entre o Direito e o Estado, todas as respostas jurídicas já tem uma resposta definitiva e uma prestação oferecida. Em seguida, na segunda, apresentou-se uma hipótese de que todos os sujeitos tomados enquanto individualidades potencialmente irão pertencer à minoria de alguma forma recaindo no enquadramento de alguma das figuras expressão dessa mesma minoria. Por fim, na terceira, defendeu-se que para realizar essa configuração, só poderá ter êxito na medida em que uma certa forma de lidar com o tempo se adequar à razão progressista da história que a pensa em termos lineares e acumulantes, pensando a história a partir de um presentismo produto dos planos do "espaço de experiência" e do "horizonte de expectativa", o tempo da história poderá talvez ser substituído pelo tempo do projeto.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito. Teoria Crítica. Presentismo.

#### **ABSTRACT**

The sense of contemporary time, particularly for studies involving legal and political criticism, as a space for new problems that still lack theoretical increments sufficiently consistent to present a framework of reasonableness seems to be shared by all those who seek to address the difficult root problems. This work aims, through a deductive methodology and using bibliographical references, from three inquiries for the use of the creative imagination typical of philosophies according to the exposition of its paradoxes and contradictions as exercises of thought in search of the construction of alternatives. The first one seeks to disagree with this mode of action insofar as it tries to demonstrate the thesis that by a certain alignment between the Law and the State, all legal responses already have a definitive answer and a provision offered. Then, in the second, it was hypothesized that all subjects taken as individuals will potentially belong to the minority somehow falling within the framework of some of the figures expression of that same minority. Finally, in the third, it was argued that in order to achieve this configuration, it can succeed only insofar as a certain form of dealing with time fits the progressive reason of history which thinks it in linear and accumulating terms, thinking history from a presentism product of the plans of the "space of experience" and the "horizon of expectation", the time of history may perhaps be replaced by the time of the project.

**KEYWORDS:** Philosophy of Law. Critical Theory. Presentism.

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2016), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos (2016), graduação em História pela Universidade Metropolitana de Santos (2017) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019). Atualmente é coordenador - Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia, membro associado do Instituto Lalangue Psicanálise de Londrina e pesquisador relacionado à linha da Universidade Estadual de Londrina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, bem como na área de Filosofia, com ênfase em Filosofia Francesa, Teoria do Sujeito e História da Dialética.

# **RÉSUMÉ**

Le sens du temps contemporain en particulier pour les études impliquant des critiques juridiques et politiques, en tant qu'espace pour de nouveaux problèmes pour lesquels il manque encore des incréments théoriques suffisamment cohérents pour présenter un cadre de raisonnabilité semble être partagé par tous ceux qui cherchent à résoudre le problème de racine difficiles. Ce travail vise, à travers une méthodologie déductive et des références bibliographiques, à partir de trois enquêtes sur l'utilisation de l'imagination créatrice typique des philosophies selon l'exposition de ses paradoxes et contradictions en tant qu'exercices de la pensée à la recherche de la construction d'alternatives. Le premier cherche à être en désaccord avec ce mode d'action dans la mesure où il tente de démontrer la thèse selon laquelle, par un certain alignement entre le droit et l'État, toutes les réponses juridiques ont déjà une réponse définitive. Ensuite, dans le second cas, il a été émis l'hypothèse que tous les sujets considérés comme des individus appartiendraient potentiellement à la minorité d'une manière relevant du cadre de certaines figures exprimant cette même minorité. Enfin, dans le troisième cas, il a été avancé que elle ne peut réussir que dans la mesure où une certaine forme de gestion du temps correspond à la raison progressive de l'histoire qui la pense en termes linéaires et accumulés, en pensant à l'histoire à partir d'un produit du présentisme des plans de "l'espace d'expérience" et de "l'horizon des attentes", le temps de l'histoire pourrait peut-être être remplacé par le temps du projet.

**MOTS-CLÉS:** Philosophie du Droit. Théorie Critique. Presentisme.

# **INTRODUÇÃO**

A sensação do tempo contemporâneo, em particular para os estudos que envolvem a crítica do jurídico e da política, como espaço de novos problemas que ainda carecem de incrementos teóricos suficientemente consistentes para apresentar um quadro de razoabilidade parece ser compartilhada por todos aqueles que procuram enfrentar os difíceis problemas radicias. A partir de três indagações pelo uso da imaginação criativa e problematizadora típica das filosofias, este trabalho tem por objetivo, por meio de metodologia dedutiva e com uso das referências bibliográficas, três instâncias de investigação, seguidas de uma síntese filosófica que se propõe a desvelar a abertura de um horizonte de alternativas à problemática.

Contrariamente às conclusões estabelecidas por uma certa tradição da Filosofia Política que defende os dispositivos e agências dos direitos humanos (em nível nacional e internacional) juntamente com a absolutização do princípio da democracia, a primeira indagação busca discordar desse modo de atuação na medida em que tenta demonstrar a tese de que por um certo alinhamento entre o Direito e o Estado, todas as respostas jurídicas já tem uma resposta definitiva e uma prestação oferecida. Assim, não se trata de que todas as figuras das minorias marginalizadas (refugiados, apátridas, negros, mulheres, crianças, etc.) não possuem um olhar jurídico-estatal, mas sim que esse olhar é produzido a partir de uma certa desconsideração.

Como consequência, a aposta teórica da segunda indagação imagina a hipótese de que, por conta dessa mesma montagem, deriva-se que tanto o jurídico quanto o político operam

tendencialmente para transformar todos os sujeitos, tomados em sua individualidade, em figuras da exclusão, ameaçando a subjetividade e as possibilidades de alternativas deles mesmos.

Isso se dá, seguindo a hipótese conjectural, por conta de uma forma de abordagem do tempo visto a partir das lentes do progressismo. A noção de progresso como orientação primordialmente do tempo histórico impede que as situações históricas possam ser pensadas não mais como acúmulo ou linearidade progressiva. Como alternativa a este risco, defende-se, na terceira indagação uma outra recepção temporal, vista a partir de um presentismo e que tenta combater a visão progressiva e teológica instaurada pelo progresso do Direito e do Estado.

Na tentativa de apresentar mesmo que preliminarmente e sem esgotamento algumas conclusões parciais, as antecipações e riscos que envolvem esse tipo de abordagem são assumidos sempre indicando a incompletude das argumentações. As questões atinentes ao jurídico e o político, à democracia e ao tempo parecem indicar que, seja qual for a vertente escolhida como posição de enunciação, há uma zona indeterminada que permite a colocação dos antagonismos sem que esses termos sejam os protagonistas. Pode-se dizer que esses campos são mais efeitos de superfície que propriamente mandamentos que ordenam o curso do mundo. O espaço que se expressa por várias formas de sociabilidade a partir da intuição espaço-temporal que fixa as coordenadas dos debates seria um espaço Comum.

# 1. A MINORIA EM SUA EXPRESSÃO DOS EXCLUÍDOS EM FIGURAS ESPECÍFICAS SEMPRE TEM UMA RESPOSTA DO DIREITO E DO ESTADO

Nunca antes a leitura hegeliana de conservação da força do estado de *Filosofia do Direito*, "o Estado é a efetividade da ideia ética, – o espírito ético enquanto vontade substancial *manifesta*, nítida a si mesma, que se pensa e se sabe e realiza o que sabe e na medida em que sabe" (HEGEL, 2010, p. 229), prevaleceu e se fortificou tanto até os dias de hoje. Mesmo com as denúncias tentadas por um jovem hegeliano esquerda de que essa "(A) *realidade* da ideia ética aparece, aqui, como a *religião da propriedade privada*" ou apenas de que "(É) a consciência da minha *liberdade em relação ao Estado*" (MARX, 2010, p. 118-119) também não foram suficientes sequer para arranhar

Trata-se do teor da dupla dos parágrafos 257-258 à terceira seção ("O Estado") da terceira parte ("A Eticidade"), que, com uma ou outra adequação de tradução, é o seguinte: "§ 257. O Estado é a efetividade da ideia ética, – o espírito ético enquanto a vontade substancial *manifesta*, nítida a si mesma, que se pensa e se sabe e realiza o que sabe e na medida em que sabe. No *costume*, ele [o Estado] tem sua existência imediata e, na *autoconsciência* do singular, no saber e na atividade do mesmo, a sua existência mediada, assim como essa, mediante a disposição de espírito nele [no Estado], como sua essência, seu fim e seu produto de sua atividade tem sua *liberdade substancial*. (…) § 258. O Estado, enquanto efetividade da *vontade* substancial, que ele tem na *autoconsciência* particular elevada à sua universalidade, é o *racional* em si e para si. essa unidade substancial é o autofim imóvel absoluto, em que a liberdade chega a seu direito supremo, assim como esse fim último tem o direito supremo frente aos singulares, cuja *obrigação suprema* é ser membro do Estado" (HEGEL, 2010, p. 229-230).

essa intuição que se consagrou como um verdadeiro momento do andamento da história universal.<sup>3</sup>

Nesse mote hegeliano esconde um profundo debate acerca da polêmica em torno da investigação das frágeis fronteiras envolvendo os poderes jurídicos mundanos e os teológicos religiosos. O objetivo estava na definição de tempo ordinário, restrito aos desenvolvimentos seculares da história universal humana, em contraposição à extraordinária sensação de outro tempo, este visto como qualitativamente diferente e com feições eternas. E a sabedoria filosófica e política buscava encontrar a exata proporção de ambas as medidas, a estrita jurisdição de cada um dos domínios para que houvesse mais tais zonas de misturas. É então que a aposta no direito como a forma diferenciadora se dá.

Sob esta perspectiva, o Direito personifica pontualmente as forças do Estado dando criação a sua essência. O vínculo sagrado é formado para fazer surgir uma instância superior àquela dos simples individuais tomados em si mesmo, a concentração ainda mais forçosa de um ímpeto teológico no jurídico quanto mais houver a presença do Estado. É desse ponto de vista que se pode entender o confronto entre maioria e minoria: aquela como a força jurídico estatal que sempre será hegemonicamente maior enquanto existir; e esta como a contraforça na qual os poderes estatais incidem na tentativa da mais absoluta previsibilidade e programação (das ações e comportamentos)<sup>4</sup>. Nesses termos, aliado ao Estado, o Direito cumpre outra função que aquela de positivação e constituição de uma ordem societária dependente dos poderes estatais: a promoção da exclusão. Como promotor da exclusão, o Direito também funciona como um mecanismo fundamental para a reprodução da exclusão, para a permanência saudável e controlável de uma

Acusado por ser idealista, por não entender a dinâmica real da relação entre a sociedade civil e a constituição do Estado, por inverter a ordem de importância entre a criação e o criado, por ingenuidade, por má-fé, por defender a monarquia abertamente, Hegel é alvo das disparadas ácidas de Marx que, em uma crítica interna, desmonta sensivelmente suas ferramentas teóricas. Muito embora não se tenha a disposição os comentários de Marx aos referidos parágrafos de Hegel, os cadernos marxianos iniciavam-se a partir da terrceira seção, mas suas primeiras páginas foram perdidas sendo que começam de sua publicação a partir do parágrafo 261. Mesmo com essa ausência prejudicada, há um trecho em que o autor comenta os parágrafos 257 e seguintes: "A realidade da ideia ética aparece, aqui, como a religião da propriedade privada. (Porque, no morgadio, a propriedade privada se comporta para consigo mesma de maneira religiosa, segue que, nos nossos tempos modernos, a religião se tornou em geral uma qualidade inerente da propriedade fundiária, e que toda a literatura sobre o morgadio está repleta de unção religiosa. A religião é a suprema forma intelectual dessa brutalidade.) A 'vontade substancial *evidente*, nítida para si mesma', se transforma numa vontade obscura, fragmentada na gleba, e se embriaga precisamente pela impenetrabilidade do elemento ao qual está presa. 'A certeza que se funda na verdade', que 'é disposição política', é a certeza fundada em seu 'próprio terreno' (em sentido literal). A 'vontade' política, 'tornada hábito', não é mais 'apenas resultado etc.', mas sim uma instituição existente fora do Estado. A disposição política não é mais a 'confiança', mas é muito mais a 'segurança, a consciência de que meu interesse substancial e particular é independente do interesse e dos fins de um outro (aqui, do Estado), na relação deste último comigo como indivíduo'. É a consciência da minha liberdade em relação ao Estado" (MARX, 2010, p. 118-119)

<sup>4</sup> Essa lógica maioria/minoria se aproxima muito das proposições que Deleuze já fizera há quase 30 anos: "As minorias e as maiorias não se distinguem pelo número. Uma minoria pode ser mais numerosa que uma maioria. O que define a maioria é um modelo ao qual é preciso estar conforme (...) Ao passo que uma minoria não tem modelo, é um devir, um processo. Pode-se dizer que a maioria não é ninguém. Todo mundo, sob um ou outro aspecto, está tomado por um devir minoritário que o arrastaria por caminhos desconhecidos caso consentisse em segui-lo. Quando uma minoria cria para si modelos, é porque quer tornar-se majoritária (...). O povo é sempre uma minoria criadora, e que permanece tal, mesmo quando conquista uma maioria" (DELEUZE, 1992, p. 214).

minoria esvaziada.

Para tanto, é preciso se utilizar de dois recursos de ordem lógica, quais sejam, o primeiro é de dividir-se em uma instância criadora e uma instância conservadora em busca da contenção da minoria e da exclusão; em seguida, é preciso cada vez mais limitar para expandir seus espaços fora do seu domínio a partir do aumento de sua cobertura de efetividade, isto é, a missão de excluir a exclusão. E, como resultado prático dessa tentativa de operação, o fora parece não mais ser identificável pelas lentes jurídicas. A essa "tomada do fora" recebe o nome de *exceção*, esse vigor da lei que "consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade (...) esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão" (AGAMBEN, 2002, p. 26).<sup>5</sup>

É possível identificar desde o pós-guerra um acúmulo bibliográfico que defende o sentido contrário. Inspirados pelos ares liberais dos direitos humanos sob o medo de um retorno ao estado bélico anterior, a defesa passou agora para o reforço campo jurídico pela insistente e incansável articula consagração dos direitos humanos e da noção de humanidade. Com esta muito bem formulada, todos agora de *per se* poderiam ajuntar-se ao mundo comunitário e, apenas em razão disso, ter "direito a ter direitos" (ARENDT, 1990; BOBBIO, 1992; LAFER, 1988): "o direito a ter direitos significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada" (ARENDT, 1990, p. 330).<sup>6</sup>

Agamben detalha ainda mais essa curiosa relação: "A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (ex-capere) e não simplesmente excluída" (AGAMBEN, 2002, p. 25).

Celso Lafer, pensador brasileiro, e um dos maiores estudiosos de Hannah Arendt, faz parte dos autores que defendem que, apesar das atrocidades proporcionadas pelo Direito, principalmente no século XX, é a efetivação de direito aquilo que deve ser buscado, no sentido de que a luta pelos direitos não devem ser abandonados, mas, pelo contrário, é a principal luta que deve ser mantida. Segundo o autor, o nazismo rompeu definitivamente com toda a filosofia o direito então existente: nenhum pensamento jurídico seria suficiente para dar conta do fenômeno do totalitarismo, posto que todos eles poderiam facilmente justificá-lo juridicamente. Assim como Hannah Arendt, Lafer se preocupa com algo semelhante a um retorno do nazismo. Sua missão teórica é calcada, pois, não imediatamente no Direito estatal e na reivindicação de direitos, mas na figura dos não-cidadãos, e na reivindicação do direito a ter direitos, na possibilidade de um espaço público jurídico que não excluísse os não-cidadãos: "Daí a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das displaced persons e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos" (LAFER, 1988, p. 22); "E por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade" (LAFER, 1988, p. 153-154); "É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece" (LAFER, 1988, p. 166).

A partilha em comum dos valores defendidos por aqueles que dão suporte ao Direito em busca de conquistas históricas, participação política e até mesmo bem-estar coletivo se expressa na exata medida em que o mesmo reforço que reproduz as desigualdades e comprime a minoria é apresentado como a alternativa pela qual é preciso seguir. Em sua coletânea de artigos conhecida como *A era dos direitos*, Norberto Bobbio reconhece a posição dessa perspectiva quando do prefácio anuncia ao menos três teses das quais passou a vida sem se afastar: "1. os direitos naturais são direitos históricos; 2. Nascem do início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; 3. Tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico (BOBBIO, 1992, p. 2)". Essas teses poderiam desenhar os esboços maiores de um projeto histórico que aparentemente se esgotou.

Se é possível também tratar do Direito como realização última da liberdade humana, sua produção e organização deve passar inegavelmente pelo crivo da *técnica democrática* (KELSEN, 2000). A democracia como regime de produção e organização das normas oriundas das vontades democráticas torna, por um movimento tautológico muito parecido com aqueles dois movimentos anteriormente referidos, a regra de ouro tanto para certificar o Estado (e consequentemente a força do Direito para alimentá-lo), quanto o horizonte do conjunto das críticas orientados a reformar as bases sociais em favor do próprio Direito. É contra esse risco iminente de abalar essa montagem que irão se insurgir, na defesa indeclinável do fenômeno democrático, a crítica demolidora de outras instâncias.<sup>7</sup>

Assim, essa forma de visualizar os conflitos pode ser talvez parcialmente verdadeira. Do ponto de vista dos excluídos, o que se tem é uma coerção cada vez mais poderosa que os impede de serem realmente incluídos e participar dos espaços sociais; talvez isso ocorra justamente porque os fundamentos jurídico-estatais estejam cada mais sendo reforçados e presentes do que o caso contrário. Como exemplo, não se trata de que um excluído "perdeu o direito a ter direitos" (LAFER, 1988, p. 163), mas sim que ele *ganhou a perda do direito a ter direitos*, um movimento anterior ativo por parte das instituições que voluntariamente imprimem essa marca às mais variadas frações da comunidade.

Aquilo que os Estados industrializados têm atualmente diante deles é uma *massa estavelmente residente de não-cidadãos*, que não podem nem querem ser naturalizados nem repatriados. Esses não-cidadãos têm frequentemente uma nacionalidade de origem, mas, enquanto preferem não usufruir da proteção de seu Estado, encontram-se, tal como os refugiados, na condição de "apátridas de fato". (AGAMBEN, 2015, p. 30-31)

Basta conferir, em um curto trecho, a percepção de Kelsen sobre a democracia: "Mas não é somente a ditadura do proletariado, fundada no plano teórico da doutrina neocomunista e atualizada no plano prático do partido bolchevique russo, que se insurge contra o ideal de democracia. A forte pressão exercida por esse movimento do proletariado sobre o espírito e a política da Europa leva a burguesia a assumir também, por reação, uma atitude antidemocrática" (KELSEN, 2000, p. 26).

O que ocorre é que, a rigor, tanto as exclusões quanto as inclusões dentro da própria produção discursiva do Direito parecem esconder uma relação mais complexa e obscena, a de que, em sua tentativa de "excluir o fora", o Direito faz com que toda e qualquer situação esteja incluída em sua zona de imprevisibilidade. Trata-se das operações lógicas da "inclusão exclusiva" e "exclusão inclusiva" (AGAMBEN, 2002, p. 15-16; 29; 34; 113).8

Uma resposta dada com o silêncio ainda permanece sendo uma resposta. Portanto, da minoria cuja expressão são as figuras dos excluídos (refugiados, apátridas, negros, mulheres, crianças, etc.) não se trata de uma ausência de resposta das instâncias burocráticas nacionais e supranacionais, mas sim uma resposta claramente dada por meio do silencio, uma ação propositada que se presentifica na própria ausência. Dar uma resposta com o silêncio ainda continua sendo uma resposta. E, sendo assim, a organização em defesa de reforços jurídico-estatais em busca de uma resposta inclusiva é já uma tentativa precária de encontrar uma outra resposta a uma resposta já dada pelo silêncio. Seria preciso construir uma alternativa que não atravessasse as coordenadas já estabelecidas pela situação presente, "mais além dos direitos humanos", para a formulação de uma nova pergunta, a partir da qual fosse possível orientar desde a minoria uma nova resposta que não seja um retorno aos processo de exclusão.

# 2. O DIREITO E O ESTADO OPERAM EM UMA TENDÊNCIA A REDUZIR TUDO A TAIS FIGURAS

Se é possível definir "minoria" tal como se definiu anteriormente, isto é, por meio de suas figuras exemplares, então é possível deduzir a hipótese, também já exposta, de que toda forma jurídica e estatal, na medida em que se propõe a se desenvolver por meio de suas duas movimentações (instauradora e conservadora), tem recursos suficientemente sustentáveis para dar uma resposta direta a situação cuja jurisdição domina, mesmo que essa resposta seja apenas e tãosomente um silêncio eloquente.

Se o Direito opera dessa maneira e continua a operar, a rigor, o que se tem a longo prazo é

Agamben entende que aquilo que é "excluído" do direito não está propriamente *fora*, já que a instância fora-da-lei é justamente aquilo que o Direito busca a todo custo evitar. O "excluído", na verdade, está em uma relação com o Direito, uma relação de suspensão. Suspenso, o excluído não é colocado fora, mas permanece juridicamente incluso, tendo em vista que a suspensão é, também, um ato propriamente jurídico, dele não se desliga. É por essa razão que Agamben chama a esta exclusão de *exclusão-inclusiva*, a qual denomina, também, de *exceção*: "Se a nossa hipótese está correta, a sacralidade é, sobretudo, a forma originária da implicação da vida nua na ordem jurídico-política, e o sintagma *homo sacer* nomeia algo como a relação 'política' originária, ou seja, a vida enquanto, na exclusão inclusiva, serve como referente à decisão soberana. Sacra a vida é apenas na medida em que está presa à exceção soberana, e ter tomado um fenômeno jurídico-político (a insacrificável matabilidade do *homo sacer*) por um fenômeno genuinamente religioso é a raiz dos equívocos que marcaram no nosso tempo tanto os estudos sobre o sacro como aqueles sobre a soberania. *Sacer esto* não é uma forma de maldição religiosa, que sanciona o caráter *unheimlich*, isto é, simultaneamente augusto e abjeto, de algo: ela é, ao contrário, a formulação política original da imposição do vínculo soberano" (AGAMBEN, 2002, p. 92-93).

um enquadramento que apenas preserva sua forma de exclusão e uma imensidão da população excluída. Se a produção dessa agência esvazia cada vez mais a participação daqueles em cujas normas incidem, perguntas do tipo "O direito serve para quem?", "O direito existe para quê?", "Quem é o seu produtor?", ganham outras tonalidades e complexificam substancialmente o tema. Se a operação jurídica de ampliação de seus domínios esvazia a participação dos sujeitos e os exclui em uma minoria, qual seria a razão do próprio Direito existir que não para servir seu único senhor, o Estado?

[...] apesar dos falatórios dos bem-intencionados, hoje, o povo não é senão o suporte vazio da identidade estatal e unicamente como tal é reconhecido. [...] se os poderosos da terra se movem armados para defender um *Estado sem povo* (o Kuwait), os *povos sem Estado* (curdos, armênios, palestinos, bascos, judeus da diáspora) podem, ao contrário, ser oprimidos e exterminados impunemente, para que fique claro que o destino de um povo só pode ser uma identidade estatal e que o conceito de *povo* apenas tem sentido se recodificado naquele de cidadania. (AGAMBEN, 2015, p. 66-67.)

É por meio de seu primeiro curto-circuito funcional que se produz sua segunda contradição: se o Direito é elemento do Estado que serve ao monopólio estatal, e o Estado também é elemento do Direito, pode-se deduzir logicamente que existe uma tendência à transformação total do que não possui características estatais a se reduzir a minoria na expressão de suas figuras mais usuais e exemplares. As experiências individuais que estavam em um alargamento de suas medidas caem abruptamente e reduzem-se a mínimos espaços convivenciais não mais como experiências autênticas, mas sim como incomunicação, padronização e atomização.

Walter Benjamin talvez tenha sido um dos mais avisados teóricos que prenunciaram a cisão provocada por essas manifestações dessubstancializantes no alvorecer no século XX pela "arte de narrar em vias de extinção". A incapacidade de produzir narrativas e de suportar uma vida cotidiana asséptica e robótica, pois "por mais familiar que seja seu nome, o narrador não está de fato presente entre nós, em sua atualidade viva. Ele é algo distante, e que se distancia ainda mais. (...) Uma experiência quase cotidiana nos impõe a exigência dessa distância e desse ângulo de observação" (BENJAMIN, 1987, p. 197). A sensação de que uma mudança no tempo está ocorrendo, e essa nova velocidade não deixa margem para as simples manifestações próprias das narrativas particulares (como o ato de narrar um acontecimento, por exemplo). Como resultado, produz-se um sujeito que a todo instante está em estado de alerta, contra seus vizinhos, seus parentes e até contra si mesmo, um indivíduo incapaz de refletir sobre suas próprias escolhas e responsabilidades, apto a ser cooptado por qualquer discurso impositivo, um *sujeito espectral* cujo horizonte de possibilidade se mostra cada vez menor pela dessubjetivação (AGAMBEN, 2009, p. 47)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Preocupado com a captura dos indivíduos pelos dispositivos, Agamben estatui, em seu texto *O que é um dispositivo?*, como toda subjetivação por parte destes, toda inclusão, é, também, uma sujeição e, portanto, uma dessubjetivação: "O que define os dispositivos com os quais temos que lidar na atual fase do capitalismo é que estes não agem mais tanto pela produção de um sujeito quanto por meio de processos que podemos chamar de

O futuro dessa subjetivação também corre sérios riscos. A longo prazo, ele tende a uma monopolização de níveis exponencialmente maiores que as já operadas atualmente. Imagine-se, por exemplo, grandes populações de excluídos enquadrados em suas vidas precárias a partir do significante da minoria, em qual regime jurídico esses sujeitos dessubjetivados estariam sob o comando? De uma simples resposta negativa de não prestação estatal, de não incidência no amparo jurídico? Se essa tendência se concretizar, o futuro das relações sociais modernas poderão não apenas deixar de contar com aspectos positivos da civilização ocidental moderna, como também, sob a aparência de uma democracia formal, assumir bases cada vez mais totalizantes e totalitárias.

A partir do fato de que o Direito, ou o Estado, é capaz de abranger todas as suas exclusões, naquilo que se chamou acima de "exclusão inclusiva", até mesmo a mais extrema situação de abandono entra nos cálculos da gerência estatal, de modo que o mais excluído é, também, um sujeito de direito. Para ilustrar esta situação limite, Agamben traz a figura do homo sacer, pertencente ao direito romano antigo. Aquele indivíduo que, em razão do cometimento de algum ilícito considerado grave, como o parricídio, poderia ser juridicamente condenado a passar a ser homo sacer, ou homem sacro. O homo sacer era considerado um sujeito excluído tanto do direito divino quanto do direito mundano, isto é, nenhum destes o considerava um indivíduo passível de proteção jurídica, razão pela qual o *homo sacer* é não só insacrificável – já que para ser sacrificado, é necessário que seja reconhecido pelo direito divino – mas também matável – qualquer um que o assassinasse não cometeria homicídio. Apesar disso, sua condição é, concomitantemente, a de um apenado, afinal seu abandono é uma punição jurídica, de forma que, mesmo este caso limite de exclusão do direito está incluso neste último, e a não-relação entre homo sacer e jus é uma relação de não-relação. Não seria esta a condição limite de todos na contemporaneidade, isto é, não seriam todos, na presente situação dos Estados do mundo, potencialmente homo sacer? (GIACOIA JR., 2018, p. 131-139)

Da mesma forma, houve um processo de apossamento dos espaços públicos e sua consequente anulação. No segundo caso, parece que as categorias de duração e instante ganham destaque. Não se pode pensar a "passagem do tempo" como simplesmente uma linha reta imaginária e quantificável, ao contrário, é preciso intuir certa circularidade e certo retorno para se pensar a experiência do que vem pela frente. Nestes termos, a crise apresenta o inominável como monstruosidade.

O resultado é que aparecem ainda mais o reforço das instituições democráticas e jurídicas

dessubjetivação. Um momento dessubjetivante estava certamente implícito em todo processo de subjetivação, e o Eu penitencial se constituía, havíamos visto, somente por meio da própria negação; mas o que acontece agora é que processos de subjetivação e processos de dessubjetivação parecem tornar-se reciprocamente indiferentes e não dão lugar à recomposição de um novo sujeito, a não ser de forma larvar e, por assim dizer, espectral. Na não-verdade do sujeito não há mais de modo algum a sua verdade" (AGAMBEN, 2009, p. 47).

em um alargamento desse fora sem a intenção consciente de que essa mesma defesa acarreta a obstrução da criação de lócus ainda não previstos e programados pelo direito. Além disso, há uma aposta de que o progresso desenlace esse nó.<sup>10</sup>

A vida biológica, forma secularizada da vida nua, que tem indecidibilidade e impenetrabilidade em comum com esta, constitui literalmente, assim, as formas de vida reais em formas de *sobrevivência*, permanecendo nelas intocada como a obscura ameaça que pode atualizar-se imediatamente na violência, na estranheza, na doença e no acidente. Ela é o soberano invisível que nos olha por trás das máscaras insensíveis dos poderosos que, percebendo ou não isso, nos governam em seu nome. (AGAMBEN, 2015, p. 18)

A noção da contemporaneidade não reflete a instantânea complexidade da experiência do agora, fazendo de sua manifestação uma imagem muito frágil das características de uma dada situação histórica, como Agamben parece sugerir, "a contemporaneidade, portanto, é uma singular relação com o próprio tempo, que adere a este e, ao mesmo tempo, dele toma distâncias; mais precisamente, essa é *a relação com o tempo que a este adere através de uma dissociação e um anacronismo*" (AGAMBEN, 2009, p. 59). É preciso sempre levar em conta a excentricidade dos tempos contemporâneos quando o assunto é o ser contemporâneo e o futuro, uma vez que "aqueles que coincidem muito plenamente com a época, que em todos os aspectos a esta aderem perfeitamente, não são contemporâneos porque, exatamente por isso, não conseguem vê-la, não podem manter fixo o olhar sobre ela" (AGAMBEN, 2009, p. 59). A assunção dessa incapacidade está na ordem do dia porque "é esta incapacidade de traduzir-se em experiência que torna hoje insuportável – como em momento algum no passado – a existência cotidiana, e não uma pretensa má qualidade ou insignificância da vida contemporânea confrontada com a do passado" (AGAMBEN, 2005, p. 22).<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Mesmo não sendo cegamente fiel à noção de progresso, Bobbio ainda não se consegue se desvincular de sua eficácia na exata medida em que pensa com e contra Kant o desenvolvimento linear da humanidade a partir do ponto de vista do gênero humano e social, para melhor: "Não me considero um cego defensor do progresso. A ideia do progresso foi uma ideia central da filosofia da história nos séculos passados, depois do crepúsculo, embora não definitivo, da ideia de regressão (que Kant chamava de terrorista) e dos ciclos, predominantes na época clássica e pré-cristã. E, ao dizer 'definitivo', já sugiro a ideia de que o renascimento contínuo de ideias do passado, que em determinada época eram consideradas mortas para sempre, é já por si mesmo um argumento contra a ideia do progresso indefinido e irreversível. Contudo, mesmo não sendo um defensor dogmático do progresso irresistível, tampouco sou um defensor igualmente dogmático da ideia contrária. A única afirmação que considero poder fazer com certa segurança é que a história humana é ambígua, dando respostas diversas segundo quem a interroga e segundo o ponto de vista adotado por quem a interroga. Apesar disso, não podemos deixar de nos interrogar sobre o destino do homem, assim como não podemos deixar de nos interrogar sobre sua origem, o que só podemos fazer — repito mais uma vez — escrutando os sinais que os eventos nos oferecem, tal como Kant o fez quando propôs a questão de saber se o gênero humano estava em constante progresso para o melhor (BOBBIO, 1992, p. 52-53).

<sup>11</sup> Traduzir-se em experiência é conseguir visualizar a história desvinculada dos mitologemas que a pervertem, como a ideia de progresso; isto é, a experiência consiste em compreender as repetições: "Pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e apreender o seu tempo. (...) Neste ponto gostaria de lhes propor uma segunda definição da contemporaneidade: contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro. (...) Contemporâneo é, justamente, aquele que sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente. (...) Contemporâneo é aquele que recebe em pleno rosto o facho de trevas que provém do seu tempo"

Com essa nova reconfiguração da noção de contemporâneo, a impressão que se dá é a de que é o futuro que passa a ser o fiador do presente. Que se trata não mais de uma aposta dentro dos parâmetros da probabilidade cronológica de que o presente é o melhor presente por ser o mais compatível. Porém, apostar "as fichas no tempo que vem" e fazer passar o futuro para a condição de "fiador do presente" é fazer do contínuo que corta horizontalmente a história um desvio sem retorno. Por mais intuitivo que seja, torna-se insuficiente pensar o atual apenas como o conjunto das determinações das condições materialmente históricas, pois é preciso reconhecer que a projeção imaginada de um tempo também o compõe, isto é, que a ideia de futuro faz parte do presente e o influencia significativamente. A capacidade de resistência desse novo tempo não deixa margem para a emergência do novo, mesmo que as circunstâncias do tempo presente não sejam capazes de pelo menos estagnar as coordenadas de um espaço mínimo de sobrevivência.

Para se recolocar toda a questão jurídica para que se possa pensar o que significa *viver em comum*. Desde Paulo de Tarso, e passando por São Francisco de Assis, como mostra Agamben, a questão do *viver em comum* é posta em expressa contradição à lei e ao direito de suas épocas. Por que as coisas seriam diferentes? Enviesados pelo *apartheid* social, os direitos e os estados do mundo agenciam, cada um a seu modo, os demais antagonismos sociais, cercando pessoas, coisas e terras. O desafio é deslocar cada um impedimentos para um puro Comum, uma ressignificação do próprio adjetivo "jurídico", que desativa a *propriedade* em seu sentido de "posse" ou "detenção", sublevando-a ao seu significado de característica singular que performa o próprio a partir de sua impropriedade inominável.

# 3. TAL TENDÊNCIA SE DÁ CONFIGURAÇÃO DO TEMPO HISTÓRICO DEVIDO À IDEIA DE PROGRESSO

As articulações políticas passíveis de ações autenticamente transformadoras podem ser entendidas como situadas entre o "espaço de experiências" e o "horizonte de expectativas" <sup>12</sup>, "a

<sup>(</sup>AGAMBEN, 2009, p. 58-64).

Brevemente, Koselleck os apresenta nesses termos: "A experiência é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento. (...) Algo semelhante se pode dizer da expectativa: também ela é ao mesmo tempo ligada à pessoa e ao interpessoal, também a expectativa se realiza no hoje, é futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto. Esperança e medo, desejo e vontade, a inquietude, mas também a análise racional, a visão receptiva ou a curiosidade fazem parte da expectativa e a constituem. (...) Passado e futuro jamais chegam a coincidir, assim como uma expectativa jamais pode ser deduzida totalmente da experiência. Uma experiência, uma vez feita, está completa na medida em que suas causas são passadas, ao passo que a experiência futura, antecipada como expectativa, se decompõe em uma infinidade de momentos temporais. (...) O tempo, como se sabe, de qualquer modo não pode ser expresso a não ser em metáforas espaciais, mas evidentemente é mais claro falar-se de 'espaço de experiência" e de 'horizonte de expectativa' do que do contrário, de 'horizonte de experiência' e 'espaço de expectativa', embora estas expressões também não deixem de ter sentido. O que aqui importa é mostrar que a presença do passado é diferente da presença do futuro" (KOSELLECK, 2006, p. 309-311).

hipótese que se apresenta aqui é a de que, (...) entre experiência e expectativa, constitui-se algo como um 'tempo histórico'" (KOSELLECK, 2006, p. 16). Aquele configura a carga das falhas e acertos anteriores que estabelecem as coordenadas dentro das quais os movimentos políticos são possíveis, são as regras do jogo; este representa os prognósticos imaginados a partir dessas próprias coordenadas, são as jogadas do mesmo jogo. O espaço aberto pelo produto da matéria concreta sedimentada historicamente e pela projetada imaginação futura espremem o tempo presente dandolhe não apenas o conjunto dos dados da situação como também sua *potência de reconfiguração*.

Em verdade, Acompanhando e comentando as teorizações de Reinhart Koselleck, Paulo Arantes, em seu prognóstico de que o tempo atual se identifica pelo decrescimento das expectativas projetivas, diz do "horizonte comum", o "presente e passado se encontravam assim englobados por um *horizonte histórico comum*" (ARANTES, 2014, p. 36)<sup>13</sup>. Inclui-se ainda nesse diagnóstico a tese de Arantes da "era das expectativas decrescentes", definido como encurtamento da forma como imaginamos o futuro: o futuro revolucionário está longe de acontecer, mas, quando tiver lugar, será uma nova ordem social nunca antes vista; o futuro da guerra é bem mais possível, mas, quando acontecer, não trará nada de novo, se não algo "diferente" — o fascismo, o liberalismo ou o socialismo, coisas que existem em outros espaços do globo —; e o futuro da crise é sempre presente, e não só não traz nada de novo, ou de diferente, como não traz nada: traz só a ameaça de que tudo acabe numa catástrofe. A forma da revolução, da guerra e da crise, todas elas são formas seminais se entrelaçam por meio desse referente comum.

Há ainda outro objeto para a história das temporalidades que se interessa pelas características elementares de um mundo. São parâmetros pelos quais se consegue medir os seres finitos em um mundo, métodos de classificação e compartimentação. Três vertentes também podem aparecer: a universalidade, particularidade e singularidade. Em certa medida, as práticas jurídicas têm como alvo ao menos uma dessas três perspectivas. Quando se advoga a defesa de algum direito fundamental, quando se pensa em ações processuais e direitos subjetivos ou mesmo quando se imagina um campo dentro do qual o ordenamento jurídico não tem jurisdição, todas essas dinâmicas incorporam uma referência, mesmo que indireta, às dimensões apresentadas. A inserção da questão da historicidade é crucial para que esses processos tenham efetividade. A fusão das temporalidades (presente, passado, futuro) por aquilo que é compartilhado (universalidade, particularidade e singularidade) pode ser chamado de Comum.

Conforme os caminhos que foram sendo tomados ao longo de suas pesquisas, Koselleck

<sup>13 &</sup>quot;No ensaio de abertura de *Futuro Passado* – para entrarmos de vez no núcleo categorial de nossa hipótese, um diagnóstico de época orientado pelo deslocamento de todo um Horizonte de Expectativa enquanto parâmetro fundador do Tempo do Mundo –, Koselleck reconstitui uma verdadeira experiência da história, para ser exato, uma experiência direta do fenômeno moderno de 'temporalização da história'" (ARANTES, 2014, p. 36).

percebeu que há a vaga noção de tempo histórico como produto do espaço de experiência e do horizonte de expectativas articulava entre si três elementos: o presente, o passado e o futuro. Segundo ele, os momentos críticos pelos quais se passa um estrato de tempo abrem margem para pensar o impensável, mesmo que isso queira significar coisas terríveis. Ainda em suas considerações, Koselleck sustenta que um desses impensáveis apareceu na Idade Moderna com o nome de utopia, isto é, o não-lugar imaginário que se faz presente ou como uma projeção que virá ou como uma miragem do antigo passado. Esse utopismo, em realidade, tratava-se de um engodo, um mal-entendido criado por uma época culminando no bloqueio das novidades e na obstrução de uma política verdadeira:

Quando nossa investigação tiver atingido sua meta, a dependência e o entrelaçamento recíprocos da crise e da filosofia da história — e, por que não, sua identidade — terão se tornado visíveis em alguns pontos de partida no século XVIII. O utopismo originou-se de um mal-entendido em relação à política, mal-entendido que foi condicionado historicamente e, em seguida, fixado pela filosofia da história. No fogo cruzado da crítica, não se desmantelou apenas a política de então. Neste mesmo processo, reduziu-se a própria política, enquanto tarefa constante da existência humana, a construções utópicas do futuro. A estrutura política do Estado absolutista e o desenvolvimento do utopismo são um processo complexo, no qual se inicia a crise política do presente (KOSELLECK, 1999, p. 17).

A mudança radical dessa aparente força do ordenamento contemporâneo poderia ocorrer pela construção de um tempo em que a crise não mais consiga criar as instâncias do espaço de experiência e do horizonte de expectativa em balanço. Seria preciso chegar em um tempo em que tal relação acumule tanta força entrópica que poderá não mais deixar os elementos da tradição remanescer, comprometendo até mesmo a Filosofia da História como um campo de conhecimentos estáveis. Para frear esse fluxo, é preciso partir de uma Filosofia da História outra que deforme a tal ponto a intuição concreta do tempo que tanto a crise quanto as utopias possam perder seus sentidos imediatos para ceder lugar ao impensado. A carga imaginativa dessas instâncias será esvaziada de qualquer predicado possível na medida em que perdem todos seus sentidos.

É sobre essa problemática que se debruça o embate entre o *tempo da história* e o *tempo do projeto*. O primeiro, como a culminação conservadora da ordem vigente como única a operar, valendo para toda e qualquer novidade e, o segundo, como uma destruição criadora da própria ordem de conservação, puro devir, puro presente: "O tempo do projeto é um ficção metafísica cuja coerência procuro estabelecer e cuja racionalidade vou mostrar. Mas o tempo da história, o 'nosso' tempo, não é menos fictício" (DUPUY, 2011, p. 232). Problema este que, segundo Jean-Pierre Dupuy, quando se trata de metafísica, é o único recurso para a ação: "Não da para fazer nada melhor, em metafísica, do que construir essa espécie de ficções. Porém, elas são indispensáveis para nós. Em todos os casos, trata-se de nos ajudar a nos pensar livres em um mundo submetido ao determinismo causal" (DUPUY, 2011, p. 232).

O horizonte de um novo tempo sempre desperta, aos seus sobreviventes, esperança e temor¹⁴. As expectativas suplantam de alguma forma o cansaço que foi percorrer anos e anos, em escalas nunca antes percorridas, para se renovar. As mudanças estruturais da sociedade nos últimos tempos trouxeram consigo gigantescos desafios que permanecerão insolúveis de acordo com o padrão seguido até o presente momento. Já se falou que o tempo da história e o tempo do projeto estão em constante disputa¹⁵. O desafio epistemológico de pensar uma outra forma de contar o tempo talvez seja a primeira delas — no primeiro caso, o fantasma do progresso como deposição de experiências ao longo de um recorte histórico determinado, uma cronologia bem marcada e ocupada com nomes próprios, instituições aparentemente estáveis e permanentes juntamente com a (falsa) esperança de que o que está por vir sempre será "melhor" e "mais desenvolvido" do que fora anteriormente. É nesta chave que a palavra "crise", percebida como momento difícil a ser superado com paciência e fé, usa de sua máscara perversa para esconder que veio para ficar.

#### **CONCLUSÃO**

O diagnóstico mais imediato que se tem sobre o presente sempre tende ao esgotamento das perspectivas e a continuação de uma ordem que, desde sua origem, parece ter sido falida, mas que,

<sup>14</sup> Na esteira dessa tese está Agamben, que parece também estar de acordo com a noção de que o contemporâneo vivido já conhece que a experiência é indizível e intraduzível, "todo discurso sobre a experiência deve partir atualmente da constatação de que ela não é mais algo que ainda nos seja dado fazer. Pois, assim como foi privado da sua biografia, o homem contemporâneo foi expropriado de sua experiência" (AGAMBEN, 2005, p. 21). Atualmente, o debate ganha outras formas interrogando a historicidade como lente metodológica para a captura do atual. Vilém Flusser foi um dos pioneiros a contribuir sobre a "pós-história" ao final da Guerra Fria: "As imagens que são de fato eternas porque são imateriais foram inventadas apenas no século XX. Mas já nessas imagens químicas está contido o princípio da eternidade. As pessoas começaram a se comportar de outra forma. Havia pessoas que casavam para serem fotografadas. Hoje em dia não sabemos para que nos casamos. Antiguamente casava-se para ser fotografado. Um ato histórico ganhou sentido. Em acontecimentos históricos sempre havia um fotógrafo. A fotografia, a consciência trans-histórica, tornou-se aos poucos o sentido da História. Isso ficou cada vez mais evidente na primeira e ainda mais intensamente na segunda metade do século XX. O sentido da chegada na Lua é a imagem. Um sequestro de avião acontece para a imagem. O sentido da ação política é a imagem. A imagem tornou-se a meta da História. As pessoas começam a ultrapassar a História, sem ter consciência disso." (FLUSSER, 2014, p. 217-218). Pretende-se com isso defender um modo de escrita do presente (um presentismo) que narre, com o auxílio tanto da forma de filosofia especulativa, que chega tarde nas suas considerações, quanto da historicidade/história/historicismo, que esquece das narrativas universalistas, e na qual o domínio dos particularismos relativistas é permanentemente enfatizado.

<sup>&</sup>quot;o tempo do projeto não é um fatalismo, a despeito da postulação de um porvir fixo. O que faz ele não ser um fatalismo é que ele sabe demais a respeito da capacidade dos encadeamentos causais e *imitar* o fatalismo, de produzir 'efeitos de destino'. Ele joga com isso. Voltemos ao sentido da liberdade no tempo do projeto. Uma vez fechado o círculo em seu ponto fixo, que é o estado do porvir, o que não pertence nem ao passado nem ao futuro é impossível. Não há nada fora do mundo atual e da linha do tempo que o constitui. Tudo nele é necessário. A liberdade não pode ser situar senão na atividade mental daquele ou daqueles que procuram o ponto fixo do fechamento do círculo 'antes' de tê-lo encontrado. O porvir encontra-se então 'ainda' desconhecido, é um 'x' no sentido do termo desconhecido, pode-se fazer com ele todo tipo de operações, *como se* o conhecêssemos, e assim determinar o seu valor. A liberdade, aqui, é de dar a si em pensamento qualquer porvir e tirar dele as conclusões sobre o passado que o antecipa e reage ao seu dado. É nesse sentido que se pode dizer que *antes* que o porvir se determine, ele *ainda não* é necessário. Porém esse 'antes' e esse 'ainda não' se situam fora do tempo do projeto. No tempo do projeto, a determinação *simultânea* do passado e do futuro deixa essas expressões privadas de sentido' (DUPUY, 2011, p. 231-232).

por esse mesmo motivo, não consegue ser nada mais que um fantasma. Dessa forma, as três breves notas apresentadas tentaram de algum modo se alinhar em uma forma de apresentação implicativa segundo a exposição de seus paradoxos e contradições como exercícios do pensamento em busca da construção de alternativas.

Na primeira das indagações, buscou-se relacionar as atividades jurídicas com as estatais em busca de uma relação íntima e tautológica de dupla implicação de legitimação, isto é, enquanto uma delas se ergue em favor da outra, esta outra também faz o mesmo. Esse sistema de autorreferência também implica dois movimentos: o primeiro deles é de que há uma constante de alargamento das forças jurídico-estatais e consequentemente a tentativa de excluir a exclusão ao máximo. O que, como resultado, cria-se uma minoria e a retira imediatamente das decisões e do jogo da primeira dupla.

Em seguida, na segunda das indagações, apresentou-se uma hipótese de que todos os sujeitos tomados enquanto individualidades potencialmente (ou seja, por tendência) irão pertencer à minoria de alguma forma recaindo no enquadramento de alguma das figuras expressão dessa mesma minoria. Em outras palavras, ao transformar a estrutura jurídico-estatal no centro, o restante todo será tendencialmente o marginal, a periferia.

Por fim, na terceira e última das indagações, defendeu-se que essa configuração, para se realizar, só poderá ter êxito na medida em que uma certa forma de lidar com o tempo se adequar à razão progressista da história que a pensa em termos lineares e acumulantes. Por outro lado, se se pode pensar a história a partir de um presentismo produto dos planos do "espaço de experiência" e do "horizonte de expectativa", o tempo da história poderá talvez ser substituído pelo tempo do projeto, uma alternativa que resgata e polemiza com os cânones mais importantes do debate em torno da secularização.

Por razões ultrapassariam os objetivos do presente trabalho, as referências citadas e utilizadas lateralmente como indicações do problema das temporalidades não poderão integrar o cerne dessa preocupação. Mesmo assim, tem-se como horizonte a aproximação desse tema com a emergência das crises atuais de toda ordem. Pensar a crise como a aproximação do fim dos tempos e como o umbral para o tempo do fim é de fundamental importância. O ponto interessante é todas as questões desse amplo espaço de investigação gravitam em torno do direito, e, antes mesmo do surgimento lógico deste, parece haver um espaço de difícil conceituação em que poderia se localizar o Comum. Seria de muito bom grado que as considerações tecidas considerações não se cumprissem, seria preciso resgatar, ao menos para fortalecer a estrutura subjetiva de um agente cujo tempo não cessa de lembrá-lo de sua impotência, a grande lição do excerto mais enigmático e enovelado de Walter Benjamin, o *Fragmento Teológico-Político*, e afirmar que essa "potência de

reversão" só pode ter apenas e tão somente um nome: nihilismo.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história*: destruição da experiência e origem da história. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

AGAMBEN. *Meios sem fim: notas sobre política*. Trad. Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo?* e outros ensaios. Trad. Vinícius Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

ARANTES, Paulo Eduardo. *O novo tempo do mundo:* e outros estudos sobre a era da emergência. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. Companhia das Letras, 1990.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica*, *arte e política*. *Obras escolhidas*. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio Jeanne Marie Gagnebin. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DELEUZE, Gilles. Conversações, 1972-1990. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes*: quando o impossível é uma certeza. Trad. Lilian Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

FLUSSER, Vilém. *Comunicologia*: reflexões sobre o futuro: as conferências de Bochum. Trad. Tereza Maria De Souza Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Agamben:* Por uma ética da vergonha e do resto. São Paulo: n-1 edições, 2018.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em conpêndio*. Trad. Paulo Meneses ... [et al.]. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Vera Burkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado:* contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução César Benjamin. Rio de Janeiro:

Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. Supervisão e notas Marcelo Baches. 2. ed. rev. São Paulo: 2010.

# O DIREITO À MORADIA NO BANCO DOS RÉUS: UTOPIA CONSTITUCIONAL OU DISTOPIA?

Claudia Karina Ladeia BATISTA<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho pretende analisar a importância da constitucionalização do direito à moradia e os desafios enfrentados pelo Judiciário nas grandes desocupações de áreas urbanas. Para tanto, pretende compreender o direito à moradia em seu aspecto prestacional e defensivo para, neste último, identificar os problemas decorrentes da atuação judicial em desconformidade com as normas constitucionais nos processos de reintegração de posse. Objetiva defender a importância da atuação judicial norteada pela densificação do princípio da dignidade humana, a fim de que o Judiciário não figure como violador de normas constitucionais. Por meio do método dedutivo e emprego de pesquisa documental e bibliográfica espera-se demonstrar que a salvaguarda do direito à moradia está umbilicalmente relacionada a uma mudança paradigmática, quer na concepção do direito de propriedade, cujos contornos constitucionais lhe exigem o cumprimento de sua função social, quer no compromisso do Judiciário com a constitucionalidade de suas decisões. Tal mudança, como se pretende elucidar, há de ser implementada nos processos de desocupação forçada não pela violação das normas consagradoras da propriedade e da posse, mas pela interpretação constitucional das mesmas, num verdadeiro compromisso da atuação judicial com os preceitos constitucionais consagradores de direitos sociais. Defende-se, pois, que a proteção constitucional do direito à moradia não constitui utopia, mas sim prospecção a ser utilizada na ampla defesa do referido direito, quer seja por políticas públicas, quer pelo próprio Poder Judiciário em sua atuação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à moradia; desocupação forçada; dignidade humana, hermenêutica constitucional.

#### **RESUME**

El presente trabajo pretende analizar la importancia de la constitucionalización del derecho a la vivienda y los desafíos que enfrenta el Poder Judicial en los grandes desalojos urbanos. Para ello, pretende comprender el derecho a la vivienda en sus aspectos de desarrollo y defensivos, a fin de identificar los problemas derivados de la acción judicial sin tener en cuenta las normas constitucionales en los procesos de reintegración. Su objetivo es defender la importancia de la acción judicial guiada por la densificación del principio de la dignidad humana, para que el poder judicial no aparezca como una violación de las normas constitucionales. A través del método deductivo y el uso de la investigación documental y bibliográfica, se espera demostrar que la salvaguardia del derecho a la vivienda está relacionada de manera umbilical con un cambio paradigmático, tanto en la concepción del derecho de propiedad, cuyos contornos constitucionales exigen el cumplimiento de su función social. , o en el compromiso del Poder Judicial con la constitucionalidad de sus decisiones. Tal cambio, como pretende dilucidar, debe implementarse en procesos de desalojo forzoso, no violando las normas que consagran la propiedad y la posesión, sino la interpretación constitucional de los mismos, en un verdadero compromiso de acción judicial con los preceptos constitucionales que consagran los derechos sociales. . Se argumenta, por lo tanto, que la protección constitucional del derecho a la vivienda no es una utopía, sino más bien una

Doutora em Direito Constitucional — Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE-Instituição Toledo de Ensino), Mestre em Direito — Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito (UNITOLEDO), Especialista em Direito Civil e processual Civil (UNORP). Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Parecerista da revista de doutorado e mestrado da UENP — Universidade Estadual do Norte do Paraná- Argumenta. Telefone (17) 996444479. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

perspectiva para ser utilizada en la defensa amplia de este derecho, ya sea por las políticas públicas o por el propio Poder Judicial en su acción.

**PALAVRAS-CHAVE:** Derecho a la vivienda; desalojo forzoso; Dignidad humana, hermenéutica constitucional.

### INTRODUÇÃO

O direito à moradia é tratado no Brasil como um direito social inserida no rol do artigo 6º por força da Emenda Constitucional 26/2000. Salienta-se, porém, que não tem ele só uma dimensão social. Trata-se, de um direito dotado de proteção de caráter prestacional e defensivo, notadamente de uma garantia contra ingerências indevidas, tanto em relação ao Poder Público quanto no que concerne aos particulares.

Em se tratando da dimensão negativa ou defensiva, Cláudia Honório sustenta que o direito à moradia traz consigo o dever do Estado e dos particulares o respeitarem, visto que a norma impõe "[...] a vedação do retrocesso no tratamento legislativo, sendo que o direito à moradia não pode ser suprimido ou restringido arbitrariamente, nem reduzidas as conquistas até agora alcançadas".<sup>2</sup>

Já em sua dimensão positiva ou prestacional, o direito fundamental à moradia implica no dever do Estado de editar normas para efetivar esse direito, bem como de promover a satisfação desse interesse mediante atuação administrativa ou até mesmo jurisdicional.<sup>3</sup>

Para Ingo Wolfganf Sarlet, o reconhecimento do direito fundamental à moradia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este reclama, em sua dimensão positiva, a satisfação de necessidades existenciais básicas de uma vida com dignidade, "[...] podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade". 4 Mais do que isso, assim afirma o referido autor:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.<sup>5</sup>

Não obstante se possa dividir o direito à moradia, para efeitos didáticos, em um direito social de cunho prestacional e defensivo, na prática tal divisibilidade não se justifica. Segundo Beatrice Maurer, a oposição entre liberdade e dignidade representa uma concepção "fracionada" do

<sup>2</sup> HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: uma leitura sistemática constitucional. *In*: **Revista Forense**, vol. 104, nº 396, p. 31-57. Rio de Janeiro, mar./abr. 2008, p. 50.

<sup>3</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição. *In*: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 01, nº 02. Belo Horizonte, jul./set. 2003, p. 04.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 05.

homem, em decorrência de não compreendê-lo em sua totalidade. É justamente em decorrência disso que os direitos humanos são naturalmente indivisíveis. A autora aponta que a dignidade humana exige respeito. "Nisso reside a descoberta cada vez mais apurada da dignidade em si e, portanto, o progresso da dignidade para si ou para nós. A consequência da dignidade da pessoa humana se formaliza num respeito". É justamente em decorrência da necessidade de respeito à dignidade humana que os direitos fundamentais evoluíram, construindo as "gerações" ou "dimensões" até agora racionalizadas pela doutrina jurídica.

No mesmo sentido, considerando o intenso processo de urbanização pelo qual passou o mundo e, via de consequência, o Brasil, evidente que os direitos fundamentais também evoluíram. Caso assim não tivesse ocorrido, a própria dignidade humana seria irremediavelmente comprometida, construindo em sua completude o cenário apocalíptico intuído por Zigmunt Bauman, no seguinte sentido:

A história em que e com que crescemos não tem interesse no lixo. Segundo essa história, o que interessa é o produto, não o refugo. Ser 'redundante' significa ser extranumerário, desnecessário, sem uso – quaisquer que sejam os usos e necessidades responsáveis pelo estabelecimento dos padrões de utilidade e de indispensabilidade. Os outros não necessitam de você. Podem passar muito bem, e até melhor, sem você. Não há uma razão auto-evidente para você existir nem qualquer justificativa óbvia para que você reivindique o direito à existência. Ser declarado redundante significa ter sido dispensado *pelo fato de ser dispensável* – tal como a garrafa de plástico vazia e não-retornável, ou a seringa usada; uma mercadoria desprovida de atração e de compradores, ou um produto abaixo do padrão, ou manchado, sem utilidade, retirado da linha de montagem pelos inspetores de qualidade. 'Redundância' compartilha o espaço semântico de 'rejeites'; 'dejetos' / 'restos'; 'lixo' – com *refugo*. O destino dos desempregados, do 'exército de reservada mão de obra', era serem chamados de volta ao serviço ativo. O destino do refugo é o depósito de dejetos, o monte de lixo.<sup>8</sup>

É justamente nesse sentido que é identificável a direta relação entre a dignidade humana e o direito fundamental à moradia, sem o qual a própria existência das pessoas restaria ameaçada. É com o objetivo de se impedir uma exclusão tão extrema quanto àquela demonstrada por Bauman que a dignidade humana, em todas as suas dimensões, deve ser defendida por todos os Poderes constituídos, inclusive o Judiciário. Entretanto essa possibilidade de defesa dos direitos fundamentais por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

#### 1. A DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À MORADIA.

Ao estudo do direito à moradia é imprescindível reconhecê-lo como necessário, quase indispensável a assegurar o exercício de outros direitos fundamentais. De fato mostra-se improvável

<sup>6</sup> MAURER, Béatrice. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana: pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-79.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>8</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 20.

o exercício da intimidade e vida privada sem moradia. O direito à incolumidade física sem um abrigo contra as intempéries e a violência. É impossível pensar em direito à vida e à saúde sem acesso à água potável e saneamento básico. É difícil pensar em educação quando sequer se tem para onde ir depois da escola — ou melhor — quando sequer se consegue a vaga em uma escola pela ausência de endereço formal. É impensável o prestígio do sigilo de correspondência a quem sequer tem um endereço no qual possa ser encontrado.

A dignidade humana não decorre da lei, mas a antecede e nela encontra guarida. Necessário destacar, nesse sentido, a valiosa lição de Nunes Júnior acerca da natureza "prénormativa" da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor:

[...] a noção de dignidade humana, resgatando o valor intrínseco da vida humana, preordena, como consectário lógico deste valor, a autodeterminação, pois, com base no raciocínio kantiano, se se cuida de um valor impassível de relativização, esta capacidade não pode estar submetida a nenhuma forma de organização estatal ou social hegemônica.<sup>9</sup>

A noção de dignidade integra o núcleo irredutível de qualquer direito predisposto à proteção do ser humano. Além disso: "[...] por ser valor absoluto, que não deve ser mitigado frente a outros interesses, a dignidade deve ser preservada também por ação positiva, quer frente ao Estado, quer frente a particulares".<sup>10</sup>

Necessário, pois, pensar o ser humano como um fim, incluído na sociedade, com o "[...] direito a ter direitos, ressaltando-se aqui não só os direitos inerentes à autodeterminação, mas também aqueles necessários à preservação de sua dignidade material, vale dizer, os chamados "direitos fundamentais sociais".<sup>11</sup>

Mais do que isso, de acordo com Walter Claudius Rothenburg, a rigor, a dignidade seria um "[...] direito preponderante, que sempre se imporia em relação aos demais". 12

Além disso, a dignidade humana, apesar de sua evidente abstração, de conformidade com a doutrina do jusfilósofo Robert Alexy, é uma regra de caráter "absoluto", nos seguintes termos:

[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. 13

Assim, a dignidade humana, enquanto "regra", não pode simplesmente escapar à aplicação judicial do Direito, em especial porque "[...] Os juízes continuam cultivando uma ideia anacrônica de si mesmos, como depositários de conhecimentos eminentemente técnico-

<sup>9</sup> NUNES JÚNIOR, 2009, p. 111.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>12</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo: Método, 2014, p. 122.

<sup>13</sup> ALEXY, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2008, p. 113.

jurídicos válidos enquanto tais, alijando-se assim das expectativas que a sociedade põe nesses sem receber resposta"<sup>14</sup>

Não bastasse essa ligação direta com a própria dignidade humana, o direito fundamental à moradia, nas palavras de Nelson Saule Júnior, tem aplicabilidade imediata e eficácia plena, gerando para o Estado uma obrigação:

Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de constituir políticas públicas que garantam acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida. 15

Tem-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é um metavalor que impregna as normas constitucionais e constitui verdadeiro meio de conformação do ordenamento jurídico. A partir dessa concepção, defende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser um critério "densificador" da atividade jurisdicional, inclusive no que concerne à concretização do direito fundamental à moradia.

Ocorre que não são raros os casos em que se verificam "abismos" entre o programa normativo cujo suporte constitucional já se apresentou, e o âmbito normativo, de acordo com o que será estudado no tópico a seguir.

### 2. O PROGRAMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA

De acordo com o que foi estudado nos tópicos anteriores, o direito fundamental à moradia guarda estrita ligação com a dignidade humana, assim como demonstra ao menos duas dimensões (uma defensiva e uma social). Essas conclusões são passíveis de extração a partir do próprio texto constitucional.

Isso porque todas as pessoas são iguais em dignidade e direitos e, pela circunstância de, nessa condição, conviverem em determinada comunidade, destaca-se o caráter "[...] intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, que já havia sido referido pelo próprio Kant, sugerindo inclusive a existência de um dever de respeito recíproco no âmbito da comunidade dos seres humanos". <sup>16</sup> Segundo Sarlet, a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia assumiu certo destaque no que concerne ao "programa normativo" desse direito, nos seguintes termos:

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, **destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que condiz com tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares.** Nessa perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção a propriedade que serve de moradia ao seu

<sup>14</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 148.

<sup>15</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro: direito à cidade:** trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 71.

<sup>16</sup> SARLET, 2011, p. 164.

Ainda de acordo com Sarlet, a Constituição não apresenta uma definição completa do que é moradia, sendo necessário construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos, contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas que tendem a assumir em lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados pelo direito interno. <sup>18</sup> Ainda segundo o autor:

[...] mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia, que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais. 19

Diante disso, a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia, enquanto importante parcela de seu programa normativo, contribui indiscutivelmente para sua concretização, especialmente quando, no Brasil, o âmbito normativo desse direito é marcado pelas mais diversas violações, de conformidade com o que será estudado no próximo tópico.

#### 3. O ÂMBITO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA

A aferição do âmbito normativo de um direito é importante na aferição da concretude de um direito e, consequentemente, de sua efetividade em comparação com o programa normativo desse direito.

No que concerne ao direito fundamental à moradia, necessário afirmar uma evidente ausência de concretização, quando se compara seu "programa normativo" e seu "âmbito normativo". Nesse sentido, de acordo com a pesquisa de Maria da Piedade Morais, George Alex da Guia e Rubem de Paula:

Segundo relatório da agência da organização das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), há uma forte correlação entre a precariedade das condições de moradia e baixos indicadores de desenvolvimento humano, mostrando que 'o lugar de moradia importa'. A existência de uma ou mais inadequações habitacionais ameaça à saúde, à educação e acesso às oportunidades de emprego dos moradores: eles passam mais fome, têm menor probabilidade de conseguir emprego bem renumerado no setor formal, possuem baixo nível educacional, são mais vulneráveis à doença e morrem mais cedo do que a média da população urbana. Assim podemos afirmar que os assentamentos precários se configuram como a materialização das violações aos direitos humanos e sociais básicos.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1019.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 1029.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 1034.

<sup>20</sup> GUIA, George Alex da; MORAIS, Maria da Piedade; PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito à Moradia no Brasil (1992-2004). *In*: **Boletim de Políticas Sociais**, nº 12, p. 230-241. São Paulo, fev. 2006, p. 239.

De acordo com o Observatório Permanente de Conflitos Urbanos, no Brasil, há cerca de quinhentas mil (500.000) unidades habitacionais em potencial em prédios abandonados, além de galpões industriais. Além disso, oitenta e cinco por cento (85%) das famílias desabrigadas têm renda domiciliar abaixo de três salários mínimos.<sup>21</sup>

Demonstra-se, nesse ponto, a existência, no Brasil, de um imenso "déficit habitacional", consistente na "[...] soma das famílias que não têm onde morar com as que não podem pagar por uma habitação, além das que vivem em locais sem condições mínimas de moradia e aquelas que dividem espaços pequenos demais para muita gente". Esse déficit, no Brasil, no ano de 2007, encontrava-se entre sete e oito milhões (8.000.000) de unidades habitacionais.<sup>22</sup>

Esse déficit habitacional, aliado à urbanização massiva e à baixa renda contribui para o aumento e para a densificação das favelas. De acordo com Raquel Rolnik e Nelson Saule Júnior:

Os números não são precisos, porém podemos afirmar que mais da metade de nossas cidades é constituída por assentamentos irregulares, ilegais ou clandestinos, que contrariam de alguma forma as formas legais de urbanização. Uma parte significativa desses assentamentos é composta por posses de propriedades públicas ou privadas abandonadas ou não utilizadas. Desde os anos 70, os municípios vêm investindo nas chamadas favelas, reconhecendo sua existência como parte da cidade. Entretanto, embora a urbanização das favelas venha sendo defendida e praticada há décadas, a titularidade definida dessas áreas para seus verdadeiros moradores vem esbarrando em processos judiciais intermináveis e enormes dificuldades de registro junto aos cartórios.<sup>23</sup>

Comprova-se, nesse sentido, a distância entre o "programa normativo" e o "âmbito normativo" do direito fundamental à moradia.

Esse distanciamento também é ratificado pela prática jurisdicional atual concernente aos procedimentos de reintegração de posse, especialmente no que se relaciona aos chamados "assentamentos informais".

Para João Maurício Martins de Abreu, os processos judiciais (ações civis públicas, ações de reintegração de posse e reivindicatórias) não contam sequer com a oitiva dos assentados e, muitas vezes, tramitam sem oferecer a estes a chance de se defenderem.<sup>24</sup>

Os procedimentos judiciais não estão preparados para a preservação do direito fundamental à moradia. Além disso: "[...] o procedimento que vem sendo adotado em muitas ações judiciais revela ínfima consideração com a efetividade da defesa do direito à moradia, ou seja, com a

<sup>21</sup> ALBUQUERQUE, Elza; DANTAS, Diana; STREIT, Patrícia *et al.* **Direito à Moradia:** famílias ocupam prédios abandonados para sobreviver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

<sup>22</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>23</sup> ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. *In* ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (orgs.). **Estatuto da Cidade:** novas perspectivas para a reforma urbana. São Paulo: Pólis, 2001-b, p. 05.

<sup>24</sup> ABREU, João Maurício Martins de. A Moradia Informal no Banco dos Réus: discurso normativo e prática judicial. *In*: **Direito GV**, vol. 07, nº 02, p. 391-415. Rio de Janeiro, jul./set. 2011. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/scielo.php-?">http://www.scielo.br/scielo.php-?</a> pid=S180824322011000200002&-script=sci arttext>. Acesso em: 09 abr. 2019.

concretização prática do discurso normativo vigente. É, por isso, um procedimento inadequado e ilegítimo". <sup>25</sup> Aliás, o próprio embasamento das decisões que resultam em grandes desocupações em nada se relaciona ao direito fundamental à moradia. De acordo com o mesmo autor:

Com base em que decidem os tribunais? Normalmente, com base em enrijecidas interpretações de direito civil, sem diálogo com a arquitetura jurídica do direito à moradia. Ou explicam que a moradia constituída, por exemplo, em área pública, é de mera detenção de bem fora do comércio; ou que, quando muito é posse de má-fé, porque constituída sobre bem sabidamente alheio (público ou privado). Às vezes, nossos tribunais acrescentam que as casas dos assentados a serem demolidas não geram vantagem ao proprietário (público ou privado) e concluem que não é devida indenização. Simples assim. Sobre o direito à moradia presencia-se de um trágico silêncio nesses julgados.<sup>26</sup>

Na prática judicial, não é possível encontrar a necessária ponderação com a "segurança jurídica da posse" dos assentados, que deveria ser enfrentada para que, só depois, justificadamente se proferisse uma decisão de "despejo forçado".<sup>27</sup>

Evidente, nesse sentido, que os casos judiciais que envolvem assentamentos informais são "casos difíceis", nos quais não cabe o método da subsunção e não há uma resposta a *priori*.<sup>28</sup>

Ainda de acordo com João Maurício Martins de Abreu, "[...] o re-assentamento adequado ou a indenização cabal formam o núcleo mínimo da defesa do direito à moradia".<sup>29</sup>

Além disso, em grande parte, esse "déficit habitacional" deve-se à desigualdade de acesso à moradia, consubstanciada, especialmente, nos procedimentos voltados às "grandes desocupações urbanas".

# 4. POR UMA "PONTE" PARA VENCER O ABISMO ENTRE O PROGRAMA NORMATIVO E O ÂMBITO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA

Há no ordenamento pátrio considerável produção legislativa que protege o direito à moradia no seu aspecto objetivo (o bem imóvel no qual se habita). Somente para exemplificar, a instituição do "bem de família", a lei do inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor no caso de contratos bancários, a regulamentação dos financiamentos habitacionais, previsão legal de subsídios para a aquisição de imóveis, entre outros, protegem ou facilitam o acesso ao bem imóvel sobre o qual se exerce o direito de morar, mas não necessariamente o direito em si.

Verifica-se que diversos institutos jurídicos também foram criados para a proteção do direito à moradia de quem o exerce em imóvel alheio. Tais institutos, porém, ainda têm aplicabilidade restrita em razão de duas grandes barreiras a serem vencidas pelo Poder Judiciário: o descompromisso das decisões com a dignidade humana nas demandas que versam sobre

<sup>25</sup> *Idem*. Acesso em: 09 abr. 2019.

<sup>26</sup> Idem. Acesso em: 09 abr. 2019.

<sup>27</sup> *Idem*. Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>28</sup> *Idem*. Acesso em: 09 abr. 2019.

<sup>29</sup> *Idem*. Acesso em: 09 abr. 2019.

desocupação forçada; e a resistência em considerar o "novo modelo de propriedade" criado pela Constituição Federal de 1988. São dois grandes desafios a serem enfrentados para transpor o abismo que impede a concretização do direito à moradia.

#### 4.1 O Primeiro "Lance" do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com a Dignidade Humana

Os anseios da natureza humana estão muito mais ligados aos conhecimentos da filosofia que do direito. Entretanto, compete a este último disciplinar "os conteúdos e significados daquilo que poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana".<sup>30</sup>

Sarlet defende que o diálogo entre o filósofo e o jurista constitui, numa sociedade democrática, o melhor meio de se estabelecer contornos nucleares das diversas dimensões da dignidade e sua realização prática. Defende o autor que a prática racional discursiva, necessariamente argumentativa, demonstra o papel efetivo do direito na promoção da dignidade.

A definição de dignidade, porém, é tarefa árdua, mormente por se tratar de desdobramento da personalidade e da multiplicidade de seus traços, tal como aponta o autor:

[...] a dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos — possivelmente a esmagadora maioria — como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade — como já restou evidenciado — passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.<sup>31</sup>

A dignidade é preexistente ao direito e independe de reconhecimento por este. Seu valor é absoluto e, no pensamento clássico,<sup>32</sup> ela pode ser tomada como intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável e independente de circunstâncias concretas, sejam elas locais ou pessoais. Assim, o autor dos atos mais indignos não pode ser privado de sua dignidade, assim como aquele que desprovido de condições dignas de sobrevivência, dela não abriu mão. É esse o entendimento espelhado pelo art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, pelo qual "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

No mesmo sentido, o filósofo Immanuel Kant já previa a dignidade como algo inerente ao ser humano, insubstituível e de valor inestimável:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade [...] o que

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (orgs.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16.

<sup>31</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>32</sup> COMPARATO, 2001, p. 11 e ss.

se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo de preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.<sup>33</sup>

É importante esclarecer que embora a dignidade humana seja algo universal e inata a todo ser humano, os contornos da ideia de dignidade aqui defendida são considerados a partir concepção ocidental, carente de um diálogo intercultural quanto a seu conteúdo. "É preciso reconhecer a incompletude do conceito judaico-cristão de dignidade e os obstáculos para sua universalização num contexto multicultural".<sup>34</sup>

É preciso assim considerar a dignidade no aspecto intersubjetivo, analisando-a para além do indivíduo e inserindo-o num contexto que impõe seu reconhecimento pela ordem jurídica e o reconhecimento de sua condição da ação humana e da política.<sup>35</sup>

A despeito da validade das tentativas de conceituação apresentadas, há que se considerar ainda a relação existente entre a dignidade humana e os fatores histórico-culturais, cuja dimensão interage mutuamente com os já citados aspectos ontológicos e relacionais.<sup>36</sup>

Os aspectos histórico-culturais hão de ser observados quando das considerações acerca da dignidade da moradia. Isso porque a autonomia da pessoa humana e a ideia de autodeterminação fazem com que a dignidade da moradia assuma contornos distintos para populações urbanas, indígenas, remanescente de quilombos, entre outros.

Quanto à dimensão negativa e a dimensão prestacional da dignidade humana, salienta-se que elas são simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade.

Como limite, a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, de maneira que a pessoa não seja reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros. Enquanto tarefa, "dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção".<sup>37</sup>

Por fim, Sarlet sustenta ainda a existência de um elemento imutável, que se consubstancia no limite que assegura a dignidade de cada um, elemento este que não pode ser perdido ou alienado. Como elemento mutável tem-se as condições promovidas pelo Estado e sociedade para a fruição da dignidade, razão pela qual esta é também dependente da ordem comunitária.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, p. 15-22. São Paulo, 1997, p. 19.

<sup>35</sup> ARENDT, Hannah. **A condição Humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16-17.

<sup>36</sup> Acórdão nº 90-105-2, de 29/03/1990 do Tribunal Constitucional Português no qual foi reconhecido que "a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de se concretizar-se histórico-culturalmente".

<sup>37</sup> SARLET, 2013, p. 32.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 33.

Embora conceituá-la seja de extrema complexidade, a dignidade é algo real sendo absolutamente identificável sua violação. Não se pretende no caso em tela apresentar um conceito de dignidade. As considerações já tecidas por Sarlet levam a crer que o estabelecimento de conceito incorreria em risco de minimizar a proteção constitucional, em manifesto retrocesso. O fato é que aos juízes não compete investigar o conteúdo ético da dignidade, tarefa esta que cabe ao debate público na esfera parlamentar. O reconhecimento da ofensa à dignidade deve ser externado pelos órgãos judiciais, de cuja manifestação decorrerá consequências jurídicas.

A ausência de definição de dignidade não pode ser argumento para afastar os ditames constitucionais, mormente quando estabelecer um "conceito" a fim de "enquadrar" dignidade um cenário pré-estabelecido é que poderia limitar seu alcance. Ademais, a identificação de ofensa à dignidade humana não carece de um conceito formal. Verifica-se pela experiência comum, capaz de identificar uma flagrante lesão a direito quando diante de uma. Assim, a despeito da existência de um conceito formal de dignidade, é preciso reconhecer sua flagrante violação quando da desocupação forçada desprovida dos requisitos mínimos de atendimento de uma das necessidades humanas mais prementes, que é morar.

De igual sorte a condição de ser gregário já exposta, bem como o abandono da vida nômade são elementos que corroboram a relação entre o ser humano e o lugar que o abriga. Defende-se, pois, que todo imóvel que se preste à moradia seja próprio, alugado, cedido, ou ocupado pacificamente a qualquer título merece a guarida do Judiciário enquanto responsável pelo cumprimento dos ditames constitucionais.

Quanto à dignidade humana, esta resulta, em última análise, um meio de promover o respeito à vida, à saúde, à integridade física e à privacidade de milhões de pessoas desprovidas do mínimo existencial em todo o país. Não reconhecer e assegurar tais condições mínimas de vida digna é mais que violar uma disposição constitucional. É negar-lhe um dos aspectos essenciais que instituem a dignidade humana um dos fundamentos do Estado.

Defende-se, como um dos pressupostos para vencer o abismo formado entre o programa e o âmbito normativo, que o direito à moradia seja reconhecido e minimamente assegurado a partir a densificação da dignidade humana, da qual é indissociável.

A decisão judicial proferida nas ações que demandam desocupação de área urbana (sejam possessórias, demolitórias, ações civis públicas etc.) há de subsistir ao crivo da dignidade humana, sob pena de inconstitucional.

# 4.2 O Segundo "Lance" do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com o "Novo" Direito de Propriedade

O direito de propriedade, marco do liberalismo econômico vem, ao longo dos anos, internalizando alguns dos aspectos históricos acolhidos no bojo das constituições sociais.

Jorge Miranda defende que o direito de propriedade era considerado uma liberdade e cuidadosamente protegido nas constituições liberais. Já nas constituições mais recentes dos Estados Democráticos de Direito, influenciadas por tendências sociais, fica condicionado por outros interesses e valores da ordem econômica e posto a serviço de uma função social.<sup>39</sup>

A função social não deve ser compreendida como limitadora do exercício da propriedade, mas como elemento desta. De uma nova propriedade. Trata-se de um requisito, agora intrínseco, que faz com que exista uma multiplicidade de estatutos a gerir o direito de propriedade, que já não cabe numa noção totalitária e individualista. Há que se restabelecer o dimensionamento realista da propriedade e afastar-se, tanto quanto possível, da dogmática de imutabilidade ou direito absoluto.<sup>40</sup>

Considera-se, pois, a função social como um elemento constitutivo do próprio direito de propriedade. Não se confunde com limitações externas ao exercício de direitos, como por exemplo, o direito de vizinhança. O cumprimento da função social é de tal forma vinculado à propriedade que esta, sem ele, carece de conteúdo essencial.

O adjetivo "social" não foi associado casualmente à função que o bem deve cumprir. Tal cumprimento deve se dar segundo o interesse social, o que não impede que o titular do domínio compatibilize o uso privado com o interesse público.<sup>41</sup>

O cumprimento da função social da propriedade pode inclusive se dar "por quem tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse".<sup>42</sup>

O imóvel urbano cumpre sua função social quando atende às disposições do plano diretor. <sup>43</sup> A importância do cumprimento da função social é tamanha que ela é considerada "a espinha dorsal da Política Urbana brasileira e deve aplicar-se às áreas tanto privadas quanto públicas". <sup>44</sup>

Eros Grau não pactua com o entendimento de que a função social se aplica aos bens

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, tomo IV, p. 523.

<sup>40</sup> VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>42</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

<sup>43</sup> Art. 182 da CF/88: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes [...]. § 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

<sup>44</sup> ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade:** diretrizes, instrumentos e processo de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 414.

públicos. Defendendo o posicionamento de só os bens privados a ela se sujeitam, o autor sustenta:

[...] embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a dar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasmo. <sup>45</sup>

A despeito da notável contribuição do jurista para o estudo do direito à propriedade, não parece que tal posicionamento seja condizente com os interesses constitucionais (embora, como se verá mais adiante foi replicado em inúmeros acórdãos). Se, ao Poder Público incumbe em última análise, o atendimento dos direitos de cunho prestacional, é de se supor que na seara do direito à moradia, a propriedade pública cumpra sua função social. Tal cumprimento pode se dar, inclusive, pela construção de moradias populares, abrigos ou outras medidas destinadas a minorar o problema do déficit habitacional, se assim previsto no plano diretor.

Ao se considerar pleonasmo a vinculação do bem público ao cumprimento da função social, deixa-se de dar efetividade à Constituição Federal. Ademais, se o plano diretor previa a destinação de área pública para a edificação de moradias, ao se negar o obrigatório cumprimento da função social pelo bem público tem-se um novo problema: passa-se à possibilidade do emprego da área para qualquer outro fim, a teor da discricionariedade e conveniência da administração pública.

Outra questão relacionada ao não cumprimento da função social por bem publico é que, a "desobrigação" de cuidado institucionaliza a negligência. Muitas das ocupações irregulares de áreas urbanas públicas decorrem do desinteresse do Poder Público em dar-lhes destinação e função adequadas.

É óbvio que o não cumprimento da função social por bem público (no caso imóvel) não é caso para a incidência de IPTU progressivo ou desapropriação sanção. Também não é caso de usucapir bens públicos, por expressa vedação constitucional. A não vinculação, porém, dá margem a que o administrador relegue a um segundo plano as questões relacionadas ao déficit habitacional. Defende-se, assim, que o atendimento da função social por bem público é uma obrigação constitucional e não se encontra entre as matérias sujeitas à análise de conveniência e oportunidade.

Falar, pois, em direitos fundamentais pressupõe reconhecer a existência de respectivos deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais. Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade? A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

A defesa da obrigação social é feita em magistral lição por Comparato, que condiciona os direitos decorrentes da propriedade ao cumprimento da função social. O autor defende que, tal como previsto na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito somente ao uso do bem, mas constitui a própria essência do domínio. Assim sendo, o não cumprimento da função social implica que "as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas" (grifo nosso).<sup>46</sup>

A previsão constitucional da função social revolucionou a forma com que se deve tratar o direito de propriedade. O autor expressa esse entendimento com clareza tal que merece registro:

Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que pode envolver o descumprimento de deveres fundamentais (grifo nosso).<sup>47</sup>

O cumprimento da função social é, pois, obrigação e não mera faculdade. A função social não é um "adorno" atribuído pela Constituição Federal de 1988 à propriedade. Seu descumprimento autoriza o Estado a promover a sanções ao proprietário descumpridor de tal dever.

Trata-se, pois, além de um dever fundamental, de um princípio de ordem econômica, insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988<sup>48</sup> e cujo não atendimento pode ensejar, entre outras coisas, a perda da propriedade como sanção.<sup>49</sup>

A concepção privatista da propriedade, frequentemente reproduzida nas demandas que envolvem remoção de pessoas, sobretudo em decisões em ações possessórias, ignora por completo a

<sup>46</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. *In*: **Revista do Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal**, vol. 01, nº 03. Brasília: CJF, 1997. Disponível em: <a href="http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm">http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm</a>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

<sup>47</sup> *Idem*. Acesso em: 11 jul. 2019.

<sup>48</sup> Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira. Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – propriedade privada; III – função social da propriedade.

<sup>49</sup> Art. 182: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

nova conformação dada pelo instituto da "função social".

No feliz dizer de Comparato, autores e tribunais têm desconsiderado a "verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais".<sup>50</sup>

Se desde a fundação do constitucionalismo moderno, considerou-se a propriedade como garantia da liberdade individual contra a intrusão dos Poderes Públicos ela passa agora, com as transformações do Estado contemporâneo, a servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os fracos e desamparados. Ademais, conclui o autor com lucidez ímpar: "Seria indesculpável anacronismo se a doutrina e a jurisprudência hodiernas não levassem em consideração essa transformação histórica, para adaptar o velho instituto às suas novas finalidades".<sup>51</sup>

Defende-se que a propriedade, pública ou privada, deve atender ao cumprimento da função social, ou seja, deve ser utilizada, explorada ou destinada para aquilo que dela razoavelmente se espera. A propriedade não pode permanecer incólume para aquele que a abandona. Que dela não cuida. Que não a aproveita para si nem a reverte para qualquer fim que beneficie a coletividade.

Esse não é, entretanto, um discurso retórico de ruptura. O direito de propriedade continua sendo assegurado no rol dos direitos fundamentais. Continua guarnecido de toda a proteção a ele conferida pela Carta Magna e legislação infraconstitucional. Há que se considerar, porém, que de todo esse aparato só há de usufruir a propriedade que atende ao fim social para o qual foi destinada. O abandono e a especulação imobiliária não interessam a ninguém que não ao proprietário. Imóveis nessas circunstâncias não atendem à função social.

Transpor, pois, o abismo existente entre o programa normativo do direito à moradia e sua concretização no âmbito normativo pressupõe que o enfrentamento do direito de propriedade seja feito em conformidade com os contornos a ele dados pela Constituição Federal de 1988.

Defende-se, pois, que vencer o abismo entre o programa normativo e o âmbito normativo pressupõe que o intérprete considere a densificação da dignidade não só em relação ao homem (sujeito do "direito de morar"). É preciso que a dignidade humana, intuito último da função social, sujeite e condicione o bem imóvel (objeto do direito de morar).

Não se pode admitir, diante da "arquitetura" constitucional e dos fundamentos por ela instituídos, que o alcance da norma constitucional consagradora do direito à moradia seja reduzido

<sup>50</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. *In*: **Revista do Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal**, vol. 01, nº 03. Brasília: CJF, 1997. Disponível em: <a href="http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm">http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm</a>. Acesso em: 11 jul. 2019.

<sup>51</sup> *Idem*. Acesso em: 11 jul. 2019.

em razão de concepção arcaica do direito de propriedade em seu caráter absoluto por ela (Constituição) não recepcionada.

Tem-se, pois, o direito fundamental à moradia como verdadeiro mecanismo capaz de evitar esse quadro de exclusão extrema que se tem demonstrado. A redução do déficit habitacional apontado pelo IBGE não é motivo de comemoração, haja vista que o índice do déficit habitacional e o número de edificações precárias ainda são alarmantes. Trata-se de um problema social de extrema relevância a ser solucionado, mormente por conduzir a outros problemas, inclusive de saúde pública.

De acordo com Nelson Saule Júnior, o acesso à moradia deve ter, basicamente, dois objetivos: o primeiro, de garantir uma "segurança jurídica" para as pessoas, famílias e comunidades que vivem em assentamentos, em condições precárias de habitabilidade, mediante a posse de área urbana para fins de moradia; o segundo é a necessidade de o direito à moradia "[...] ser um requisito obrigatório para verificar se a propriedade urbana está cumprindo ou não sua função social". <sup>52</sup> Ainda de acordo com o referido autor:

A política habitacional deve ser estabelecida para garantir o acesso de todos ao mercado habitacional, através de leis, instrumentos, planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não tem acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e sem condições dignas de vida. <sup>53</sup>

Além disso, pelo fato de ser, também, um direito social, o direto fundamental à moradia resta diretamente ligado à igualdade.

Nas palavras de José Afonso da Silva, os direitos sociais "[...] possibilitam melhores condições e vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade".<sup>54</sup>

A desigualdade de acesso à moradia é um reflexo de relações econômicas desiguais. O papel do Direito, especialmente dos direitos fundamentais sociais, é o de "equilibrar" tais relações. Nesse sentido, de acordo com Lenise Lima Fernandes:

No âmbito das relações sociais capitalistas, o valor de troca atribuído à moradia se sobrepõe ao valor de uso associado a este bem. Tratada como mercadoria, a moradia é posta em circulação associada a outra, à terra, sendo esta valorizada a partir de beneficiamentos diversos.<sup>55</sup>

Ainda de acordo com a referida autora, acesso à moradia é determinado pelo potencial de compra do consumidor e, em decorrência disso, "[...] as contradições inerentes ao modo de produção capitalista, bem como as desigualdades que o caracterizam, expressam-se na produção do

<sup>52</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro:** direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 89.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006-a, p. 286.

<sup>55</sup> FERNANDES, Lenise Lima. A Favela e o Direito à Cidade: desafios à integração democrática no século XXI. *In*: **Anais da III Jornada Internacional de Políticas Públicas**, p. 01-08. São Luís, 2007, p. 07.

espaço urbano e geram disputas por sua ocupação e uso". 56

Os estudos de Smith apontam os elementos que constituem a identidade nacional.<sup>57</sup> Antes, porém, inicia a obra tratando da identidade individual, que constitui elemento de coesão ou de ruptura social a partir de questões de gênero e de categoria de espaço e território, bem como de identidade coletiva a partir da categoria de classe social a que o indivíduo pertence e, a partir da qual, é possível delimitar os papéis de cada pessoa individualmente.

Para o autor, a questão da identidade de classe apoia, mas também se opõe à formação de uma comunidade estável. Como classe significa uma ligação social:

[...] existem sempre duas ou mais classes numa dada formação social em conflito [...]. Se uma identidade colectiva mais inclusiva, abrangendo toda a população, emergisse, teria necessariamente de ser um tipo bastante diferente de uma identidade baseada em classes e interesses econômicos.<sup>58</sup>

É preciso, pois, implementar a dimensão social a partir de parâmetros que minimizem as mazelas da desigualdade, não em um sentido utópico de igualdade absoluta (que sequer se coaduna com o capitalismo enquanto modelo econômico), mas que impeça o acesso mínimo ao exercício de direitos assegurados a todos.

Assim sendo, além da dimensão "social", voltada a corrigir, especialmente, as desigualdades derivadas do quadro capitalista, o direito à moradia também há de ser considerado em sua dimensão "defensiva", de conformidade com o que será estudado no tópico a seguir.

Além disso, cabe reafirmar que os direitos fundamentais são indivisíveis e complementares, de modo que os direitos de defesa não podem subsistir sem intervenções sociais. É possível afirmar, inclusive, com Cristina Queiroz, que a distinção entre "direitos a prestações" e "direitos de defesa" não é fácil de determinar. Os direitos fundamentais à prestações individualizam-se no seu "dever de ação" por parte do Estado. <sup>59</sup> Já o conceito de "direito de defesa" caracteriza-se por certa "ambiguidade". De um lado, é marcado por sua abrangência e por indicar, como função principal desses direitos, as "liberdades no seu conjunto". <sup>60</sup> Ainda de acordo com Cristina Queiroz:

[...] que se acentue o lado 'jurídico subjetivo' ou ao lado 'jurídico objetivo' dos direitos e liberdades fundamentais, o certo é que essa concepção dos direitos significa: uma 'liberdade face à intervenção' e uma 'reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais', de modo a aí compreender uma liberdade efetiva e real, capaz de fundar

<sup>56</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>57 1.</sup> Um território histórico ou terra de origem; 2. Mitos e memórias históricas comuns; 3. Uma cultura de massas pública comum; 4. Direitos e deveres legais comuns a todos os membros; 5. Uma economia comum, com mobilidade territorial para os membros (SMITH, Anthony. **A Identidade Nacional**. Tradução de Cláudia Brito. Lisboa: Gradiva, 1997, p. 28).

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>59</sup> QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais Sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 45.

<sup>60</sup> *Ibidem*, mesma página.

Em sentido contrário, o "direito a prestações em sentido material" corresponderia às posições jurídicas que se traduzem em uma "[...] prestação em sentido positivo, sem consideração do ordenamento jurídico infraconstitucional ou procedimentos estaduais". <sup>62</sup> Ainda de acordo com a referida autora:

Ora, em matéria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais, pode argumentar-se, com alguma justeza, que tais direitos pressupõem uma 'ponderação' face a outros bens e princípios constitucionais, designadamente, o princípio da 'competência decisória do legislador', o princípio do 'equilíbrio financeiro' e 'orçamental', a 'reserva do possível' ou mesmo (mas nem por isso menos imprecisa) a 'proibição do retrocesso social' [...]. Independentemente do modo e da forma como se possa 'carregar de sentido' ('densificar') o conteúdo dessas 'cláusulas', gerais ou indeterminadas, a utilização de 'recursos públicos' e o exercício de 'funções públicas' inserem-se, de igual modo, no plano constitucional. É certo que, no momento decisionístico do ato de julgar, de dizer o direito ('juris diceres'); o tribunal terá de ter em conta a globalidade do sistema jurídico, o que significa que terá de proceder previamente a uma interpretação.<sup>63</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante disso, o direito fundamental à moradia, em ambas "dimensões", deve ser "densificado", inclusive por intermédio da atividade jurisdicional, com base na dignidade da pessoa humana.

A "densificação" das duas dimensões do direito à moradia volta-se à concretização não apenas da liberdade e da igualdade, mas de uma "igualdade substancial", na qual, de acordo com Luigi Ferrajoli, todos devem ser considerados "[...] tão iguais quanto possível for", mesmo que sejam "social e economicamente desiguais". Haveria, nesse ponto, uma "igualdade nos direitos fundamentais".<sup>64</sup>

Uma das consequências da dimensão "defensiva" do direito à moradia é justamente a sua relação direta com o direito à propriedade

É evidente o necessário comprometimento do Poder Executivo no desenvolvimento das diretrizes constitucionais, que não constituem meras recomendações, mas verdadeiras exortações aos poderes do Estado, conforme estudado anteriormente.

Até porque o Brasil é um país de "modernidade tardia", de modo que a Constituição Dirigente deve permanecer viva como verdadeiro instrumento de garantia de cumprimento das promessas da modernidade, efetivamente "constituindo a ação" do Estado.

A proteção normativa conferida ao direito à moradia apresentou significativos avanços para a redução dos problemas habitacionais: como a usucapião coletiva, a concessão especial de uso

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 727.

para fins de moradia, regularização urbana, entre outros. Entretanto, mais que um problema de omissão legislativa, o direito à moradia vive, no Brasil, uma crise de concretização.

O Estado não tem desempenhado a contento o papel de promover a dignidade da pessoa humana, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais por meio de políticas públicas eficientes. Não se desincumbiu, pois, no plano "prestacional," quanto ao direito à moradia, da obrigação de assegurar o respeito à dignidade humana, um de seus fundamentos.

Considera que o direito à moradia é um direito social, mas não se satisfaz somente com a percepção de "prestações" do Estado. O direito em tela merece, enquanto direito fundamental que é, a satisfação via defesa contra a ação do próprio Estado. Estado este que viola o direito à moradia na medida em que, por meio do Poder Judiciário, presta, por vezes, um desserviço à proteção constitucional concedendo mandados de remoção forçada cumpridos em desacordo com o ideário jurídico-princiológico da Constitucional Federal de 1988.

#### REFERÊNCIAS

ABREU, João Maurício Martins de. A Moradia Informal no Banco dos Réus: discurso normativo e prática judicial. *In*: **Direito GV**, vol. 07, nº 02, p. 391-415. Rio de Janeiro, jul./set. 2011. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/scielo.php-?pid=S18082432201100020002&-script=sci\_arttext">http://www.scielo.br/scielo.php-?pid=S180824322011000200002&-script=sci\_arttext</a>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ALBUQUERQUE, Elza; DANTAS, Diana; STREIT, Patrícia *et al.* **Direito à Moradia:** famílias ocupam prédios abandonados para sobreviver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade:** diretrizes, instrumentos e processo de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ARENDT. Hannah. **A condição Humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. Vidas Desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. *In*: **Revista do Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal**, vol. 01, nº 03. Brasília: CJF, 1997. Disponível em: <a href="http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm">http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm</a>. Acesso em: 11 jul. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Lenise Lima. A Favela e o Direito à Cidade: desafios à integração democrática no século XXI. *In*: **Anais da III Jornada Internacional de Políticas Públicas**, p. 01-08. São Luís, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 7ª ed. São Paulo:

Malheiros, 2002, p. 269.

GUIA, George Alex da; MORAIS, Maria da Piedade; PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito à Moradia no Brasil (1992-2004). *In*: **Boletim de Políticas Sociais**, nº 12, p. 230-241. São Paulo, fev. 2006.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: uma leitura sistemática constitucional. *In*: **Revista Forense**, vol. 104, nº 396, p. 31-57. Rio de Janeiro, mar./abr. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MAURER, Béatrice. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana: pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, tomo IV.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais Sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SANTOS, Boaventura Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição. *In*: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 01, nº 02. Belo Horizonte, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. (orgs.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro:** direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SMITH, Anthony. A Identidade Nacional. Tradução de Cláudia Brito. Lisboa: Gradiva, 1997.

ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. *In* ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (orgs.).

Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana. São Paulo: Pólis, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo: Método, 2014.

VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# O PATRIARCADO PERMITE À MULHER OCUPAR ALTOS CARGOS? QUESTÕES DE GÊNERO NA ACADEMIA E NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Vitória Aguiar SILVA<sup>1</sup> Luiza Oliveira MARTINS<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente artigo visa abordara divisão sexual do trabalho presente no âmbito acadêmico, analisando especificamente a Universidade Estadual do Norte do Paraná, e a representatividade feminina dentro da academia. Utilizou-se o método dedutivo, partindo da análise do mundo acadêmico em geral para o estudo específico no curso de Direito da UENP, aliado ao método de pesquisa-ação, em que através da plataforma de perguntas do Google fez-se uma pesquisa com as estudantes e professoras do curso de Direito da Universidade.O objetivo do trabalho é analisar se há uma efetiva representatividade feminina no curso, uma vez que o Direito é uma ciência social aplicada pautada nos mais sólidos princípios constitucionais, dentre eles a equidade de gênero e isonomia. Diante desse aspecto, a principal problemática reside na dicotomia entre um ambiente universitário de uma ciência social aplicada e a falta de representatividade feminina. Em suma, conclui-se que em pleno século XXI, o patriarcado ainda influi nos grandes centros de decisões e formações de opinião, além da divisão sexual do trabalho ser um divisor de águas para a efetiva participação da mulher nesses centros, como acontece na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gênero. Representatividade. Mundo Acadêmico. Mulher. Patriarcado.

# 1. INTRODUÇÃO

A trajetória da mulher nos estudos foi se consolidando aos poucos, pois quando elas puderam adentrar no mercado de trabalho, foi necessário cada vez mais que as mulheres ocupassem também as universidades. No entanto, existe uma discrepância quanto ao mérito de ocupação das vagas da graduação em relação as vagas para os cargos de chefia, visto que, o sexo feminino compõe a maior parte das vagas disponíveis nos cursos de graduação, já os homens ocupam os cargos de chefia dentro desse ambiente.

Além disso, é necessário discutir sobre as bases dessa divisão sexual do trabalho, a qual é fundamentada e alimentada pelo sistema patriarcal, o qual vigora na sociedade desde a colonização do Brasil, dado que, desde a chegada dos portugueses as mulheres eram vistas como ''produtoras de mão-de-obra'', ao passo que, na consciência da época as mulheres atuavam apenas como reprodutoras da sociedade.

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista de Iniciação Científica da CNPQ, pesquisa com ênfase em Direito, Gênero, Feminismos, Divisão Sexual do Trabalho e Participação da Mulher na Política.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária, pesquisas na área de Direito, Gênero e Feminismos; e também em relação à temática adoção, com ênfase na aplicabilidade da Lei 13.509/17.

Outrossim, a divisão sexual do trabalho reflete diretamente na vida profissional das mulheres e faz com que elas ocupem, em sua maioria, cargos inferiores ao dos homens. Essa disparidade pode ser vista com clareza no quadro de discentes das universidades brasileiras, com foco especial na Universidade Estadual do Norte do Paraná, pois como será abordado no decorrer desse artigo, a parcela de mulheres que ocupam as cadeiras da UENP representam um número irrisório quando comparado ao número de homens discentes, ademais, os altos cargos do centro acadêmico em questão foram sempre ocupados por homens, como por exemplo, nunca houve até o presente momento uma mulher diretora do centro acadêmico de ciências sociais da UENP.

Além do mais, esse artigo apresenta uma pesquisa feita entre as alunas e professoras da Direito UENP a fim de saber a opinião dessas mulheres que frequentam o ambiente acadêmico em relação ao machismo presente na instituição e suas diversas facetas.

Ademais, é necessário frisar que mesmo que a participação das mulheres dentro da graduação seja maior que a participação de homens, o sistema patriarcal continua alimentando a discrepância na ocupação de altos cargos quando comparamos o sexo masculino e feminino, além de que, as barreiras impostas pelo machismo contribuem para a desvalorização da mulher no mercado de trabalho. Todavia, o direito tem a possibilidade de alterar esse quadro discriminatório através da aplicação concreta das leis existentes na Constituição Federal, pois o artigo 5°, inciso prevê que homens e mulheres são iguais perante a lei, ou seja, não é permitido que desigualdades salariais e sexistas perdurem no ambiente de trabalho. Outrossim, é necessário que o Estado introduza nas escolas públicas palestras para conscientizar a população sobre as implicações do machismo no dia a dia das mulheres, bem como conscientizar os cidadãos sobre as formas de combater esse sistema patriarcal.

No que tange a metodologia utilizada na realização do artigo, desenvolveu-se a pesquisaação, a qual teve como enfoque a reflexão de mulheres que frequentam o ambiente da Universidade Estadual do Norte do Paraná a cerca da convivência diária em um ambiente masculinista. Ademais, foi utilizado também a metodologia da pesquisa exploratória, ao passo que, foram realizados questionários destinados àmulheres da UENP com perguntas relacionadas ao machismo presente no ambiente acadêmico. Por último, utilizou-se também a pesquisa etnográfica, visto que, foi analisado o quadro de professores exposto na UENP para demonstrar a disparidade do número de mulheres e homens que já ocuparam o cargo de diretor da Universidade de direito, a qual constatou-se que desde o início da mesma, até o presente momento, não houve nenhum mulher ocupando o cargo supracitado.

Em síntese, o presente artigo tem a finalidade de expor a dificuldade da mulher em ocupar altos cargos no mercado de trabalho, tendo como foco o ambiente acadêmico da Universidade

Estadual do Norte do Paraná. Para isso, discorreu-se da seguinte forma: de início fez-se uma análise sobre a conceituação do que é o patriarcado e suas implicações na divisão sexual do trabalho, especificado no capítulo 2. Posteriormente, no capítulo 3, fez-se um estudo sobre a mulher no mundo acadêmico, partindo do geral no presente capítulo, ao específico, da mulher e representatividade feminina no curso de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná, no capítulo 4.

### 2. O PATRIARCADO MULTIFACETADO NA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

O patriarcado tem influência direta no cotidiano das pessoas. Há quem diga que ele atinge somente as mulheres, todavia, ele é um sistema que impõe condutas para ambos os sexos, como por exemplo, a ideia de que os homens são mais racionais que as mulheres, ou seja, devido a esse ideal social o sexo masculino é obrigado a reprimir os sentimentos para ser socialmente taxado como homem, entretanto sabemos que essa ideia equivocada é fruto da sociedade machista e patriarcal, a qual coloca o homem como forte e a mulher acaba por ocupar o papel do sexo frágil.

A partir dessa dicotomia estampada e implantada pelo sistema patriarcal, vemos a prevalência de um sexo sobre o outro, sendo que esse sistema vigente na sociedade é popularmente conhecido como machismo. Esse sistema eleva o homem a um patamar superior a mulher, ao passo que, fica atribuído aos homens o poder da decisão dentro do ambiente familiar, bem como os cargos de chefia e os que proporcionam uma melhor remuneração. Já para as mulheres, são atribuídas características como fraqueza e submissão, pois segundo o ideal social, as mulheres são dependentes de seus companheiros, tanto financeiramente como emocionalmente.

Tendo isso em vista, essa elevação do sexo masculino instituído na sociedade acarreta a diminuição das mulheres, tanto na esfera privada, na qual ela fica encarregada de todos os afazeres domésticos, quanto na esfera pública, em que a remuneração das mulheres é inferior a dos homens mesmo desempenhando o mesmo serviço.

Essa supremacia do homem que é imposta pelo machismo acarreta inúmeras barreiras na vida da mulher, um exemplo disso é a divisão sexual do trabalho, a qual difere o que é trabalho de homem e o que é trabalho de mulher apenas baseando-se no sexo biológico, além de que, os trabalhos desenvolvidos pelo sexo masculino são mais valorizados que os desenvolvidos por mulheres. Podemos analisar essa disparidade no gráfico elaborado pelo IBGE no ano de 2018, intitulado ''Rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos, por sexo", o qual apresenta a diferença entre os salários dos homens e mulheres no mercado de trabalho, ressalvado que, uma dos fatores dessa diferença está atrelado a ideia de que as mulheres não possuem tempo hábil para continuarem aprimorando seus estudos devido a dupla jornada

exercida por elas, o que acarreta a ocupação em cargos inferiores ao dos homens.

Rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos, por sexo.



O gráfico mostra a disparidade entre o rendimento salarial dos homens em relação ao das mulheres, sendo que o sexo feminino ganha, em média, 76,5% do rendimento masculino.

Segundo o gráfico supracitado, o rendimento médio mensal dos homens é superior ao das mulheres em todos os anos analisados, 2012 a 2016. Ademais, constatou-se na pesquisa que as mulheres ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens, sendo que essa discrepância está atrelada a imposição do machismo, ao passo que, o trabalho masculino é mais valorizado que o feminino.

Além dessa diferença salarial, a pesquisa do IBGE constatou que as mulheres conciliam o trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados com a família, o que leva ela a cumprir uma carga horária de trabalho semanal superior a carga horária cumprida pelos homens, sendo que essa conciliação de tarefas é conhecida como dupla jornada.

#### 2.1 O que é Patriarcado?

Desde as épocas mais remotas a mulher figura na sociedade em segundo plano, ou seja, ela tem a sua vida vinculada e subordinada a de um homem desde a sua infância. As mulheres de um modo geral são submissas primeiramente a seus pais, pois o homem é o centro das decisões da família, depois a mulher torna-se submissa ao seu marido, pois segundo o pensamento social, o sexo feminino tem o dever de obedecer cegamente às ordens dos homens.

Nesse viés, é possível falar de uma sociedade patriarcal, a qual reafirma as premissas de submissão feminina perante o sexo masculino, haja vista que, o homem é colocado em um patamar mais elevado, ficando destinado a ele, além das decisões familiares, a tarefa de trabalhar e fornecer o sustento para a casa. Devido a isso, fica a cargo das mulheres os serviços domésticos. Sendo assim, fica atribuído a figura masculina a ideia de que a função desenvolvida por eles é mais

importante, portanto merece maior prestigio e consequente obediência dos demais familiares.

Nesse contexto, Gilberto Freyre em seu livro Casa Grande e Senzala mostra a origem do patriarcalismo no Brasil como sendo fruto da colonização portuguesa, visto que, as grandes fazendas de açúcar desenvolveram-se a partir da permanência do colono na terra, o emprego da mão-de-obra escrava e o "aproveitamento da gente nativa, principalmente da mulher, não só como instrumento de trabalho mas como elemento de formação da família." (FREYRE, 1933, pag. 39). Destarte, podemos concluir que desde o início da formação da sociedade brasileira a mulher era vista apenas como reprodutora, pois através dela a mão-de-obra seria maior e o lucro, consequentemente cresceria.

Outro ponto de vista atrelado a explicação do patriarcado advém da autora Marcia Tiburi, a qual em uma entrevista a revista Escotilha em março de 2018, definiu patriarcado como sendo ''o sistema capitalista aplicado ao gênero e sexualidade". Além disso, Marcia complementa sua fala dizendo que o patriarcado é um sistema puramente opressor que privilegia os homens brancos abastados, comparando esse sistema opressor com o fascismo.

Outrossim, Mirla Cisne cita em seu artigo ''Feminismo e marxismo: apontamentos teóricopolíticos para o enfrentamento das desigualdades sociais", publicado no ano de 2018, que segundo
Marx e Engels a subordinação da mulher iniciou-se com o surgimento da propriedade privada, ao
passo que, as mulheres e as crianças eram consideradas propriedades do homem, ou seja, eram
escravas do chefe da família. Nesse ínterim, para que ocorra a emancipação da mulher, segundo
Mirla

Abolir a propriedade privada e transformar a economia doméstica individual em uma economia doméstica socializada são premissas indispensáveis para a emancipação, contudo são insuficientes. A transformação da cultura e dos valores são, também, indispensáveis para tal propósito. (CISNE, 2018,pag. 6)

Em síntese, o patriarcado desenvolveu-se e enraizou-se na sociedade primeiramente pelo surgimento da propriedade privada e, especificamente na sociedade brasileira, ele surgiu por consequência da economia agrária imposta pelos colonizadores portugueses, aliando-se a um pensamento machista, o qual inferiorizava a mulher ao ponto de torná-la comparável a um animal, cuja serventia poderia ser limitada a reprodução do rebanho, pois o papel do sexo feminino nesse sistema econômico era fornecer mão-de-obra escrava para as lavouras.

#### 2.2 A Divisão sexual do trabalho e suas implicações na vida da Mulher

A divisão sexual do trabalho é uma barreira para a emancipação da mulher em relação a sua dependência financeira perante os homens, pois é sabido que se destina as mulheres o cuidado da vida privada, ou seja, fica incumbido ao sexo feminino os afazeres domésticos, bem como o

cuidado da família. Em contrapartida, fica a cargo dos homens o exercício da vida pública, a qual proporciona à ele uma renda financeira, haja vista que, quando falamos em vida pública nos referimos aos serviços prestados mediante remuneração. Sendo assim, essa divisão de tarefas que está presente na consciência social fez com que a mulher se tornasse financeiramente dependente de seu marido. Nesse ínterim, a saída encontrada pelas mulheres foi a conciliação da vida privada com a vida pública.

Com o passar dos anos, tornou-se possível o ingresso da mulher no mercado de trabalho, ou seja, na vida pública, entretanto não ocorreu o engajamento dos homens nos afazeres domésticos, o que acabou por sobrecarregar as mulheres, as quais passaram a realizar a chamada dupla jornada.

A dupla jornada consiste no desempenho de duas funções exercidas pelas mulheres, sendo que uma delas consiste na realização de trabalho remunerado e a outra consiste na obrigação moral de efetuar os trabalhos domésticos, pois há uma consciência social de que cabe única e exclusivamente a mulher o serviço doméstico, como por exemplo cozinhar e cuidar das crianças.

Segundo Helena Hirata e Danièle Kergoat, no artigo publicado em 2007 "Novas configurações da divisão sexual do trabalho" as autoras definem o conceito de "divisão sexual do trabalho" como sendo uma divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos, além de que essa forma é moldada historicamente pela sociedade e possui como característica marcante funções distintas para os sexos, sendo que fica a cargo da mulher a esfera reprodutiva e designa-se aos homens a esfera produtiva, nesse ínterim, associam-se aos homens as funções com maior valor social e consequentemente, as funções que geram lucro, pois a esfera produtiva está relacionada ao mercado de trabalho e a esfera reprodutiva faz alusão as tarefas domésticas.

Essa divisão sexual do trabalho é pautada na diferença do sexo biológico dos indivíduos e atua como a base do machismo, pois essa dicotomia é reafirmada segundo os ideias sociais estereotipados de que a mulher é frágil e dependente, enquanto o homem é visto como o sexo forte e capaz de suprir todas as necessidades da mulher. Além disso, essa divisão sexual do trabalho se estende também na esfera produtiva, visto que, há diferença salarial entre homens e mulheres que desempenham as mesmas funções.

Em uma analise a obra de Lênin, Mirla Cisne em seu artigo ''Feminismo e marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais", afirma que o feminismo se alinha ao socialismo, haja vista que, a diferença entre os sexos quando se trata do sistema capitalista é inevitável, pois nesse sistema econômico sempre haverá um grupo mais forte explorando o grupo mais fraco.

Sabemos que o capitalismo é incompatível com a igualdade. Lênin (1979, p. 104) ressalta

essa incompatibilidade e a inviabilidade desse sistema: "Mesmo na igualdade puramente formal (igualdade jurídica, 'igualdade' do bem alimentado e do faminto, do possuidor e do não possuidor), o capitalismo não pode ser consequente. Uma das inconsequências é a desigualdade da mulher e do homem" (CISNE, 2018, pg. 9)

Em síntese, segundo Cisne, a qual se embasa nos escritos de Lênin, Engels e na Teoria Marxista de que as relações sociais são pautadas em luta e exploração entre raças, classes e gêneros antagônicos. Sendo assim, as relações sociais estruturam a exploração do trabalho por meio da divisão de classe e da divisão sexual e racial do trabalho, fazendo com que o grupo mais fraco, sexo feminino, seja explorado pelos mais fortes, homens.

#### 3. A MULHER NO MUNDO ACADÊMICO

Mesmo ocupando a maior parte das vagas nas universidades, como apontam os dados do INEP publicados em março de 2018, no ano de 2016 as mulheres representavam 57,2% dos estudantes matriculados em cursos de graduação. Entretanto, essa diferença em relação aos homens é invertida quando se trata de docentes, haja vista que, dos 384.094 docentes da educação superior em exercício, apenas 45,5% são mulheres. No entanto, quando falamos em professores da educação básica, as mulheres representam 80% desses profissionais. Por que existe essa disparidade quando comparamos mulheres professoras de educação básica educação superior?

Ao serem analisadas as carreiras acadêmicas em diferentes universidades, constatou-se que as mulheres ocupam cargos mais baixos, enquanto os homens ocupam os cargos mais elevados. Marília Barbara Moschkovich, em sua tese intitulada "Teto de vidro ou paredes de fogo? Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP", relaciona metaforicamente essa dificuldade das mulheres com um "teto de vidro", pois há um abarreira invisível que impede a mulher de ocupar as posições mais elevadas nas universidades e no mercado de trabalho em geral.

Marília aborda duas possíveis explicações para essa dificuldade de inserção das mulheres em altos cargos dentro das universidades.

As explicações mobilizadas para tal situação podem ser agrupadas em duas grandes linhas: (i) a própria estrutura da carreira e de seus princípios hierarquizadores explicariam isso; (ii) a incompatibilidade de exigências da carreira acadêmica com exigências da esfera doméstica, tais como cuidado com filhos ou trabalho de limpeza e manutenção da casa, assim como a percepção subjetiva desta incompatibilidades, tanto por seus colegas homens quanto por outras mulheres. (MOSCHKOVICH, 2013,pag. 23)

Nesse contexto, as mulheres tem mais dificuldade de se estabilizarem em altos cargos, pois ao formarem suas famílias elas ficam responsáveis por inúmeras tarefas, como por exemplo cuidar dos filho, o que acaba tomando tempo que seria dedicado a pesquisas acadêmicas dedicadas a melhorar o currículo do profissional e consequentemente ajudá-lo a alcançar as posições de prestígio dentro dos centros acadêmicos.

Marília aponta em sua tese de mestrado a pesquisa feita por Karen SchucanBird que as mulheres publicam menos artigos que os homens, além disso elas são minoria entre os líderes de grupos de pesquisa nas universidades. Nesse ínterim, podemos ressaltar esses dois fatores como desvantajosos no momento da avaliação das mulheres para ocuparem cargos de chefia dentro das universidades, pois o currículo dos homens passa a ter essas vantagens que as mulheres não possuem.

Em suma, essas duas problemáticas enfrenadas pelo sexo feminino podem ser explicadas através da dupla jornada já citada nesse artigo, a qual consiste na necessidade da mulher realizar as tarefas domésticas sozinha, além de seu trabalho nas universidades, o que consome tempo e faz com que a mulher opte por produzir menos artigos e consequentemente ela ocupará cargos mais baixos.

### 3.1 O desafio de der mulher e estudar: Vida Acadêmica Versus Vida Privada

A vida das mulheres sempre foi marcada pela dicotomia entre viver sua própria e viver a vida que o patriarcadoindiretamente a atribuiu. Há uma constante renúncia entre ter a autonomia para decidir o que quiser fazer, e a exacerbada carga de responsabilidade atribuída à mulher, fruto de uma divisão sexual do trabalho. Segundo Lucia Bertolini, às mulheres foram por décadas excluídas da participação da vida pública, estando entrelaçadas à vida privada e ao cuidado com os afazeres domésticos e da família.

No âmbito acadêmico isso não seria diferente. A mulher que estuda, constantemente tem que conciliar sua vida privada com a vida acadêmica, fato que não acontece com os homens. Na maioria das vezes, as mulheres trabalham, estudam e cuidam dos afazeres domésticos, enquanto os homens só possuem a responsabilidade social de estudar e trabalhar.

Essa tripla jornada de trabalho feminina passa a ser um dos maiores desafios para uma mulher iniciar e concluir uma graduação, pós-graduação, por exemplo. Primeiramente, o grande desafio de ser mulher e estudar reside no próprio fato de ser mulher. A mulher, além de ter que enfrentar o desafios normais de qualquer graduação, ela enfrenta uma carga histórica patriarcal, ou seja, ela tem que viver ou sobreviver em um ambiente majoritariamente masculinista. Isso pode ser exemplificado pela constante presença de profissionais homens propagando discursos machistas dentro da academia, ou até assediando as mulheres em um ambiente que deveria pregar à igualdade de gênero.

Outro desafio para a mulher no âmbito acadêmico é a superação de estereótipos de gênero que impede ou dificulte ela ocupar os altos cargos. Em pleno século XXI ainda perpetuam-se ideias preconceituosas de que a mulher não é capaz de conciliar a vida pública ou privada, ou de que lugar de mulher é dentro de casa. O mais alarmante é que esse desafio a ser superado, muitas vezes é

encontrado dentro de sala de aula, ou dentro de grupos de pesquisa.

# 4. AS MULHERES DA UENP: UMA ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA GRADUAÇÃO E NO CORPO DOCENTE

Como vimos na introdução e nos capítulos anteriores, a desigualdade de gênero entre homens e mulheres é muito grande em muitos aspectos da vida da mulher. O assunto principal desse artigo é sobre a vida acadêmica, e nesse presente capítulo especificaremos sobre representatividade das mulheres na Universidade Estadual do Norte do Paraná sob o ponto de vista das mulheres estudantes e professoras.

Em primeiro lugar, sempre é bom lembrar do lugar de fala, de que não existe propriedade maior para falar sobre um assunto do que as próprias mulheres, que diariamente encaram a sociedade masculinista e seus vícios. A filósofa e feminista Djamila Ribeiro analisa o local de fala como uma legitimidade e vivência social de quem está falando, ou seja, ela diz que o local ocupado socialmente faz as pessoas terem vivência para falar com propriedade sobre determinado assunto. Dentro desse ponto de vista, muitas vezes o machismo impede a mulher de falar sobre sua própria vivência.

O contrário também é verdadeiro: por mais que pessoas pertencentes a grupos privilegiados sejam conscientes e combatam arduamenteasopressões, elas não deixarão de ser beneficiadas, estruturalmente falando, pelas opressões que infligem a outros grupos. O que estamos questionando é a legitimidade que é conferida aquem pertence ao grupo localizado no poder. (RIBEIRO, 2017, p. 38)

Como ponto de partida, fez-se um formulário no google intitulado "Análise sobre a representatividade feminina no curso de Direito — UENP", formulário em que foi divulgado em um grupo do WhatsApp das meninas da faculdade para que elas passasem suas visões sobre o assunto. Dentro desse formulário, as questões giravam em torno da incógnita de que se há efetivamente uma igualdade de gênero na UENP, dentre elas as perguntas foram: "Você acha que o ambiente acadêmico da UENP é majoritariamente masculinista? \*A palavra "masculinista" é um termo científico que faz referência ao que popularmente se conhece como "machismo"e"Você já presenciou comentários machistas em sala de aula ?". O objetivo desse formulário foi dar o lugar de fala as verdadeiras protagonistas. Através das questões, as meninas puderam exteriorizar todas suas vivências dentro de um ambiente majoritariamente masculinista, além do fato de elencar os tipos de comentários que ja ouviram e suas opiniões em relação a isso.

#### 4.1 A Representatividade Feminina na Graduação

A pesquisa foi feita através de um formulário online pelo google e mandado em um grupo

de WhatsApp das meninas da Direito –UENP. No total, foram 24 respostas, todas de meninas e estudantes do curso de Direito. De inicial, foi-se perguntado questões genéricas e individuais, de que se, sob o ponto de vista das meninas como estudantes, a UENP é um ambiente masculinista e se há conhecimento de comentários machistas vindo de professores e alunos.

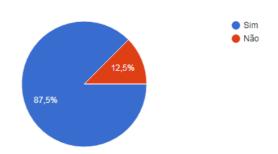
Na faculdade de Direito existem aproximadamente 353 alunos matriculados, dentre eles, 197 são mulheres, representando 55% do total. Das 197 alunas matriculadas, apenas 24 responderam o questionário, ou seja, apenas 12% das alunas. Sob esse aspecto, mostra-se como o patriarcado influi em várias esferas da vida da mulher. Dentro da faculdade exitem mais que 24 mulheres estudando, porém apenas um pequeno número delas responderam o questionário de uma pesquisa tão importante para representatividade da mulher na faculdade. Diante dessa realidade, a pesquisa foi feita apenas com uma mera amostragem, uma vez que não houve uma participação completa das meninas, sendo que essa pouca participação já demonstra um resultado de que a faculdade ainda é patriarcal.

A filósofa e feminista Márcia Tiburi, analisa essa questão da falta de participação feminina como um poder em potencial a ser descoberto pelas mulheres. Dentro de uma sociedade extremamente patriarcal e masculinista, a mulher, muitas vezes não sabe como proceder diante dessas desigualdade, além do fato de nao perceber a real força do empoderamento feminino.

Para mim, essas esferas não estavam confusas, elas são esferas em que a ideologias são tão pesadas e as mulheres são tão vítimas dessas ideologias que elas mesmas não sabem como proceder, elas não sabem nem como se relacionar com o poder. Digamos que o poder é algo a ser descoberto pelas mulheres, e aí desconstruído e transformado. (TIBURI, 2016).

A primeira pergunta elencada foi se as meninas achavam o ambiente da UENP um local masculinista (dentro dessa mesma pergunta foi explicado o significado da "palavra masculinista"). Das 24 meninas que responderam essa pergunta, 21 delas responderam que acham a UENP sim uma faculdade masculinista.

Você acha que o ambiente acadêmico da UENP é majoritariamente masculinista? \*A palavra "masculinista" é um termo científico que faz referência ao que popularmente se conhece como "machismo"



24 respostas

Análise de gênero sobre o ambiente acadêmico da Direito -UENP.

O presente gráfico mostra a opinião das alunas da graduação do curso de Direito em relação ao ambiente acadêmico da faculdade, em que em sua maioria afirmou ser um ambiente majoritariamente masculinista. 87,5 % das meninas entrevistadas acham que o ambiente acadêmico da UENP é masculinista sim, ou seja, essa porcentagem indica que quase 90% das meninas que responderam o questionário já presenciaram ou se sentiram diminuídas pela ideologia machista de um ambiente patriarcal.

Dentro desse aspecto, as justificativas foram diversas: desde partindo do pressuposto de que a maioria dos professores são homens, até de que a maioria das bancadas da UENP são formadas por homens, inclusive para avaliar trabalho de conclusão de cursos de mulheres. Outro argumento levantado foi de que enquanto a maioria dos homens são professores, às mulheres são encarregadas de fazer a limpeza e outros tipos de trabalho.

A maioria dos professores são homens enquanto os funcionários encarregados da limpeza, organização do local são em maioria mulheres. (resposta de um das entrevistadas).

Esse resultado explicitamente exemplifica o que é a divisão sexual do trabalho e como ela perpetua na UENP: enquanto os homens ocupam altos cargos de chefia (professor e diretor), as mulheres são incumbidas de fazer os trabalhos considerados inferiores e domésticos (secretária e faxineira).

A divisão sexual do trabalho é uma das formas mais evidentes para exploração docapitale forma de hierarquizar os trabalhos, quando se atribui a condição de subalternidade natural para com o feminino - sabemos que essa "naturalização" é socialmente construída. (FERREIRA, pag. 30).

Outra resposta dada alegou que o curso de Direito é um ambiente masculinista, com a justificativa de que no mural dos diretores não há a foto de uma mulher, ou seja, o curso do Centro de Ciências Sociais Aplicadas nunca teve uma diretora mulher. Isso exemplifica a condição de subalternidade natural com o feminino e a naturalização desse machismo socialmente construído. Em um ambiente em que deveria perpetuar a igualdade e isonomia, um direito fundamental e constitucional primordial, perpetua uma desigualdade de gênero mascarada. O direito mostra-se uma profissão engendrada, em que socialmente subentende-se que seja um ambiente apenas para homens.

Das 19 justificativas sobre a pergunta se a UENP é masculinista, 9 meninas da graduação responderam que na Universidade é visível uma maior presença masculina nos grandes centro de decisão e do número de professores. Sob esse viés, 31% das entrevistadas responderam que há muito machismo dentro de sala de aula, ou seja, esses professores que ocupam os altos cargos, muitas vezes, propagam ideias misóginas dentro de sala de aula.

Embora tenhamos nos empenhado para mudar essa situação fática, ainda se sobressai o machismo, seja por comentários, atitudes ou "brincadeiras", é algo enraizado que ainda não conseguimos um pesticida. (resposta de uma das entrevistadas).

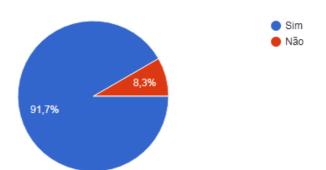
Outra questão que foi levantada pelas meninas entrevistadas da graduação foi de que o machismo em si, muitas vezes não são combatidos pelas próprias autoridades, ou seja, percebe-se uma naturalização desse tipo de comentário proveninentes de operadores do direito. "Há muitas instâncias em que atitudes machistas não são combatidas pelas autoridades da faculdade, estas também maioria masculina, ou até mesmo são cometidas por tais autoridades" (resposta de uma das entrevistadas). A presente resposta mostra que dentro da própria faculdade, muitas vezes, os comentários machistas são provenientes daqueles que deveriam combater tal tipo de atitude porém não o combatem, mas sim encaram isso como algo "aceitável" ou um assunto secundário a ser debatido.

Em suma, a pesquisa feita com as alunas da graduação mostram que na UENP ainda não há uma efetiva representatividade feminina, uma vez que ainda se propaga, em sala de aula, comentários e atitudes machistas. A representatividade feminina só é grande quando se fala quantitativamente no número de alunas, ou seja, em número de pessoas, as mulheres são a grande maioria, porém no lugar de fala elas são minoria. A pesquisa feita, nesse sentido, foi resultado de uma amostragem das meninas do curso de Direito da UENP, uma vez que a maioria delas não participaram.

### 4.2 Por uma UENP menos Misógina: Mais Mulheres nos Grandes Centros de Decisão

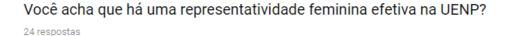
Como dito anteriormente, a pesquisa feita com as meninas da graduação do curso de Direito possibilitou chegarmos em uma opinião de que na UENP não há uma efetiva representatividade feminina, ou seja, as mulheres não ocupam majoritariamente os grandes centros de decisão. Ironicamente, os grandes centros de decisão são ocupados por homens e na maioria das vezes, são propagados ideologias machistas. Uma das perguntas feita foi de que se as meninas já presenciaram comentários machistas em sala de aula. A resposta foi quase unânime: sim. 91,7% das entrevistadas falaram que já ouviram comentários machistas em sala de aula.

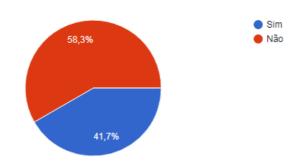
Você já presenciou comentários machistas em sala de aula ?



O machismo em sala de aula.

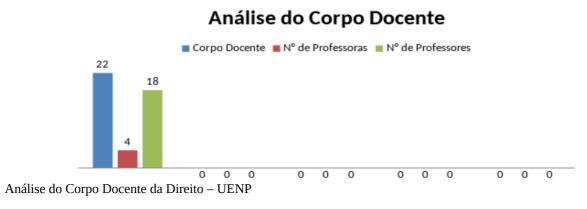
O presente gráfico mostra a opinião das alunas em relação a presença de comentários machistas em sala de aula. Entre as 24 meninas que responderam o questionário, 22 afirmaram que já presenciaram. Majoritariamente, as justificativas foram de que a maioria dos comentários feitos em sala de aula foram de conotação sexual, ou seja, comentários em que se objetivam a mulher e relativizam sua liberdade. Uma das resposta disse: "Piadas de conotação sexual, sobre a liberdade das mulheres, seus intelectuais e corpos, todos os possíveis a partir de homens" (resposta de uma das entrevistadas).





Análise sobre a representatividade feminina na UENP.

O gráfico acima indica que, de acordo com as estudantes do curso de Direito da UENP, não há uma representatividade feminina na UENP. Esses dados dialogam com os demais gráficos em que as meninas afirmam a faculdade possuir um ambiente masculinista.



O gráfico mostra que a diferença entre o número de professores e professoras é exorbitante. O número de homens dando aula é quase quatro vezes maior que o número de mulheres

professoras dando aula. Em uma possível análise desses dois gráficos, percebe-se que há uma necessidade de maior representatividade feminina no ambiente acadêmico da Faculdade de Direito da UENP. No primeiro gráfico, mais da metade das alunas responderam que não há uma efetiva representatividade feminina na UENP. No segundo gráfico, em um total de 22 pessoas que compõem o corpo docente (dados fornecidos pelo site oficial da UENP com número de professores que possuem cadeira efetiva na casa), apenas 4 são mulheres, ou seja, menos da metade dos altos cargos na faculdade são ocupados por mulheres.

Esses dados dialogam entre si como causa e consequência. Uma possível causa para a falta de representatividade feminina na Universidade Estadual do Norte do Paraná é a falta de mulheres ocupando os altos cargos da universidade, como professoras e diretoras. Como consequência, a falta de espaço e do lugar de fala torna o ambiente acadêmico um espaço masculinista, em que comentários machistas são naturalizados.

### 5. CONCLUSÃO

O presente artigo, em suma, buscou analisar a representatividade feminina no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná e como a divisão sexual do trabalho interfere no âmbito acadêmico. Vale ressaltar que a pesquisa foi feita a partir de uma amostragem de respostas das estudantes do curso, uma vez que poucas meninas responderam as perguntas.

A divisão sexual do trabalho influencia diretamente na vida da mulher, uma vez que ela possui uma dupla ou tripla jornada de trabalho, fato pelo qual, muitas vezes, impede a mulher de ocupar altos cargos.

No que tange ao curso de Direito da UENP, a maioria do corpo docente é majoritariamente homem, ou seja, a maioria dos professores com cadeira são do sexo masculino. Esse contingente não torna a mulher inferior, pois todas as 4 professoras, com cadeiras, são tão especializadas quantos os professores homens. Mesmo todas as professoras sendo tão especializadas quanto os professores, elas não ocupam majoritariamente os altos cargos do curso de Direito. Em pleno século XXI, em um ambiente que se ensina e dialoga sobre liberdade e igualdade, o patriarcado continua alimentando a discrepância entre homens e mulheres.

### 6. REFERÊNCIAS

CISNE, Mirla. Feminismo e marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, p. 1-20, 13 maio 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n132/0101-6628-sssoc-132-0211.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

FERREIRA, Janaíra de Souza. Divisão sexual do trabalho, relações de gênero e implicações ao

**processo de subalternização do serviço social no contexto brasileiro.** Universidade Estadual da Paraíba.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. [*S. l.*]: Global, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229314/mod\_resource/content/1/Gilberto%20Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, p. 1-15, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf. Acesso em: 14 maio 2019.

MARTINS, Luiza Oliveira; SILVA, Vitória Aguiar. **Análise sobre a representatividade feminina no curso de Direito – UENP.** Disponibilizando o link em:

https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScQrJz95TGmRHGQYTt5B7jJ-dkf5lxqBSIk2bk4GwnS1eGOjw/viewform?usp=sf\_link. Acesso em: 17 jun. 2019.

MOSCHKOVICH, Marilia Barbara. Teto de vidro ou paredes de fogo? Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. **Ficha catalográfica biblioteca UNICAMP**, p. 1-160, 25 fev. 2013. Disponível em:

file:///C:/Users/Carol/Downloads/Moschkovich\_MariliaBarbaraFernandesGarcia\_M%20(1).pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 112 páginas, 2017.

TIBURI, Marcia. Marcia Tiburi: "O patriarcado é o sistema de opressão e privilégios dos sujeitos machos e brancos". **Escotilha**, 9 mar. 2018. Disponível em:

http://www.aescotilha.com.br/literatura/contracapa/entrevista-marcia-tiburi/. Acesso em: 15 maio 2019.

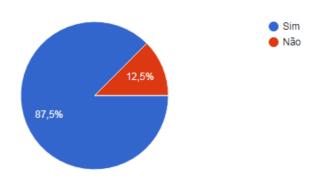
TIBURI, Márcia. **Poder é algo a ser descoberto pelas mulheres.** Disponível em:

https://www.portalodia.com/noticias/politica/poder-e-algo-a-ser-descoberto-pelas-mulheres,-dia-marcia-tiburi-262333.html. Acesso em: 8 mar. 2016.

### **ANEXO A**

Você acha que o ambiente acadêmico da UENP é majoritariamente masculinista? \*A palavra "masculinista" é um termo científico que faz referência ao que popularmente se conhece como "machismo"

24 respostas



### ANEXO B

Em que ano da faculdade você está?

24 respostas



### ANEXO C

Por que?

A maioria dos professores são homens enquanto os funcionários encarregados da limpeza, organização do local são em maioria mulheres.

Com exceção do âmbito administrativo, percebo uma grande presença feminina no local.

Alguns professores com opiniões machistas, poucas professoras dando aula.

Taxa baixíssima de representatividade feminina e claro machismo na sala de aula!

Apesar de estar, consideravelmente em evolução, sinto que ainda é um ambiente machista.

Em razão da quantidade de mulheres no corpo acadêmico, além de diversos episódios e comentários.

Acho que algumas questões já tem sido traba.lhadas e o cenário tende a melhorar

O quadro docente é composto majoritariamente por homens, principalmente em relação ao mestrado e doutorado.

Há muitas instâncias em que atitudes machistas não são combatidas pelas autoridades da faculdade, estas também maioria masculina, ou até mesmo são cometidas por tais autoridades.

O curso de direito em si é conservador, e preserva traços da cultura machista, assim como toda a sociedade. As mulheres têm buscado cada vez mais seu espaço no ambiente acadêmico, mas prova desse maejoritarismo é a discrepância entre professores homens e mulheres.

Foram poucas as vezes que vi bancas formadas majoritariamente por mulheres do que homens, assim como é nítido que o número de professores homens (ao menos no ano em que estou) é bem maior que o número de mulheres.

Vemos poucas mulheres dando aula, os homens tem mais voz ativa.

Embora tenhamos nos empenhado para mudar essa situação fática, ainda se sobressai o machismo, seja por comentários, atitudes ou "brincadeiras", é algo enraizado que ainda não conseguimos um pesticida.

De fato ainda existe muita falta de representatividade feminina.

Ainda há pouca representantes docentes mulheres, vários pensamentos retrógrados, piadas ridículas para "exemplificar", comentários desnecessários durante a aula e fora dela.

A maioria dos professores são homens enquanto os funcionários encarregados da limpeza, organização do local são em maioria mulheres.

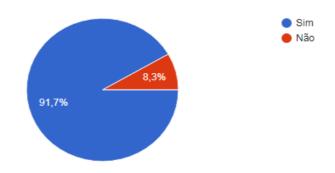
A maioria dos cargos são ocupados por homens, inclusive os de maiores destaque, podemos notar isso no quadro de diretores da Instituição.

Atividades (principalmente esportivas) compostas majoritariamente por homens, assim como quase a totalidade dos professores é de homens.

### ANEXO D

### Você já presenciou comentários machistas em sala de aula?

24 respostas



### ANEXO E

Quais tipos de comentários?

Piadas de conotação sexual, sobre a liberdade das mulheres, seus intelectuais e corpos, todos os possíveis a partir de homens.

Roupa curta e comportamentos provocantes de mulheres.

Degradantes; professor fazendo piadinha que prejudica a mulher.

Contra o aborto, dizendo que mulher que aborta é assassina. Dizendo que já há direitos iguais.

Como referente a aparência de mulheres, comentários sexuais e que depreciavam a condição de ser mulher.

Já ouvi de professor "o cara matou a esposa porque ela cometeu um adultério, como que julga um cara desses? Tá certo!".

Em relação às atividades que mulheres devem fazer, sobre dependência financeira, etc.

Na maioria de colegas mas também de professores. Sobre como mulher só quer dinheiro, sobre trair a mulher, sobre como o lugar da mulher é dentro de casa cuidando dos filhos, sobre roupas curtas, sobre "se dar ao respeito", além de comentários lgbtfóbicos.

Comentários que inferiorizam mulheres, a subjugam ou a sexualizam.

"No fim de semana as meninas vão passear no shopping e os meninos tomar cerveja".

"Mulher se preocupa demais com beleza" "Mulher que faz x coisa é feio".

"Vamos embora para que os meninos possam ir tomar cerveja e as meninas irem fazer bolo" "Vou fazer um quadro bem colorido estilo professorinha de fundamental".

"Vamos embora para que os meninos possam ir tomar cerveja e as meninas irem fazer bolo" "Vou fazer um quadro bem colorido estilo professorinha de fundamental".

Sobre mulheres gostosas serem só pra comer e tchau, sobre a suposta falta de capacidade e o suposto baixo desenvolvimento, dentre outros.

Em sua maioria objetificando a mulher, com "piadas" nesse sentido.

Majoritariamente sexuais.

Piadas de conotação sexual, sobre a liberdade das mulheres, seus intelectuais e corpos, todos os possíveis a partir de homens.

Atrelando o papel da mulher as suas funções reprodutivas como se dedicassemos menos tempo ao nosso trabalho em decorrência do papel de mãe que deveríamos exercer.

### ANEXO F

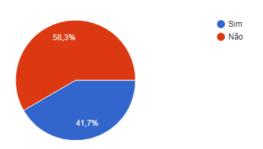
Se já presenciou, esses comentários eram provenientes de professores homens?

J- F	 	<u> </u>	
Sim.			
Sim.			
Sim.			
Em sua maioria, sim.			
Sim! Sempre de homens			

### ANEXO G

Você acha que há uma representatividade feminina efetiva na UENP?

24 respostas



ANEXO H

### Justifique.

O corpo docente em um geral é majoritariamente masculino e a discussão sobre feminismo ainda é uma espécie de tabu no mundo universitário.

Sim mas ela poderia ser muito maior. Como, por exemplo, no já citado âmbito administrativo.

Embora exista uma certa representatividade, não se pode dizer que é efetiva.

Nenhuma diretora mulher. Pouquíssimas professoras, maioria homem.

Hoje, vejo mais mestrandas, doutorandas. Várias pesquisas na linha do feminismo.

Embora o corpo de alunos seja satisfatoriamente composto por mulheres, os docentes são, em sua maioria, homens.

Faltam professoras.

Há muitas mulheres que realizam trabalhos e pesquisas científicas na área do feminismo, entre outras. A luta das mulheres por espaço vem crescendo cada vez mais.

O coletivo feminista, algumas professoras e as alunas que em grande maioria lutam por seus direitos. Mas embora efetiva, ainda pode ser muito maior.

Acredito que o coletivo foi mais ativo, no entanto hoje em dia há muitas mulheres feministas, mas não há um movimento conscientizador forte.

Em que pese os impasses, as mulheres estão sempre lutando para ter seu espaço de fala, por meio de palestras de conscientização, inserção no meio acadêmico através da área de pesquisa e afins.

Há poucas mulheres ocupando cargos de destaque, a exemplo do mural de diretores do centro onde não se vê uma mulher sequer.

Apesar de reconhecer uma certa evolução se comparado a outros lugares, ainda não é o suficiente para afirmar a existência de uma representatividade feminina efetiva.

Porém não suficiente.

Eu acho que há, ainda em crescimento, mas há.

Existem excelentes propostas para criar meios de representatividade feminina, todavia, elas nem sempre obtelém apoio da universidade e dos próprios alunos.

As meninas se apoiam em todas as circunstâncias possíveis, mas acredito que ainda não há uma representação efetiva. Deveríamos ter encontros de grupos de apoio e conversa.

# OS PARADIGMAS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

Fernanda Mendes SALES<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O constante desenvolvimento da técnica e da tecnologia, tem permitido o surgimento de novas necessidades, novas relações sociais e novas demandas. Após a segunda guerra mundial, a tecnologia tem enfrentado um desafio ético e moral, colocado à mordenidade, podendo o seu avanço irrefletido causar danos irreversíveis à humanidade. As inovações tecnológicas tem sido fator determinante na produção de novos conhecimentos, o que tem possibilitado a convergência dos mundos físicos, biológicos e digitais, surgindo novos padrões culturais, novas formas de riscos e conflitos sociais. O objetivo do estudo é analizar à luz dos avanços tecnológicos, os novos riscos, os novos direitos, bem como o seus mecanismos de regulação e controle social. O problema surgiu da necessidade de uma reflexão aprofundada sobre as consequências sociais, políticas e culturais, geradas pela tecnologia. A pesquisa justificou-se pela relevância social, pelo interesse público, notadamente pelo compromisso de reafirmar os valores humanos aos anseios da tecnologia. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica com abordagem crítica. O método hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos fundamentais da dignidade humana, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Direito. Tecnologia.

### **ABSTRACT**

The constant development of technology and technology has allowed the emergence of new needs, new social relations and new demands. After World War II, technology has faced an ethical and moral challenge, set to mordenity, and its breakthrough can cause irreversible damage to humanity. Technological innovations have been a determining factor in the production of new knowledge, which has made possible the convergence of the physical, biological and digital worlds, emerging new cultural patterns, new forms of risks and social conflicts. The objective of the study is to analyze in light of technological advances, new risks, new rights, as well as its mechanisms of regulation and social control. The problem arose from the need for in-depth reflection on the social, political and cultural consequences of technology. The research was justified by social relevance, by the public interest, especially by the commitment to reaffirm human values to the yearnings of technology. The research methodology used was the bibliographical one with critical approach. The hypothetico-deductive method with qualitative approach and exploratory objectives. The studies were based on the fundamental presuppositions of human dignity, going through the aspects of the dialectic as a critical contribution to the analysis.

**KEYWORDS:** Society. Right. Technology.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito no Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM na área de concentração Teoria do Direito e do Estado pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" Centro Universitário Eurípides de Marília. Bolsista CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pesquisadora da temática "Segurança Pública: construção à luz da cidadania e do controle social", sob orientação do Prof. Dr. José Eduardo L. dos Santos. Integrante do Grupo de Pesquisa Novos Direitos Controle Social e Aspectos Criminológicos ? NODICO, sob a liderança do Prof. Dr. José Eduardo L. dos Santos. Monitora de Teoria da Pena e Criminologia. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM - Marília - SP. Graduada em Ciências Sociais Aplicadas - Bacharela em Serviço Social pela Universidade de Marília - UNIMAR - Marília - SP. Advogada.

# INTRODUÇÃO

As revoluções tecnológicas são caracterizadas pelas grandes revoluções industriais, ocorridas ao longo da história da humanidade. Por tecnologia não se deve considerar apenas as inovações em maquinário, mas também o desenvolvimento de técnicas de organização social e do mundo do trabalho, refletido na economia. A passagem da fase fordista do capitalismo, baseada na produção em massa, nos sindicatos fortes e na normatividade do salário familiar, para uma fase pósfordista, marcada pela transição de uma sociedade industrial até então baseada na tecnologia da manufatura, da segunda revolução industrial, para uma sociedade do conhecimento, baseada nas tecnologias da informação, da terceira revolução industrial, ou revolução tecnológica, até os dias atuais com a chamada quarta revolução industrial, reconfigurando o conjunto de forças sociais antagônicas e a relação Estado/sociedade.

Correspondendo aos anseios dos grandes movimentos do capital, que tem como base a racionalização econômica e a maximização dos lucros, a tecnologia tem incorporado novos padrões ao século XXI, tanto para a sociedade como para as relações humanas. A esse respeito, Sibilia apud Morgato (2011, p. 32), alerta que o desevolvimento tecnocientífico, bem como as transformações experimentadas sob "a forma da razão instrumental", não se limitam à vida social, mas inauguram um novo mundo, "no qual o ser humano, a natureza, a vida e a morte atravessam turbulências e experimentam mutações".

Conquanto não devemos negar à tecnologia, seus feitos e conquistas, é necessário um debate aprofundado deste novo universo, que tem determinado novos costumes, novos riscos e novos conflitos. No primeiro capítulo, refletiremos tais inquietações, bem como os paradigmas da revolução tecnológica, perpassando pelas fases das revoluções industriais, nas quais estão inseridas as revoluções tecnológicas do século XXI, abordando a perspectiva de Klaus Schwab, na obra Quarta Revolução Industrial.

No segundo capítulo abordaremos as questões referentes a bioética e ao biodireito, os aspectos éticos, morais e filosóficos, frente aos desafios da sociedade tecnológica. Especificamente sobre os novos riscos trabalharemos em torno das considerações de Ulrich Beck, na obra Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.

Para o desenvolvimento da pesquisa utilizamos a metodologia bibliográfica, com abordagem crítica, o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. A pesquisa justificou-se pela relevância social e pelo interesse público, reforçando o compromisso com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade frente aos anseios e

# 1 REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA ABORDAGEM A PARTIR DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A sociedade humana tem passado hoje, por uma diversidade de desafios, dentre eles, o "avanço tecnológico" e a inserção de novas tecnologias, redefinindo o limites e estruturas da natureza humana. Klaus Schwab (2016), na obra 4ª revolução industrial, afirma que a sociedade está diante da "mais intensa e importante modelagem da nova revolução tecnológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade".

Essa transição será "diferente de tudo o que a humanidade já experimentou, uma vez que, a tecnologia está fundindo<sup>2</sup> os mundos físico, digital e biológico, de forma a criar grandes promessas e possíveis perigos". As "principais inovações tecnológicas estão à beria de alimentar uma gigantesca mudança histórica em todo o mundo", as quais tem determinado, inevitavelmente, a maneira como pensamos e interagimos com a sociedade. (SCHWAB, 2016).

Quando ocorrem alterações abruptas e radicais no tecido social, como as que tem sido prometidas pela "revolução tecnológica", com o reajustamento institucional, reordenamento da sociedade e adaptação tanto cultural como social, política, econômica e jurídica, obrigando ao desenvolvimento de novas rotinas e habilidades, não podemos deixar de refletir os aspectos éticos, morais e filosóficos destes fenômenos.

Freud (1927), refletiu no futuro de uma ilusão, que "as criações humanas são facilmente destruídas, e a ciência e a tecnologia, que as construíram, também podem ser utilizadas para a sua aniquilação". Observou Frei Nilo Agostini (2010, p. 121), que:

O princípio de humanidade corre grande risco em face de um certo 'desmoronamento ontologico' hoje em curso. A ilimitada expectativa pelos resultados da tecnociência é potencializada por uma ruptura jurídica que visa, sobretudo, atender a interesses econômicos. Isso altera significativamente a noção de inviolabilidade do corpo humano e do ser vivo subtraído à posse. Se há bem pouco tempo o imperativo categórico de Kant, herdeiro da tradição judaico-cristã, era refencial para as discussões em torno do estatudo do ser vivo, agora, é o mercado que preside essa discussão, determinando-lhe o ritmo e a pertinência.

Morgato (2011, p. 32), entende que as descobertas de novas tecnologias e a produção de novos riscos, tem revelado "uma nova reconfiguração de nossas perspectivas, concepções e certezas, no que diz respeito aos aspectos fundamentais da natureza humana". Hannah Arendt

Estaria ocorrendo um importante deslocamento na base filosófica da tecnociencia ociedental, notório especialmente nas últimas duas décadas: uma ruptura com relação ao pensamento moderno, de características prometeicas, e uma abertura para o novo horizonte. A meta atual do projeto tecnocientífico não consiste na melhoria das ainda mais miseráveis condições de vida da maioria dos homens: ele é atravessado por um impulso insaciável e infinista, desconhecendo explicitamente os limites que constrangiam o projeto científico prometeico. Um impulso cego para o domínio e a apropriação total da natureza, tanto exterior quanto interior ao corpo humano. (SIBILIA apud MORGATO, 2011, p. 33).

refletiu que, "a vida do gênero humano deixou de ser a medida de todas as coisas, como foi o caso para boa parte de nossa tradição cultural, para ser também instrumentalizada, ou seja, acrescentada 'ao enorme arsenal de coisas dadas do qual o homo faber selecionava livremente os meios de atingir seus fins'". (MORGATO, 2011, 31).

A volatividade das novas tecnologias tem demonstrado isso, e ultrapassado as habilidades das pessoas e das várias sociedades para adaptar-se a ela, o que tem impactado diretamente todas às dimensões da vida humana, deixando perplexos até mesmo os mais ferrenhos tecnófilos<sup>3</sup>". (LIMA, 2001).

Na lição do ilustríssimo professor Osvaldo Giacoia Jr. (2018), "o progresso do gênero humano seria o resultado de uma combinação inseparável entre, por um lado, o desenvolvimento do conhecimento científico com a consequente apropriação técnico-pragmática da natureza e, por outro lado, sua utilização em benefício da dimensão ético-moral da humanidade, compreendida essencialmente a valores e normas"

Essas duas vertentes, que originalmente confluíam, parecem colocar-se hoje drasticamente em oposição. A pergunta pelo futuro do humano não pode prescindir, em nossos dias, de uma reflexão aprofundada sobre as consequências éticas, sociais, políticas e culturais geradas pelo desenvolvimento das ciências e das tecnologias. (GIACOIA JR, 2018, p. 151).

É certo que não devemos negar a exitência da tecnologia, tão pouco refutar seus feitos e conquistas, no entanto, é prudente que reflitamos sobre os seus impactos e contradições. O desenvolvimento tecnocientífico, bem como as transformações experimentadas sob "a forma da razão instrumental", não se limitam à vida social, mas inauguram um novo mundo, 'no qual o ser humano, a natureza, a vida e a morte atravessam turbulências e experimentam mutações'. (SIBILIA apud MORGATO, 2011, p. 32).

Pensadores como Thorstein Vblem, estudioso do "determinismo tecnológico" e sua relação sociedade e tecologia, apontam, que: "o aparecimento de uma nova tecnologia provoca na sociedade mudanças profundas em todas as esferas da vida humana — psíquica, física e socioeconômica. Esse fenômeno pode ser observado ao longo de toda a história da humanidade, desde o *Homo erectus* até o *Homo sapiens*". (VBLEM apud LIMA, 2001, p. 32).

O avanço tecnológico nada mais é do que a evolução da própria espécie, num esforço contínuo de criar formas de vencer obstáculos. Em constante evolução, a espécie humana, tem necessidade de criar, manipular e decidir sua própria vida, buscando o domínio sobre si e sobre as demais espécies da natureza.

Essa nova realidade traz consigo a necessidade de pensar estes novos fenômenos. Numa

Tecnófilos é todo aquele que possui visão otimista e não crítica sobre a tecnologia (determinismo tecnológico). Definição de Beatriz Santana em "Introducing the Technophobia/Technophilia Debate: Some Comments on the Information Age", June 1997, UCLA Departament of Education.

sociedade altamente tecnológica, onde o tecido social passa por um processo de "fluidez4" e desconstrução, reafirmar os valores basilares da sociabilidade e dignidade da pessoa humana, é pensar a construção de uma ética social para a civilização tecnológica.

No mundo moderno cuja dinâmica e força propulsora, é o desenvolvimento tecnicocientífico, já passou por três grandes revoluções ao longo da sua história, as quais foram determinantes e produziram mudanças sistemáticas e profundas tanto na sua dinâmica quanto no seu enquadramento. No modo de viver "estruturas sociais" e nos "sistemas econômicos". (SCHWAB, 2016).

Assim, do ponto de vista histórico-social, a tecnologia teve seu início marcado pelo avanço tecnocientífico, com às revoluções industrias e suas fases de transição. A primeira grande fase da revolução industrual ocorreu no século XVIII, com a construção das ferrovias e a invenção da máquina a vapor. Início da mecanização e a substituição do trabalho artesanal — manufatura — pelo assalariado; aqui, houve mudança significativa no conceito de transporte, operando-se verdadeira revolução em todos os setores da vida humana.

A segunda e a terceira fases ficaram marcadas pela descoberta da eletricidade e do uso do petróleo como combustível; a utilização do aço e o desenvolvimento de produtos químicos, possibilitando a criação da linha de montagem e o aumento da produção em massa; pela revolução tecnológica ou digital, baseada na sociedade do conhecimento, e pelos avanços da tecnologia com o desenvolvimento da engenharia genética; do computador e dos aparelhos celulares e da internet como ferramenta que globalizou o mundo.

Do ponto de vista da globalização, um sistema de mercado cada vez mais competitiva e exigente, precisa adtptar-se a essa nova realidade, ajustando-se aos novos contornos, frente ao (re)alinhamento e (re)definição do modo de produção capitalista vigente, cuja relação entre cidadão e Estado ganha novo enfoque. (AGOSTINI, 2010, p. 62).

Nesse viés, notou-se, que a transição de uma lógica manufatureira para uma lógica baseada na sociedade do conhecimento, cuja passagem da fase do capitalismo fordista para uma fase pósfordista, com o aparecimento de novas tecnologias e o novo sistema de informação, foram as propulsoras dos avanços tecnológicos ocorridos ao longo dos séculos XX e XXI, impulsionando novas demandas e novos riscos.

Partindo dessa perspectiva, portanto, observou-se, que, a evolução e avanço da tecnologia

O estabelecimento do progresso e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia na modernidade avançaram nos próximos séculos, especialmente a partir do XX, de forma um tanto quanto mais acelerada. O próprio tempo parece adquirir um ritmo mais acelerado. As incertezas que começaram surgir aos poucos na modernidade agora tomam lugar central na sociedade, afetando os relacionamentos humanos e os relacionamentos desses com tudo o que rege o universo humano. Muito é questionado se se trata de uma ruptura do processo iniciado na modernidade clássica ou de sua intensificação. Para Baumam, a modernidade líquida é a fase seguinte da modernidade sólida, sua continuação. Mais que isso, a intensificação desta. (BAUMAM apud OLIVEIRA, 2012).

engendrada desde as sociedades antigas até as sociedades atuais, teve como mola propulsora o desenvolvimento do sistema capitalista e sua determinação como modelo de produção da vida moderna<sup>5</sup>. No plano teórico, Karl Marx, no Capital (1867), pensou a tecnologia e a sociedade, ao afirmar, que:

O desenvolvimento da tecnologia dá-se pelo trabalho que permite ao homem diferenciar-se da natureza, moldando-a ao elaborar previamente técnicas que determinarão o emprego de sua força de trabalho. O constante desenvolvimento da técnica e da tecnologia permite o surgimento de novas necessidades criadas pela própria criação dos meios de produção. A descoberta e o consequente uso de uma tecnologia por parte de uma civilização forçam, muitas vezes, esta sociedade a transformar-se para assimilar as novas demandas sociais e novas relações sociais são desenvolvidas.

Com este novo cenário, no entanto, surgiu um paradoxo ou "determinismo tecnológico": ao mesmo tempo, em que, as "modernas tecnologias criadas pelo homem para o domínio da natureza (vencendo distancias e encurtando espaços de tempo), elas também tornaram-se tão abrangentes, sem fronteniras num mundo globalizado, que impossibilitaram o controle da extensão do seu próprio uso pela humanidade". (VBLEM apud LIMA, 2001, p. 01).

Deste modo, por tecnologia não se deve considerar apenas as "inovações" em maquinário, mas também o desenvolvimento de técnicas de organização social e do mundo do trabalho. Transformações que refletem na economia, na cultura, nas relações sociais, significando os meios materiais e imateriais utilizados na produção. As "invenções, as descobertas, ou as criações", humanas com o objetivo de transformar a natureza.

Para Klaus Schwab (2016), as "principais inovações tecnológicas estão à beria de alimentar uma gigantesca mudança histórica em todo o mundo". Quando ocorre uma transformação na técnica, requer reajustamento institucional e adaptação cultural e social, obrigando o desenvolvimento de novas rotinas e novas habilidades.

Contudo, o fascínio irrefletido da tecnologia, alerta-nos ao que Hannah Arendt (2002, p. 30), afirmava: "a realidade humana é assim caracterizada não pelo fato de que ela simplesmente *é*, mas de que seu próprio *Ser* e por seu próprio Ser em questão. Essa estrutura fundamental é o 'Cuidado', que se encontra na base de nosso cuidado cotidiano no mundo".

O cuidar, ter cuidado, tem verdadeiramente um caráter autoreflexivo; ele é apenas aparentemente dirigido para o objeto de que se ocupa. O *Ser* para o qual a realidade humana é tomada de cuidado é a *'Existenz'*, que perpetuamente ameaçada pela morte, está condenada afinal à extinção. A realidade humana encontra-se continuamente relacionada a uma *Existenz* a meaçada dessa forma; e deste ponto de vista devem ser compreendidas todas as atitudes e deve ser tornada coerente a análise do Homem. As estruturas da *Existenz* do Homem [...] e suas interrelações estruturais, a que Heidegger chamava de existencialidade. (ARENDIT, 2002, p. 30)

266

A investigação sob o enfoque do método da crítica da economia política proposto por Marx consiste, em situar e analisar os fenômenos sociais em seu complexo e contraditório processo de produção e reprodução, determinado por múltiplas causas na perspectiva de totalidade como recursos heurístico, e inserido na totalidade concreta: a sociedade burguesa. (BEHRING, BOSCHETTI, 2007, p. 38).

Em sua escala, alcance e complexidade, a atual revolução industrial contemporânea, baseada na sociedade altamente tecnológica e a inserção das novas tecnológias, promete verdadeira "mutação antropológica de grande amplitude" Pierre Lévy (1996), devendo ser reforçados os valores humanos e fundamentais, onde a condição humana não seja mera moeda de troca ou descartada pela lógica do consumo.

Notadamente, o Direito com a regulamentação de novos métodos e procedimentos empregados, com vistas a proteção da vida e da dignidade da pessoas humana, haja vista "as ações humanas possuirem em si uma carga valorativa, uma vez que, o ser humano é livre e a liberdade supõe alternativas que se concretiza por meio da escolha consciente e avaliada". (AGUIAR, 2017, p. 89).

Por fim, as novas tecnologias é uma realidade e o Direito não de pode ficar alheio, sem deixar de refletir as dimensões ético-morais, político-jurídicas, sociais e econômicas, devendo a escolha pelos valores humanos ser preservados e respeitados, frente ao desafio e impactos provocados pelo avanço exponencial da tecnologia.

# 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

A dignidade humana remonta aos primórdios da nossa humanidade, tendo como principal característica a constituição do próprio ser humano. Dentre suas vertentes encontram-se a religiosa, a filosófica, a política e a jurídica, como distinção axiológica e autoderteminação do indivíduo face aos objetivos do Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana passou a ser considerada como uma categoria jurídico-política, pela adoção do pós-positivismo e a "retomada dos valores fundamentais estabelecidos pela filosofia moral, impondo "dever ético e moral" do respeito à vida, além de sua inserção nos documentos internacionais e nas Constituições democráticas". (BARROSO, 2010).

No Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é um dos pilares da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 1º da CF/1988, portanto, constitui-se um dos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, funcionando como elemento conectivo de positivação dos direitos fundamentais na órbita jurídica, evidenciando-se o caráter instrumental do princípio como parâmetro objetivo de aplicação, interpretação e integração do sistema jurídico.

Na lição de José Afonso da Silva (2007), a dignidade humana é "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida". Sarlet (2011, p. 60), atribui à dignidade humana "qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que

o faz merecedor do respeito e consideração por parte da comunidade e do Estado".

Onde não existe respeito pela vida, nem condições mínimas de existência digna, onde não há espaço para a igualdade, também não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. É necessário mais do que ser simplesmente humano, imagem e semelhança de Deus, dotado de razão e alma, par ter dignidade. Esta não acontece por si só, é preciso colaboração da sociedade e do Estado, além da exigência do próprio indivíduo do respeito por si próprio. Ter livre arbítrio não quer dizer que a dignidade não poderá ser violada. (SARLET, 2011, p. 104).

É no princípio da dignidade humana, que repousam os valores supremos da vida necessários à proteção dos direitos humanos pela "imperiosidade da lei, objetivando um mundo onde todos tenham o mínimo necessário para uma existência digna e liberdade de pensar, falar, viver, e agir". (POZZOLI; SILVA, 2015, p. 998).

Neste viés, numa sociedade altamente tecnológica, onde a inserção das novas tecnologias já é uma realidade, o direito fundamental da dignidade humana deve ser preservado e respeitado, refletindo as vertentes éticas, morais, jurídicas e sociais, frente aos fenômenos tecnológicos. Nesta direção orienta Chandler apud Lima (2001), que:

As tecnologias (particularmente as da comunicação ou mídias) são consideradas como causa principal das mudanças na sociedade, 'e são vistas como a condição fundamental de sustentação do padrão de organização social. Os determinantes tecnológicos interpretam a tecnologia como a base da sociedade do passado, presente e até mesmo do futuro. Novas tecnologias transformam a sociedade em todos os níveis, inclusive institucional, social e individualmente. Os fatores humanos e sociais são vistos como secundários.

Klaus Schwab (2016), discorrendo sobre a quanta revolução industrial, ou "revolução tecnológica" e os impactos provocados na sociedade, afirma que a inserção de novas tecnologias, está alterando sistematicamente a dinâmica e o enquadramento da sociedade, mudando completamente o modo de viver "estruturas sociais" e os "sistemas econômicos"<sup>6</sup>, da sociedade contemporânea.

Com efeito, a fusão da fronteira dos mundos, como tratado no capítulo anterior, tem provocado uma simbiose tecnológica, principalmente com a inteligência artificial interligando os mundos, "a natureza humana deixa de ter limites rígidos e fixos", ficando totalmente suscetível, explica, Maria Paula Sibilia (2008), cabendo a bioética e ao biodireito estabelecer novos parâmetros éticos e normativos aos avanços da tecnologia.

Norberto Bobbio (2004, p. 26), ao considerar o direito como uma função protetorarepressiva ou norma desencorajadora de ações não desejadas e como "meio" definido como "técnica social", reflete, que:

Os direitos não nascem todos de uma vez". Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o "aumento do *poder* do homem sobre o homem – que acompanhada

A palavra 'revolução' denomina mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções tem ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos e suas alterações podem levar anos para se desdobrare. (SCHWAB, 2016).

inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

Neste prisma, a inserção de novas tecnologias, seja no mundo do trabalho, seja nas relações sociais, produzem novos riscos e novos direitos, novos bens jurídicos passam a ser juridicamente possíveis. Novas formas de controle passam a ser reguladas pelo Estado, tornando o Direito um "instrumento de mudanças planificadas da realidade" social, conforme Niklas Luhmann (2017, p. 258).

Os novos direitos são a consagração das reinvindicações sociais frente aos avanços tecnológicos, como a biotecnologia, a bioética e a engenharia genética. Fatores "conectados direitamente à questão da vida humana e aqueles advindos da tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtual". (OLIVEIRA, 2010).

Portanto, o entusiasmo com as novas tecnologias deve ser acampanhado com a cautela necessária, haja vista ser um universo completamente novo e ainda permeado de incertezas. "Discute-se, no campo filosófico, o que seria inerente ao ser humano nesse novo cenário". (GROSSI, 2018, p. 01), no qual devemos estar atentos, ainda não sabemos como essas novas tecnologias poderão impactar nossas vidas futuramente, observando que todas estas transformações respondem ao acelerado desenvolvimento do capitalismo e sua fruição.

Analisando a tecnologia sob a perspectiva do "fetichismo do capital", é importante destacar as reflexões de Fernando Rodrigues de Almeida e José Eduardo L. dos Santos, na obra Novos Direitos, Novos Risco e Controle Social, na qual, ressaltam, que:

A cultura obriga a uma ideologia da troca, o que significa o debate da axiologia do ente social, a preocupação em observar a possibilidade da venda da força de trabalho é justamente delimitar a possibilidade da liberdade do vendedor e cuidar para que o domínio econômico não possa chegar a comercializar o conceito humano. [...] A condição de valores como sistema cultural ideológico da sociedade confundiu-se com o valor econômico, ou melhor, como valor de mercado, fazendo da condição de humanidade passiva de uma ambivalência. O valor é sempre presente por um sistema axiológico de cultura, demonstrando-se primordial na relação do sujeito de direito com a estrutura social. O sujeito de direito é parte do sistema social, desse ponto de vista não tratamos do ente social sob a perspectiva ontológica, mas sim, como estrutura de uma sistematização política. (ALMEIDA; SANTOS, 2017, pp. 143-147).

Em mesmo sentido, assevera Morgato (2011), que no sistema capitalista, a "vida é determinada pelo domínio subordinador do mercado mundial, cujas características são: o lucro, a produtividade, e a concorrência, num contexto de estados nacionais com fronterias porosas", assim novos métodos de regulação e enquadramento social passam a ser imperativos, modificando-se completamente a nossa maneira de viver e estar no mundo.

Pensadores como Ulrich Beck e Klaus Schwab, entendem, que, os novos riscos<sup>7</sup> que hoje

<sup>7</sup> Para Ulrich Beck, riscos, assim como riquezas, são objetos de distribuição, constituindo igualmente posições —

vivenciamos na sociedade contemporânea, em parte é atribuído à quarta revolução industrial, ou revolução tecnológica<sup>8</sup>. Para Beck (2011), os novos riscos fazem parte da "lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia, quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas do Estado Social".

De acordo com o autor, se no século XIX, os riscos surgiram com a passagem da "modernização da sociedade agrária estamental" para a sociedade industrial; hoje, a "modernização dissolveu os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social". (BECK, 2011, p. 13).

Após a segunda guerra mundial, a tecnologia tem sido considerada um paradoxo. Um desafio ético e moral, podendo o seu avanço irrefletido provocar danos irreversíveis à humanidade. O aumento da complexidade tecnológica bem como a volatividade das novas tecnologias podem violar direitos humanos e constitucionais, trazendo consigo a necessidade de regulamentação das situações dela decorrente. Importante contribuição traz ao debate, Hans Jonas (1979), "O princípio responsabilidade: ensaios de uma ética para a civilização tecnológica" o

Assim, ao reafirmar o compromisso dos valores fundamentais e humanos, frente aos avanços da tecnologia e o respeito à dignidade humana é condição "sine quo nom", à humanidade. Bernardes e Ferreira (2018, p. 37), ensinam, que nos direitos fundamentais repousam "o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a fraternidade", equilibrando a relação de desigualdade entre o cidadão e o Estado.

posições de ameaça ou posições de classe. [...]. Riscos vividos pressupõem um horizonte normativo de certeza perdida, confiança violada. Mesmo quando irrompem calados, encobertos por *cifras* e fórmulas, continuam a estar em princípio vinculados espacialmente, como a condensação matemática de visões danificadas da vida digna de ser vivida. Riscos são, nesse sentido, imagens negativas objetivamente empregadas de utopias nas quais o elemento humano, ou aquilo que dele restou, é conservado e revivido no processo de modernização.

<sup>8</sup> Klaus Schwab define o termo 'revolução' como uma mudança abrupta e radical capaz de provocar alterações profundas na estrutura e organização social. Em nossa história, as revoluções tem ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos e suas alterações podem levar anos para se desdobrarem.

Devemos observar como as novas faculdades tecnológicas aboliram a neutralidade moral das ações humanas, visto que antes do advento dessa era tecnológica, o agir humano devia se preocupar com o imediato, sem a necessidade de planejamento de longo prazo, sendo que a ação sobre objetos não humanos era eticamente neutra (a ação sobre a natureza, por exemplo, era incapaz de destruí-las), e que o homem era constante na sua essência não sendo objeto da própria técnica como hoje está se disseminando. Desse modo, partindo dos pressupostos apresentados na obra, o imperativo categórico indivudual Kantiano do 'aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral', estaria superado, ou melhor, não seria mais suficiente para nortear as ações humanas, pois a ética dita 'tradicional, cuidaria das ocorrências do momento presente, em relações imediatas de pessoa a pessoa, sem a necessidade de se pressupor uma ética para relações coletivas e sem levar em conta dados da natureza, tornando-se, portanto, imperativo desenvolver uma nova ética para a civilização tecnológica, com fulcro na dimensão da responsabilidade, levando em conta pressupostos futuros e incertos, sobretudo, norteados pelo direito de existência das futuras gerações, sem que as caraterísticas reconhecidas como humanas sejam desnaturadas. (JONAS apud GROSSI, 2019, p. 01).

O progresso tecnológico exige reflexão. As "figuras tradicionais do sujeito, do indivíduo, da pessoa foram absorvidas pela função social de produtor e consumidor, sendo cada vez mais definidas em função de seu relacionamento com o mercado". A sociedade dos homens passa, então, a ser caracterizada como a sociedade das coisas", ocorrendo um processo de "reificação" do homem transformado em objeto de consumo. (MORGATO, 2011, p. 32).

A Declaração de Toronto<sup>10</sup>, estabelece, que: a ética e a lei têm um papel importante em nossas sociedades. Essa convergência nos permite colocar o ser humano, sua experiência e dignidade no centro de nossas deliberações, corroborando com as atuais discussões sobre a necessidade de caminhar no sentido da construção de uma ética para a civilização tecnológica, reforçando o que já havia sido objeto de reflexão no Relatório 2018, emitido pelo Grupo Consultivo de Ética da Autoridade Europeia de Proteção de Dados.

Neste sentido, o Direito como um fato social, do qual é impossível abstrair-se, Niklas Luhmann (1983), afirma, que, sem ele "nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro, sendo a convivência social pré-sujeita a regras e normas". Trata-se do estabelecimento e adequação do ordenamento jurídico, aos anvanços sociais, notamentemente, os da tecnologia, podendo a legislação ser ampliada ou restringida, tornado-se "juridicamente possível" a regulação e controle de "um maior número de relações ou comportametos.

Do ponto de vista da bioética e o biodireito, Morgato (2011, p. 33), alerta sobre o "desenvolvimento da tecnociência, mais especificamente da biotecnologia, sobre os riscos de que a sociedade humana perca o controle e acabe por ser dominada pelo progresso técnico, de que o homem caminhe na direção de instrumentalizar a Natureza e a vida de outros homens".

Conforme Scarmanhã e Santos (2017, p. 33), a bioética<sup>11</sup>, deve nortear às "demandas de uma nova dimensão de direitos fundamentais, conhecidos como de quarta geração, decorrentes dos avanços biotecnológicos e que vão incidir sobre as atividades vitais do meio ambiente e do homem". Oliveira (2010), observa, que, os novos direitos são a consagração das reinvindicações sociais frente aos avanços tecnológicos, como à biotecnologia, bioética e a engenharia genética. Fatores "conectados diretamente à questão da vida humana e aqueles advindos da tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtual".

Com efeito, o desenvolvimento da tecnologia não depende apenas da existência das transformações materiais na natureza, mas também do desenvolvimento de uma lógica científica,

<sup>10</sup> Declaração de Toronto: Proteção ao direito à igualdade e à não-discriminação em sistemas de aprendizado de máquina. Disponível em: <a href="https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/08/The-Toronto-Declaration">https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/08/The-Toronto-Declaration</a> ENG 08-2018.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

A bioética está pautada na ética das relações e dos estudos do biodesenvolvimento, traçando os cuidados que devem existir com a vida, tendo como princípios fundamentais: o respeito à vida e à autodeterminação da pessoa, assentados essencialmente sobre o fundamento da beneficência , da autonomia e da justiça. (SCARMANHÃ; SANTOS, 2017, p. 34).

que estimule a busca de novas descobertas. Quando ocorre uma transformação profunda na forma de lidar com a natureza, ou seja, uma ruptura de um sistema mecanicista para um sistema tecnicista, com a consequente transformação da técnica e da pragmática, é necessário um reordenamento da ordem social, exigindo do Estado a criação de novos marcos regulatórios e à ciência do Direito cabe o desafio de dialogar com essa nova realidade.

Novos mecanismos de regulação oriundos deste novo processo surgem, obrigando o desenvolvimento de novas rotinas e novas habilidades. O indivíduo (consumidor) tem de se "amoldar" a essa nova realidade, ajustando-se ao mundo do trabalho e consequentemente à sociedade do consumo.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A modernidade não cumpriu sua promessa de libertar o ser humano do medo, da angústia e do espírito de barbárie. Pelo contrário, mergulhou o ser humano ainda mais numa aspiral de desconfiança, potencializada pela sociedade tecnológica. Os ideais de segurança, somados ao desenvolvimento tecnológico, tem provocado o surgimento de novos padrões culturais e novas formas de riscos e conflitos sociais, desencadeando um verdadeiro processo de supressão de garantias fundamentais e constitucionais.

Portanto, as novas tecnologias tem determinado hábitos e formas de pensar o humano. Mudamos o modo como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos com o mundo. É tempo de reflexão! Essa nova realidade traz consigo a necessidade de refeletir os fenômenos dela decorrente e analisar os impactos provocados.

O aparecimento de novos riscos e novos direitos, a criação incessante de novos bens jurídicos passando a ser tutelados pelos Direito e seus novos propósitos, a transformação na forma de lidar com a natureza, ou seja, a ruptura de modelos tradicionais de (re) produção social, com a consequente transformação da técnica e da pragmática, cabendo, ao Direito, o desafio de dialogar com essa nova realidade.

É fundamental, portanto, diante dessa transformação social, essa simbiose de tamanha complexidade como a prometida pela "revolução tecnológica", que o Estado crie novas formar regulação e controle social, portanto, a importância de reafirmar os valores humanos e fundamentais como norteadores do avanço tecnológico.

O Direito é um fato social, do qual é impossível abstrair-se, Niklas Luhmann (1983), afirma, que, sem ele "nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro, sendo a convivência social pré-sujeita a regras e normas". Trata-se do estabelecimento e adequação do ordenamento jurídico, aos anvanços sociais, notamentemente, os da tecnologia, podendo a

legislação ser ampliada ou restringida, tornado-se "juridicamente possível" a regulação e controle de "um maior número de relações ou comportamentos".

Diante disso, as novas tecnologias é uma realidade e o Direito não de pode ficar alheio, sem deixar de refletir as dimensões ético-morais, político-jurídicas, sociais e econômicas, devendo a escolha pelos valores humanos ser preservados e respeitados, frente aos desafios e impactos provocados pelo avanço exponencial da tecnologia na sociedade contemporânea.

### REFERÊNCIAS BIBLIÓGRAFICAS

AGOSTINI, Nilo. Ética: diálogo e compromisso. São Paulo: FDT, 2010.

AGUIAR, Carlos Eduardo Almeida de. Ética: Da deontologia em Immanuel Kant ao utilitarismo em Jeremy Bentham e Stuart Mill. In: **Novos direitos, novos riscos e controle social**. 1. ed. Birigui. São Paulo. Boreal, 2017, p. 89.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de.; SANTOS, José Eduardo L. dos. O Sujeito de direito, o indivíduo e a exaustão social: elementos para o paradoxo da globalização. In: **Novos direitos, novos riscos e controle social**. 1. ed. Birigui. São Paulo. Boreal, 2017, pp. 143-147.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política: ensaios e conferências**. 3. ed. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro. Relume-Dumará, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. 2010.

BECK, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo, 2011

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional Positivo. **Direitos Fundamentais em espécie**. 2018. Disponível em: <

https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/deed536224d3508fbced9cc99ce0d393.pdf>. Acesso em: 02 jul 2019.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMEIRO, Sérgio Silveira. O ethos no caminho da dor. Disponível em:

<a href="https://cppc.org.br/noticias/o-ethos-no-caminho-da-dor-por-sergio-carneiro.html">https://cppc.org.br/noticias/o-ethos-no-caminho-da-dor-por-sergio-carneiro.html</a>. Rio de Janeiro, 2018. Acesso em: 24 jun. 2019.

FRAZER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. In. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 7-20, out. 2002.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Política: nós também sabemos fazer**. 1ª. ed. Petrópolis. Vozes Nobilis, 2018.

GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta del. Direito, tecnologia e informação: A refirmação dos direitos

humanos na era da inteligência artificial. In: **Fórum DPU. Escola Superior da Defensoria Pública da União**. V. 4. N. 15, 2018. Disponível em: <a href="https://www.bing.com/search?">https://www.bing.com/search?</a>
FORM=JVSBRD&PC=JV02&q=www.dpu.def%2Fesdpu>. Acesso em: 04 jul. 2019.

LÉVY, Pierre. "A revolução contemporênea em matéria de comunicação. In: **Revista eletrônica Famecos: mídia, cultura e tecnologia**. v. 5. n. 9. 1998. Disponível em:

<a href="http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3009/2287">http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3009/2287</a>. Acesso em: 24 jun. 2019.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade e Direito**. 1998. Linguagem e Direito: identificação, interpretação, aplicação. Olney Queiroz Assis. et al. São Paulo, 2017.

MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito: Limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

OLIVERIA, Paula Julieta Jorge de. As faces da verdade: Os novos direitos e os princípios constitucionais fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em<a href="http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php">http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php</a>? n link=revista artigos leitura&artigo id=7646>. Acesso em: 15 mai 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

SCARMANHÃ, Bruna Oliveira da Silva; SANTOS, Eduardo Lourenço dos. Bioética e Biodireito: frente ao princípio da dignidade humana. In: **Novos direitos, novos riscos e controle social**. 1. ed. Birigui. São Paulo. Boreal, 2017, pp. 33-53.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Tecnológica.** Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo. Epicuro, 2016.

SIBILIA, Maria Paula. Uma mutação antropológica. Controle total sobre a natureza e sobre o corpo humano. Entrevista especial com Maria Paula. In: **Revista IHU on-line**. São Leopoldo, RS. Mai. 2008. Disponível em: <a href="http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/14258-uma-mutacao-antropologica-controle-total-sobre-a-natureza-e-sobre-o-corpo-humano--entrevista-especial-com-maria-paula-sibilia">http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/14258-uma-mutacao-antropologica-controle-total-sobre-a-natureza-e-sobre-o-corpo-humano--entrevista-especial-com-maria-paula-sibilia</a>>. Acesso em: 07 jul 2019.

SILVA, José Afonso da. **Cursos de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VBLEM, Thorstein. Determinismo tecnológico. In. **Intercon - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinaresda Comunicação.** XXIV Congresso Brasileiro da Comunicação. Campo Grande. MS. Set. 2001. Disponível em: <a href="https://www.infoamerica.org/documentos\_pdf/determinismo.pdf">https://www.infoamerica.org/documentos\_pdf/determinismo.pdf</a>>. Acesso em: 15 mai 2019.

# POR UMA VISÃO QUEER OF COLOR DA CRIMINOLOGIA

Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL<sup>1</sup>

# INTRODUÇÃO

No Brasil pouco se fala em estudos *queer*, em verdade, ao ouvir tal expressão a reação de muitos é confusão. E, mesmo ainda quando sabem que *queer* está relacionado com o movimento LGBTI+, não têm certeza de seu significado; enquanto a teoria *queer of color* é amplamente desconhecida.

Porém, mais rara é a intersecção de tais teorias às ciências criminológicas. Por este motivo, o presente trabalho se propõe a centralizar o leitor sobre o desenvolvimento da criminologia *queer of color*.

Este trabalho consiste em uma pesquisa explicativa e qualitativa, foram utilizados os métodos histórico e dedutivo e as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Dessa maneira discorremos sobre o materialismo histórico-dialético e como ele influencia em todos os aspectos da vida humana, até mesmo na misoginia e na homotransfobia existentes para que assim possa ser notado que o mesmo opressor das mulheres é o opressor das pessoas LGBTI+. Aqui relacionamos como a posição de subalterno faz com que seja estabelecidas performances de gênero.

Posteriormente tratamos sobre a teoria queer, dedicando um pouco mais de espaço para se abordar sobra a questão da performatividade. Abordamos sobre a mudança de perspectiva da teoria *queer* que passa de um movimento de autoafirmação para uma politica de desconstrução e de críticas às determinações e aos controles sociais estabelecidos pelos grupos dominantes. Em seguida introduzimos as ideias e criticas do pensamento *queer of color*.

Por fim, trazemos alguns aspectos da criminologia *queer* e de suas exigências, objetos e campos, o que fizemos em seguida também para a criminologia *queer of color*, acrescentando suas críticas ao movimento anterior.

### 1 HISTÓRIA, MATERIALISMO E GÊNERO

A teoria marxista, então, é importante para que se possa vislumbrar a unidade dos grupos oprimidos quando o assunto é o porquê dessa opressão de maneira a direcionar o alvo da revolução.

Karl Marx possuía forte aporte histórico, qualidade que permitiu com que ele estabelecesse

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pesquisadora/bolsista CAPES. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2016). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos, Direito Civil e Direito de Família. Contato E-mail: isabelasamaral@outlook.com

vínculos entre as relações econômicas mais antigas e as relações econômicas contemporâneas. Esse suporte teórico histórico, como elucida Linda Nicholson (*in* BENHABIB; CORNELL, 1990, p. 31-32), é utilizado amplamente pelas feministas para explicar a cisão entre família, Estado e economia e a sua interação atual.

Em *O Manifesto Comunista*, Marx e Engels (2006, posição 16) afirmam que "A história de toda sociedade existente até hoje tem sido a história das lutas de classes". É correto, então, afirmar que homens e mulheres também perfazem classes que estão em conflito, sendo um dos mais duradouros da humanidade.

Mais do que isso, o próprio Engels ([19--?], p. 75-76) afirma que a primeira opressão de classes que surge na história é devido ao antagonismo entre homem e mulher. Segundo o autor, no momento em que é difundida a monogamia o homem passa a figurar como opressor e a mulher como oprimida.

Em verdade, a origem da propriedade, no sentido de poder se valer de força de trabalho de terceiros, se dá na família. A posição da esposa e dos filhos perante o homem eram de escravidão segundo Marx e Engels, (2007, p. 36-37):

Com a divisão do trabalho, na qual todas essas contradições estão dadas e que, por sua vez, se baseia na divisão natural do trabalho na família e na separação da sociedade em diversas famílias opostas umas às outras, estão dadas ao mesmo tempo a distribuição e, mais precisamente, a distribuição desigual, tanto quantitativa quanto qualitativamente, do trabalho e de seus produtos; portanto, está dada a propriedade, que já tem seu embrião, sua primeira forma, na família, onde a mulher e os filhos são escravos do homem. A escravidão na família, ainda latente e rústica, é a primeira propriedade, que aqui, diga-se de passagem, corresponde já à definição dos economistas modernos, segundo a qual a propriedade é o poder de dispor da força de trabalho alheia. (grifos nossos)

A misoginia, dessa forma, tem início com o casamento monogâmico heterossexual. A mulher passa a adotar um patamar subalterno, estando constantemente a disposição do marido para realizar as suas vontades. Os homens começam a acreditar em sua própria invenção de superioridade.

Os estudos feministas estão intimamente ligados com o movimento *queer* e com as demais lutas LGBTI+, pois a gênese do pensamento misógino e homotransfóbico se encontra no estabelecimento dos gêneros e suas posturas devidas. É enraizada na sociedade a masculinidade hegemônica.

Scott (1995. p, 10) ao estudar a importância das categorias de gênero para a análise histórica observou que não há como abordar questões de um gênero sem dirigir seu olhar também ao outro, haja vista que são definidos por termos recíprocos.

A autora prossegue dirigindo sua atenção para a significação e sua influência na construção da masculinidade e da feminilidade:

A linguagem é o centro da teoria lacaniana; é a chave de acesso da criança à ordem simbólica. Através da linguagem é construída a identidade de gênero. Segundo Lacan, o falo é o significante central da diferença sexual, mas o sentido do falo tem que ser lido de forma metafórica. [...] Mas, a identificação de gênero, mesmo quando ela aparece como sendo coerente e fixa, é de fato, extremamente instável. Da mesma forma que os sistemas de significações, as identidades subjetivas são processos de diferenciação e de distinção, que exigem a supressão das ambigüidades e dos elementos opostos a fim de assegurar (de criar a ilusão de) uma coerência e uma compreensão comuns. O princípio de masculinidade baseia-se na repressão necessária dos aspectos femininos - do potencial bissexual do sujeito - e introduz o conflito na oposição entre o masculino e o feminino. Desejos reprimidos são presentes no inconsciente e constituem uma ameaça permanente para a estabilidade da identificação de gênero, negando sua unidade e subvertendo sua necessidade de segurança. Ademais, as idéias conscientes do masculino e do feminino não são fixas, já que elas variam segundo os usos do contexto (SCOTT, 1995, p. 23-22)

Apresentar alguma característica compartilhada com as mulheres, como ser efeminado ou ser penetrado durante o sexo, provoca repulsa dos outros homens, pois aquele que se submete a essas situações, aceita ser rebaixado ao nível das mulheres (TORRÃO FILHO, 2004, p. 143).

A teoria *queer* é formulada com a intenção de se apresentar transgressora diante ao binarismo implementado na sociedade, abarcando em seu significado todos aqueles que possuem gênero e/ou sexualidade dissidentes, como será melhor explanado a seguir.

### 2 A TEORIA QUEER

Para muitos causa estranheza ouvir a expressão *queer* pela primeira vez. A palavra de língua inglesa não parece familiar aos ouvidos latinos. O que se sabe, graças ao contexto, é que o termo tem conexão com o mundo LGBTI, com alguns julgando ser uma das identidades não heteronormativas.

Segundo o dicionário *Oxford*, "*queer*" pode significar estranho, esquisito, fora do comum; ou ainda pode ser empregado de maneira depreciativa para se referir a pessoas homoafetivas, esse último sentido começou a ser utilizado no começo do século XX. Entretanto, nos últimos anos houve um movimento de ressignificação, quando militantes do movimento LGBTI+, para retirar o significado negativo, passaram a se identificar como *queers* (2008, p. 671-672).

Em um primeiro momento, *queer* é um termo guarda-chuva que guarda em seu interior todas as identidades de gênero e sexualidades que não se identificam com o binarismo estabelecido pela sociedade ocidental, a intenção era que o termo fosse inclusivo.

Entretanto, como aponta Matthew Ball (2013, p. 533-534), ao perceberam o uso massivo e disperso do termo, teóricos passam a evitar o emprego do termo como rótulo ou categoria, pois isso levaria ao que desejavam evitar: agrupar pessoas devido a determinada característica, homogeneizando-as.

Considera-se que Teresa de Lautetis foi a primeira a introduzir a palavra queer na esfera

acadêmica estadunidense. Mas é possível encontrar outras genealogias para o termo, uma delas é a auto identificação que Anzaldúa expos em seu trabalho *Borderlands*, em 1987, sendo, provavelmente, a primeira vez que *queer* e *teoria queer* apareceram em um texto acadêmico (BACCHETTA; FALQUET, 2011, s/p).

Caterina Rea (2018, p. 4) ao estudar a genealogia da expressão *queer* de Anzaldúa estabelece que, para esta última, ser *queer* constitui ser fronteiriço, considerando-se a fronteira não como uma divisão entre identidades, mas como uma situação de proximidade e facilidade para transitar de uma identidade para a outra, ultrapassando os limites do normal.

A visão então conferida é de um tipo de conduta, uma oposição, adotada pelos ditos *queer* diante da sociedade normatizadora e suas regras. Nesse sentido, Matthew Ball (2013, p. 534):

The deconstruction undertaken by those drawing from this position entails pulling apart ideas of essences and understanding how phenomena and bodies of knowledge have been constructed and divided in specific ways (Sullivan 2003, p. 51). It advocates for a denaturalizing and confounding of the categories that we use to think about the world (Jagose 1996, p. 98).<sup>2</sup>

Portanto, o que surgiu como forma de autoafirmação passa a ser uma política de desconstrução e crítica às determinações e formas de controles sociais, consolidados culturalmente, e que predeterminam as expressões aceitáveis de gêneros e sexualidades.

A primeira onda do pensamento *queer* foi marcada pelo pensamento de Judith Butler que, por sua vez, sofreu a influência de pensadores como Beauvoir, Freud, Foucault, Lacan, entre outros (SALIH, 2015, p. 15-16).

Importante frisar que a *teoria queer* foi possibilitada pelas discussões feministas que, por meio de uma análise pós-estruturalista, discutiam questões dos gêneros e seus parâmetros sociais e maneiras de internalização.

Uma grande autora feminista que influenciou diretamente o pensamento de Butler foi Simone de Beauvoir, não sendo possível realizar um trabalho que trate sobre performatividade de gênero sem citar seu nome e sua célebre frase: "Ninguém nasce mulher: torna-se mulher" (BEAUVOIR, 2017, posição 6244), que com muita competência sintetizou o seu pensamento segundo o qual as limitações, restrições e normas comportamentais das mulheres não são derivadas de questões biológicas, mas sim de questões sociais e históricas.

Neste mesmo sentido, Butler (2018, p. 29-30) afirma que o corpo é moldado pela cultura, que deposita sobre ele, por meio da linguagem e consequente performatividade, as expectativas historicamente estabelecidas, motivo pelo qual a autora pressupõe que gênero (e mesmo o sexo) é

<sup>2</sup> Tradução livre: A desconstrução empreendida por aqueles que partem dessa posição envolve separar ideias de essências, e entender como fenômenos e corpos de conhecimento foram construídos e divididos de maneiras específicas (Sullivan 2003, p. 51). Ela defende a desnaturalização e confusão das categorias que usamos para pensar sobre o mundo (Jagose, 1996, p. 98).

uma construção cultural.

Em que pese a importância das considerações sexo, gênero e cultura serem extremamente relevantes para o feminismo e o desenvolvimento da teoria *queer*, muitos se sentiam invisíveis dentro do próprio movimento, desejando possuir uma voz que lhes faltava.

Os interesses de mulheres burguesas brancas não são os mesmos interesses de mulheres proletárias ou de mulheres negras. As burguesas apoiarão seus maridos burgueses e não as mulheres de outra classe social (BEAUVOIR, 2017, posição. 195).

São formadas correntes do feminismo marxista que dá importância para as mulheres proletárias e demonstram que tanto a exploração dos trabalhadores quanto a opressão direcionada às mulheres possuem o mesmo agente opressor, o homem capitalista. A opressão dos LGBTI+ também possui o mesmo autor.

A interseccionalidade da teoria *queer* busca uma proteção de todos gêneros e sexualidades dissidentes, entende-se que as políticas de identidade como é o movimento LGBTI+ pode realizar objetivo contrário ao desejado; ao invés de dar visibilidade a todos, acaba por dificultar a identificação daqueles que estão na zona de transição entre as identidades (FERGUSEN, 2018, p. 4).

Ademais, as políticas de autenticidade são reacionárias na medida em que desejam integrar a sua identidade ao contexto social, realizando, assim, reformismo no contexto neoliberal (REA; AMANCIO, 2018, p. 4). Já a teoria *queer* busca uma revolução, rompendo completamente com a ordem vigente que normatiza as sexualidades e os gêneros, adotando postura anticapitalista.

É neste sentido que encontramos o caso das feministas não brancas e de classes mais baixas que iniciaram, nos Estados Unidos, a teoria *queer of color*, a segunda onda da teoria *queer*.

O ponto que marca o início desse pensamento é a publicação do livro *This Bridge Called my Back: writings by radical women of color*, que reuniu textos de feministas latinas, negras, asiáticas e indígenas que possuíam experiência na academia e percebiam que o preconceito quanto à raça e classe social existia dentro do próprio grupo feminista.

Cherrie Moraga e Gloria Anzaldúa (2002, p. lii) transcrevem parte da carta que elabora em 1979 encaminhada às outras mulheres de uma organização de escritoras feministas da qual deixaram de fazer parte:

We want to express to all women – specially to white middleclass women – the experiences which divide us as feminists; we want to examine incidents of intolerance, prejudice and denial od differences within the feminist movement. We intend to explore the causes and sources of, and solution to these divisions. We want to create a definition that expands what "feminist" means to us.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Tradução livre: Queremos expressar a todas as mulheres - especialmente às mulheres brancas de classe média - as experiências que nos dividem como feministas; queremos examinar incidentes de intolerância, preconceito e negação de diferenças dentro do movimento feminista. Pretendemos explorar as causas, fontes e soluções para essas

Essa teoria crítica nasce nos Estados Unidos como uma crítica às circunstâncias de migração, estado neoliberal e de formações econômicas, bem como em conjunto com o aumento dede conhecimentos sobre questões raciais e de minorias sexuais e de gênero (FERGUSON, 2018, s/p).

Bacchetta e Falquet (2011, s/p) conceituam as teorias e críticas *queer of color* como sendo "des théories queers qui abordent sans les séparer le genre, les sexualités, le racisme, la colonialité, le génocide, l'esclavage, le post-esclavage, e a exploitation de classe"<sup>4</sup>. Conferindo, em uma de suas vertentes, aproximação entre a teoria *queer* e as teorias materialistas.

Os objetos de pesquisa são as principais diferenças entre a teoria *queer* e a teoria *queer* of *color*. Enquanto a teoria queer "branca" é focada nas sexualidades e gênero, podendo casualmente abordar algum dos assuntos citados logo acima, a teoria *queer* of *color* os considera aspectos sociais, históricos e econômicos tão importantes quanto gêneros e sexualidades (BACCHETTA; FALQUET, 2011, s/p).

Apesar de que ao ser transportada para o Brasil com a mesma terminologia da língua inglesa a teoria *queer* tenha perdido o impacto imediato e intencional que era a intenção dos pioneiros no tema, sua percepção das sexualidades e gêneros transitórios entre as categorias LGBTI+ e o ideal de ruptura com a atual hipermasculinização são interessantes para o país no qual mais se mata mulheres por feminicídio, e mais mata LGBTI+ vítimas de homotransfobia.

Isso nos leva a explorar um pouco como as características LGBTI+ podem contribuir para com a criminologia e a importância de sua assimilação em conjunto com outros marcadores sociais como raça e classe social.

### 3 O PARADOXO DA CRIMINOLOGIA QUEER

A criminologia possui inúmeras correntes e ramificações dependendo se seu objeto é estudar as determinantes da criminalidade, os índices de criminalidade, os perfis dos agentes ou das vítimas, entres outras possibilidades. Mas, ainda é pouco falado sobre uma criminologia *queer*. De fato, não há nem mesmo concordância sobre o que ela seria.

Entre os enquadramentos que lhe são conferidos há quem fale em criminologia *queer* ao analisar as questões de justiça que envolvam LGBTI+, o termo *queer* aqui funciona como um adjetivo que qualifica pessoas que passam por experiencia similares ou que compartilham de um mesmo posicionamento político. Outros dizem que a criminologia *queer* traz em si conceitos e

divisões. Queremos criar uma definição que amplie o que "feminista" significa para nós.

<sup>4</sup> Tradução livre: teorias queer que abordam, sem os separar, gênero, sexualidades, racismo, colonização, genocídio, escravidão, pós escravidão e exploração de classe.

ideias que são originados na teoria *queer* (BALL, 2014, p. 532).

Nesse trabalho o enfoque é sobre como integrar as questões de sexualidades e gêneros no debate da criminologia contemporânea. Nos aproximando mais do campo teórico da intersecção, pois, como observa Salo de Carvalho (2018, p. 202) há duas grandes áreas nas quais podem ser desenvolvidos os laços entre a teoria *queer* e a criminologia, segundo o autor:

A intersecção entre as ciências criminais e os estudos *queer* permite, de imediato, identificar dois campos distintos de investigação: primeiro, o *campo teórico*, decorrente do impacto que os estudos *queer* produzem nas ciências jurídicas (*queer legal theory*) em geral e, em específico , no direito penal e na criminologia (*queer criminology*); segundo, o *campo político*, na razão das demandas de garantia de direito e de reconhecimento da igualdade (formal e material), sustentada por movimentos sociais que representam gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros (movimento LGBTs). (grifos do autor)

Gêneros e sexualidades não são, por si só, características de uma pessoa desviante; portanto deve ser estudado qual a sua influência sobre o crime e como isso ocorre.

O materialismo e as ideias de Karl Marx possibilitaram as teorias criminológicas do conflito serem elaboradas, e essas são as que mais se adequam para realizar a intersecção entre características socioeconômicas, de raça e de gênero. É exposto como a criminologia e o direito penal são uma forte ferramenta do Estado e dos grupos dominantes para manter as suas posições privilegiadas (DENNIS, 2014, p. 95).

A criminologia crítica se dedica a estudar o criminoso, o crime e as instituições que possuem o poder de indica-los, sempre mantendo a concepção de que a forma de organização dos meios de produção e da força de trabalho incidem sobre todos os pontos da vida (MARX; ENGELS, 2007, p. 37-38).

O direito penal é um direito burguês, pois o objetivo de sua elaboração é cumprir os desejos da classe dominante e permitir que a organização hierárquica da sociedade se mantenha inalterada (MUNIZ FILHO, 2014, p. 21). O principio da igualdade no direito penal é apenas uma aparência para acalmar os ânimos dos prejudicados.

Assim, acompanhando o pensamento de Homero Bezerra Ribeiro (2010, p. 968), ao contrário do que os positivistas afirmavam, o direto penal não é indiferente a pessoa para quem olha, não protege os bens da coletividade em geral e não é pretérito ao fato para o qual é aplicado, pois novas interpretação são dadas diariamente às leis, fazendo com que passem a ser aplicadas a casos que anteriormente não eram.

Dentre as teorias do conflito, a corrente criminológica trabalhada mais frequentemente em conjunto com as teorias *queer* é a da criminologia crítica. Ball (2019, p. 3-4) aponta que as críticas realizadas às antigas formas de criminologia pela criminologia crítica são, principalmente, decorrentes do seu caráter administrativo, eurocêntrico e positivista que auxilia o Estado a atingir

suas metas e governar o crime.

Não é apenas no momento em que há a determinação de privação da liberdade ou restrição de seus direitos que o indivíduo é selecionado para ingressar no sistema penal. Em verdade já havia sido selecionado há muito tempo:

O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. (BARATTA, 2017, p. 167)

Portanto, existe um longo sistema pelo qual passa o individuo que ocorre em delito. Processo que é guiado pela vontade do grupo que tem o poder necessário para influenciar a estrutura da organização social. Aqueles que fazem parte do grupo subjugado (mulheres, LGBTI+, trabalhadores, desempregados, entre outros) são mais propensos tanto a serem vítimas como autores de delitos a depender de como as circunstâncias foram distribuídas pelos dominantes.

Sexo, gênero e orientação sexual são marcadores identitários que dependem de interações e pressões sofridas devido a outros marcadores sociais como cor, raça, classe, origem. Nenhum desses marcadores pode ser analisado sem considerar os outros, sem observar o contexto histórico e social no qual foi desenvolvida (CARVALHO, 2018, p. 203). Por si só eles não constituem em propensões de delinquência ou de vitimologia, mas quando inseridos e relacionados isso pode mudar.

Estudar a intersecção desses marcadores e a sua relação com a criminalidade é o que se propõe com a criminologia *queer*, sendo que seu diferencial com as demais criminologias, neste sentido Ball (2019, p. 541), críticas está na análise do papel do gênero e da sexualidade, fato que era praticamente ignorado pelas outras vertentes criminológicas. ao perigo que se encontra nas ruas e outros lugares públicos são exemplos de vulnerabilidade.

Carvalho (2018, p. 205-206) aponta que existem três níveis em que se pode decompor a instituição da violência heterossexista: violência simbólica (cultura homofóbica); violência das instituições (homofobia de Estado); e, violência interpessoal (homofobia individual).

Porém, para negros, imigrantes e indígenas LGBTI+ a violência heterossexista vem acompanhadas de outros tipos de violência, tornando a sua condição mais delicada, mais expostas as violências de terceiros, incluso do Estado, que acompanha mais de perto suas atividades devido ao estereótipo de criminoso que esses indivíduos recebem.

Dessa forma, assim como ocorreu com as teorias *queer*, a criminologia *queer* passou a ser alvo de críticas, sendo a principal dela consistente no argumento que a criminologia *queer* seria voltada tão somente para os LGBTI+ branco e binários, quando surgiam temas como raça, condições socioeconômicas ou classe, eram vistos como secundários.

Essa corrente pode ser observada com especial força na Austrália, onde os indígenas, que

possuem gêneros e sexualidades que não se identificam com as possibilidades oferecidas pela classificação ocidental e pela teoria *queer* desenvolvida reproduzindo o posicionamento europeunorte-americano de sexualidades dissidentes, são especialmente reprimidos pela violência institucionalizada.

Recognizing queer settler colonialism helps us to acknowledge that queer engagements with Indigenous knowledges or subjectivities, not to mention the kinds of political directions proposed, have either turned these towards non-Indigenous purposes, deployed them in ways that exclude Indigenous people, or have extended the colonial structures that create Indigenous disadvantage. These queer engagements themselves have mirrored colonialism. Queer criminology may reinforce queer settler colonialism to the extent that it pursues the same political goals as LGBT and queer movements and advances to the same political horizon. It is notable that some of the sites where queer criminological work has developed—namely Australia and the United States—are settler colonial nations, and queer criminology has developed without a full acknowledgement of, or accounting for, its reliance on settler colonial power. Such an acknowledgement is essential to the future development of queer criminology in these contexts.<sup>5</sup>

Mesmo em nações que foram colonizadas e enfrentaram genocídio de sua população nativa, a teoria e a criminologia *queer* vêm sendo empregadas sem que se considere as particularidades regionais e a cultura dos, mesmo que poucos, indígenas que lá residem. Fato que acaba por agredir a personalidade daquelas pessoas, tendo efeito oposto daquele primeiramente almejado na elaboração da própria teoria.

### **CONCLUSÕES**

O trabalho se propôs a abordar algumas das principais discussões atuais sobre a teoria e a criminologia *queer*.

Com o trabalho é possível perceber que há um processo histórico, social, cultural e econômico que influencia diretamente em como as relações dentro da sociedade são desenvolvidas e como são analisadas pelo corpo social. É assim que devem ser estudadas as relações estre o grupo LGBTI+ e o corpo social.

A distribuição dos meios de produção e da força de trabalho na sociedade vai moldar todos os aspectos da vida humana, desde a forma que os indivíduos se conectam um com os outros até a maneira com que se desenvolvem seus pensamentos. Assim a materialidade e a subjetividade estão

Tradução livre: Reconhecer o colonialismo queer colonizador nos ajuda a reconhecer que os engajamentos queer com conhecimentos ou subjetividades indígenas, para não mencionar os tipos de direções políticas propostas, ou os direcionaram para propósitos não-indígenas, os desdobraram de maneiras que excluem os povos indígenas, ou estenderam os estruturas coloniais que criam desvantagem indígena. Esses próprios compromissos queer espelham o colonialismo. A criminologia queer pode reforçar o colonialismo queer, na medida em que persegue os mesmos objetivos políticos dos movimentos LGBT e queer e avança para o mesmo horizonte político. É notável que alguns dos locais em que o trabalho criminológico queer desenvolveu - a Austrália e os Estados Unidos - são nações coloniais, e a criminologia queer desenvolveu-se sem o reconhecimento pleno, ou a contabilidade, da sua dependência do poder colonial dos colonos. Tal reconhecimento é essencial para o futuro desenvolvimento da criminologia queer nesses contextos.

sempre relacionadas uma com a outra, mas com a primeira sendo preponderante e sempre primeira. A organização dos meios de produção distribui o poder para uma determinada classe dominar sobre a outra e mesmo antes do capitalismo já existia o conflito entre classes.

Diz-se que o primeiro conflito de classes surgiu em conjunto com a família monogâmica, comento em que mulher e filhos se tornaram subordinados ao homem. Esse também foi o momento em que se começa a desenvolver a cultura da misoginia.

Os estudos feministas surgem como um grande movimento, aproximadamente, na década de 1960, com as feministas buscam sua liberdade e autonomia. Elas buscam uma aproximação com o materialismo para explicar a sua condição de oprimidas. Nesse aspecto o feminismo se vincula aos movimentos LGBTI+, haja vista que a gênese para misoginia e para a homotransfobia é a mesma e o agente opressor é o mesmo.

A teoria *queer* surge por meio de uma visão pós-estruturalista que acredita que o gênero é uma construção social e histórica que está relacionada com a performatividade, o ato de tomar determinadas ações como naturais e corretas para determinado gênero. A escolha de sua nomenclatura foi com a intenção de autoafirmação, já eu a expressão *queer* (esquisito, estranho) era utilizada pejorativamente para se dirigir aos LGBTI+. Porém esse movimento se desenvolve para a área política e passa a buscar a desconstrução das identidades estabelecidas na base da heteronormatividade e controle social.

Mesmo assim, seu enfoque ainda eram os gêneros e as sexualidades, não eram grandes temas de seus debates indicadores sociais como raça, etnia, classe, entre outros.

O movimento *queer of color* se desenvolve do movimento de mulheres acadêmicas que se percebiam excluídas, mesmo nos meios acadêmicos, por outras mulheres devido a sua cor, origem, etnia. Assim, a teoria *queer of color* busca a intersecção de marcadores sociais para que se possa entender melhor o processo de opressão ao qual são submetidas.

É forte a intenção de rompimento com termos e conceitos próprios de uma cultura eurocentrista pois há falta de representatividade e supressão de suas identidades.

Nessa mesma entoada segue a criminologia *queer of color*.

Se a criminologia *queer* buscava trazer para as ciências criminológicas questões atinentes à realidade de pessoas LGBTI+ e os estudos que eram desenvolvidos pela teoria *queer*, a criminologia *queer of color* alega que aquela estava branca demais e que se devia buscar uma intersecção maior de etiquetamentos.

Mesmo a criminologia *queer* ainda não possui boa disseminação no Brasil, sendo pouco estudada e pouco conhecida, não existido nem mesmo unanimidade em seu conceito (alguns afirma ser a importação de questões próprias LGBTI+ à criminologia, outros afirmam que é fundir à

criminologia os estudos da teoria *queer*). E mais rara ainda é o conhecimento da teoria *queer of color*.

Com o Brasil sendo um país com alta taxa de homicídios de mulheres e LGBTI+, bem como possui uma população composta por inúmeras etnias, cores e feições, é importante que se tornem mais difundidas as pesquisas que abordem as questões *queer of color*.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Celli Moreira de. O pensamento de Karl Marx e a criminologia crítica: por uma criminologia do século XXI. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p.356-375, jan./fev. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86471. Acesso em: 20 abr. 2019.

BACCHETTA, Paola; Falquet, Jules. Introduction. **Les cahiers du CEDREF**, Paris, v. 18, s/p, dez. 2012. Disponível em: http://journals.openedition.org/cedref/670. Acesso em: 17 jul. 2019.

BALL, Matthew. What's Queer About Queer Criminology? **Handbook Of LGBT Communities, Crime, And Justice**, [s.l.], p.531-555, 4 dez. 2013. Springer New York.

BALL, Matthew. Unsettling Queer Criminology: Notes Towards Decolonization. **Critical Criminology**, [s.l.], v. 27, n. 1, p.145-161, mar. 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1007/s10612-019-09440-0. Acesso em: 12 mar. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. 4 reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. Versão *kindle*.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia e preconceito:** racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

DENNIS, Jeffery P.. The LGBT Offender. **Handbook Of LGBT Communities, Crime, And Justice**, [s.l.], p.87-101, dez. 2013. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1007/978-1-4614-9188-0\_5. Acesso em: 13 jul. 2019.

FERGUSON, Roderick A.. Queer of Color Critique. **Oxford Research Encyclopedia Of Literature**, [s.l.], s/p, 28 mar. 2018. Oxford University Press. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1093/acrefore/9780190201098.013.33. Acesso em: 15 jul. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em

seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. São Paulo: Boitempo, 2007. Versãi *kindle*.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Obras Escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega, [20--?].

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista.** Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Versão *kindle*.

MORAGA, Cherrie L.; ANZALDÚA, Gloria E.. Introduction. In: MORAGA, Cherrie L.; ANZALDŏA, Gloria E.. **This Bridge Called my back:** wrintings by radical women of color. Berkeley: Third Woman Press, 2002. p. lii-lvi.

MUNIZ FILHO, José Carlos Cunha; OLIVEIRA, Larissa Teixeira. A formação do pensamento criminológico crítico materialista: da reação social à criminalização social. **Revista Brasileira de Criminalística**, [s.l.], v. 3, n. 1, p.16-24, 1 ago. 2014. Associação Brasileira de Criminalística. Disponível em: http://dx.doi.org/10.15260/rbc.v3i1.58. Acesso em: 20 abr. 2019.

REA, Caterina A.. Pensamento Lésbico e Formação da Crítica Queer of Color. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, Salvador, v. 4, n. 2, p.117-133, abr. 2018. Disponível em: <a href="https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/26201">https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/26201</a>. Acesso em: 13 jul. 2019.

REA, Caterina Alessandra; AMANCIO, Izzie Madalena Santos. Descolonizar a sexualidade: Teoria Queer of Colour e trânsitos para o Sul. **Cadernos Pagu**, [s.l.], n. 53, p.1-38, out. 2018. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530015. Acesso em: 13 jul. 2019.

RIBEIRO, Homero Bezerra. A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a criminologia crítica como alternativa à ideologia da "lei e ordem". In: Xix Encontro Nacional do Conpedi. **Anais**. Fortaleza: 2010, p. 951 - 979. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3268.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

SALIH, Sara. Judith Butler e a Teoria Queer. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SANTELLI, Igor Henrique da Silva; BRITO, Antonio Guimarães. Da sociologia do desvio à criminologia crítica: os indígenas de Mato Grosso do Sul como outsiders. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 50, n. 1, p.65-76, 25 nov. 2013. Disponível em:

http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias\_sociais/article/view/csu.2014.50.1.08. Acesso em: 19 abr. 2019.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 2, n. 20, p.71-99, jul./dez 1995.

TORRÃO FILHO, Amílcar. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam. **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 20, n. 0, p.127-152, jun. 2005.

# PRECEDENTE JUDICIAL E SUA OBRIGATORIEDADE DE ACORDO COM A LEI 13.105/2015

Mateus Canela do NASCIMENTO<sup>1</sup> Valdir de Carvalho CAMPOS<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Este estudo objetiva analisar a utilização dos precedentes judiciais à luz do atual diploma processual (Lei 13.105/2015). Examina-se, partindo da nova hermenêutica constitucional, as escolas do *civil law e commun law*, bem como sua aproximação no cenário brasileiro. Em seguida, examinou-se o impacto que os precedentes causam no princípio da segurança jurídica. Por fim, ainda com fundamento no Novo Código de Processo Civil, coloca-se as duas hipótese que permitem a não utilização de um precedente. O resultado apresentado é de longe positiva vez que as inovações do ordenamento, caminham para uma maior eficiência do Poder Judiciário brasileiro, fazendo com que o mesmo, cumpra de uma maneira prestativa sua função institucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes, interpretação, *civil law, commun law*, princípios, segurança jurídica, uniformização.

### **ABSTRACT**

This study aimed at the use of judicial records in light of the current procedural law (Law 13,105 / 2015). It is examined, starting from the new constitutional hermeneutics, as the schools of civil law and common law, as well as its approximation in the Brazilian scenario. Next, it examined the impact that precedents did not cause legal certainty. Finally, even on the basis of the New Code of Civil Procedure, the hypothesis of non-use of a precedent is put twice. The result is a positive initiative that has been promoting the journey towards greater effectiveness of the Brazilian judiciary, making it fulfilled, fulfilling its institutional function.

**KEYWORDS:** Sincere, interpretation, *civil law*, *commun law*, principles, legal certainty, standardization.

# 1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a estrutura jurídica brasileira está modulada pela escola da *civil law*, cuja fonte principal do direito é a lei. A Constituição Federal, em especial seu artigo 5°, II, ao estabelecer que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", torna explícito o princípio da legalidade, comprovando a adoção do sistema legal.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, nos moldes dos artigos 926 e 927, o legislador buscou adequar o procedimento hermenêutico, vislumbrando uma desenvolvida uniformização jurisprudencial. Há que se repensar o próprio entendimento extraído do artigo 5°.

<sup>1</sup> Graduando de Direito (4º ano) pelo Centro Universitário de Bauru (ITE – BAURU)

Possui Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2010). Mestre em Pesquisa e Desenvolvimento (Biotecnologia Médica), na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Câmpus Botucatu-SP. Mestre em Direito na área de concentração Sistemas Constitucional de Garantias de Direitos do Programa Stricto Sensu, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE

Com a força obrigatória dos precedentes e em razão da conjuntura da Corte que o firmou, a intepretação do princípio já mencionado, vai além das espécies legislativas.

Em contrapartida, temos a escola denominada *commun law*. Tal sistema tem como principal característica a consuetudinariedade, ou (diria eu), a humanização do direito. Juízes e tribunais, ao exercerem seu dever julgador, se espelham em casos pretéritos, os quais embasam fortemente suas decisões.

O próprio desenvolvimento social acarreta, automaticamente, uma transformação dos manuseadores do direito. Essa "fusão" entre os sistemas do *commun law* e o do *civil law*, tem modificado a ideia de que os precedentes devem ser utilizados apenas como mecanismos/parâmetros para a interpretação da lei, logo, sua vinculação está cada vez mais presente.

### 2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de qualquer estudo acerca dos precedentes e sua forma de garantir a uniformização de interpretação, se faz necessária uma colocação acerca da nova perspectiva adotada com relação ao constitucionalismo.

Com dificuldades de promover suas máximas, segurança e justiça, o direito vive uma instabilidade, ao passo que a desvinculação ao positivismo e as formalidades processuais foi a única maneira realmente efetiva para obtenção das finalidades supracitadas.

O Neoconstitucionalismo, trouxe uma maneira diversa de interpretarmos a Constituição. Com o adendo dessa teoria, desenvolvida a partir do século XXI, a Carta Maior passar a ser atrelada não apenas como um instrumento de limitação de poder, mas, acima de tudo, como o veículo para a obtenção e concretização dos direitos fundamentais.

Dentre suas principais características, o devido destaque deve ser dado as inovações hermenêuticas. A lei, e de modo geral, sua aplicação, deve, acima de tudo, estar em conformidade com o espírito da constituição.

A par disso, temos o desenvolvimento de um fenômeno chamado constitucionalização do processo. No atual diploma processual civil, temos explicito em seu artigo 1º que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Ora, inexiste valor maior do que estabelecido no caput do artigo 5º da Carta Constitucional. O princípio da igualdade é a base de todo o direito, ao passo que o equilíbrio interpretativo das normas jurídicas brasileiras, é de longe a melhor forma de sua garantia.

Dessa maneira, o "novo direito constitucional", buscou, acima de tudo, uma reaproximação entre o Direito e Moral, o Direito e Justiça, objetivando garantir a proteção aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

# 3. CIVIL LAW E COMMOW LAW: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Os sistemas jurídicos posteriormente abordados demonstram parâmetros distintos para atuação dos magistrados. Contudo, como será demonstrado, caminham para uma aproximação.

#### 3.1. Sistema Jurídico Civil Law

Nascido da família romano-germânica, cujo Brasil é adepto, o sistema em tela tem como sua principal fonte do direito a lei, e como característica primordial a codificação.

No *civil law*, o juiz é considerado a "boca da lei", e sua atuação está vinculada a subsunção do caso a norma constante da lei

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

Esta peculiaridade do chamado sistema de direito escrito ou civil law, decorre de um importante conjunto de pressupostos culturais dentre os quais se destacam a formação do Estado na Europa, que se plasmou através da doutrina da "Separação dos Poderes", **com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo poder legislativo**. Com a separação entre a teoria e a prática, as classes dominantes seguiram dois resultados significativos: a) sujeitaram os magistrados ao designo do poder impondo-lhes a condição de servos da lei; e b)ao concentrar a produção do Direito ao nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, portanto, incerto. A história das Cortes de Cassação europeias testemunha essa ideologia. ( SILVA, Ovídio A. Baptista. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pag. 35/36) (sem grifos no original)

Após a Segunda Guerra Mundial e, com o surgimento do Neoconstitucionalismo, a tutela acerca de direitos fundamentais passou a ser cada vez mais necessária. Fato que para solucionar todas as demandas nas áreas da saúde, educação, relações de trabalho, passou-se a exigir, dos juízes uma margem de interpretação, devido as lacunas deixadas pelas normas gerais.

Essa "margem" proporcionada aos julgadores implicou no surgimento da jurisdição, tida como a função estatal, mediante a qual o Estado, através do processo, substitui as partes em conflito, pacificando a lide e obtendo a justiça.

Do conceito de jurisdição, resta-nos levantar que, como atividade, ela é a sequência de atos do juiz, que como já mencionado, passou por uma readaptação devido ao próprio desenvolvimento social pós Segunda Guerra.

Nas palavras de Cappelletti:

Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. (CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores?. Porto Alegre: SAFE, 1999, pag. 23/24.)

### Sobre arbitrariedade, Luis Arlindo Feriani coloca:

Desta forma, resta claro que a arbitrariedade é algo indesejável na atividade judicial. Mai do que isso, é indesejável em qualquer atividade pública, vez que a arbitrariedade se origina da vontade de um indivíduo sem levar em consideração os limites traçados em lei. Uma vez que o objetivo do Estado é o bem comum, não pode haver espaço dentro dele para que um agente pratique atos ao arrepio da lei, privilegiando seu interesse particular em detrimento do interesse público." (FERIANI, Luis Arlindo. Discricionariedade (no âmbito Administrativo e Judicial). Saarbrucken: Novas Edições Acadêmicas, 201, pag. 127/128)

Nessa toada, a interpretação dada aos magistrados do *civil law*, acabou por gerar toda uma intranquilidade jurídica, ao passo que, cada julgador passou a interpretar a lei, colocando totalmente de lado o posicionamento das Cortes Superiores, gerando, sem sombra de dúvidas, uma enorme insegurança jurídica.

Dessa breve contextualização histórica, justificasse o brilhantismo do Novo Código Processual Civil, ao criar um sistema de respeito aos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores, tentando reverter a instabilidade existente.

## 3.2. Sistema Jurídico do Common Law

A escola denominada *commun law*, teve origem na Inglaterra e atualmente tem sua desenvoltura adotada em diversos países de colonização Britânica, como é o caso dos Estados Unidos e do Canadá.

Fundado na percepção casuística de cada caso, o sistema em estudo possui como fonte primária do direito os precedentes judiciais. Precedentes são casos já julgados, cuja decisão vincula todo e qualquer juízo, obrigando sua utilização a casos futuros.

O *commun law* demonstra toda confiança colocada no judiciário, sendo os julgadores visualizados como protetores dos direitos individuais e controladores do governo.

Insta salientar que os magistrados desse tipo de organização, também decidem como base na lei. Contudo, ao se depararem com caso idêntico e já julgado, devem adotar a mesma interpretação.

É fato que a afeição a interpretações já dadas em casos semelhantes garante a segurança jurídica e a previsibilidade. Com a adoção dos chamados *stare decisis et non quieta movere*<sup>3</sup>, ocorre a familiaridade entre todo um ordenamento jurídico. A partir disso, toda e qualquer decisão está

<sup>3 &</sup>quot;Stare decisis et non quieta movere", equivale, em uma tradução literal a "respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido".

vinculada aos precedentes normativos já estabelecidos.

# 3.3. Aproximação entre o *Civil Law e o Commun Law*: A Adoção dos precedentes pelo Sistema Jurídico Brasileiro

Como dito alhures, a adoção em nosso país da escola *civil law* é a responsável pela desarmonia do ordenamento. Há quem diga que vincular juízes ao passado interfere sobre sua liberdade de julgar e seu livre convencimento.

Pouco importa o posicionamento pessoal dos magistrados sobre as questões já decididas. O que realmente inadmitisse é a contradição no momento de decidir questões iguais de forma diversa ou julgar de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. Ao se prostrarem de tal maneira, os Juízes esmagam o princípio da igualdade, estabelecido pela própria Constituição da República.

Ora, querem os magistrados "campo discricionário" para tomada de decisões, entretanto, esquecem-se da respeitabilidade para com o Poder Judiciário, ignorando, além disso, o dever que possuem para com os próprios cidadãos. Dessa forma, alguns julgadores se tornam verdadeiros obstáculos para a obtenção da justiça, ao passo que, acabam com total estranheza, "inovando" o próprio direito.

Trona-se totalmente inaceitável a desvinculação dos magistrados ao entendimento dos Tribunais Superiores. Por casos como o aqui estudado, é totalmente perceptível a decadência do sistema judiciário brasileiro.

## Calmon de Passos estabelece:

"Se é correto o que vem de ser afirmado, será também correto dizer-se que tudo quanto fixado em termos genéricos, frise-se, em termos genéricos, pelos tribunais superiores, obriga aos tribunais e juízes inferiores, tanto quanto a lei. Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa via crucis imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, mas muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores. " (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, janeiro/fevereiro/março, 2007, Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 22 de junho de 2019)

Para solucionar tal precariedade, a proximidade com o sistema *commun law* foi a chave. A implantação das chamadas stare decisis pelo Novo Diploma Processual Cível, obrigou instancias inferiores a observância de precedentes já fixados pelas Cortes Superiores.

A vigência do Código de Processo Civil de 2015, modificou, de certa forma a função dos aplicadores do direito, ocasionando um choque entre o *civil law* e o *common law*, considerando que os entendimentos já formulados pelos Tribunais Superiores, tornaram-se uma das principais fontes do direito brasileiro, dotada de uma robustez significativa.

Nesse sentido, Miranda de Oliveira explana:

Com a ampliação do direito jurisprudencial e agora com a positivação de um sistema de precedentes, é inegável (...) que houve uma aproximação dos sistemas. Mas essa aproximação não constitui uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito codicista. O que está ocorrendo, na verdade, é uma interpenetração, sem transmudação. (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013.)

Levando em consideração esse novo raciocínio jurídico, observa-se uma aproximação entre ambos sistemas, logo que, determinado julgado, poderá em razão de sua fundamentação, tornar-se precedente judicial, cuja aplicação será dada a casos futuros.

Com a magnificência da nova lei processual, colocou-se um ponto final, no cansativo e injusto discurso, de que o juiz, ao ser obrigado a decidir conforme os tribunais, tem sua liberdade cerceada.

# 4. PRECEDENTES JUDICIAIS E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

A insegurança jurídica é fruto de países com uma estrutura judiciária complexa. É o caso do Brasil.

É sabido que o sistema jurídico brasileiro é composto de justiças comuns e especiais. Temse por comum a justiça federal e estadual, ao passo que são especiais as justiças, trabalhista, militar e eleitoral, cada qual com seu respectivo tribunal superior.

Não bastasse o número de órgãos julgadores, é fato que o Supremo Tribunal Federal, recebe em sede de recurso extraordinário (visando garantir o controle difuso de constitucionalidade), questionamentos oriundos de todos os Tribunais Superiores. Nessa toada, imperioso ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça é incumbido de julgar recursos especiais oriundos dos Tribunais de todos os Estados da Federação, além daqueles oriundos dos Tribunais Regionais Federais.

O não respeito aos precedentes judiciais, além de atacar o princípio da razoável duração do processo, acaba por destinar uma quantidade incomensurável de recursos ao Tribunais Superiores.

Esta situação se mostra totalmente ligada a insegurança jurídica depositada no judiciário brasileiro. Imaginemos o caos estabelecido ao defrontarmos situações idênticas, julgadas de formas opostas.

A segurança jurídica e a igualdade são pressupostos do próprio Estado Democrático de Direito, ao passo que, a ausência de ordem, torna impossível a vida em comunidade. Nas palavras de Peter Panutto:

" A ausência de ordem torna impossível a vida em comum, de modo que para poder conviver em sociedade o homem necessita saber não só o que pode fazer, mas também o que pode esperar que os outros façam." (PANUTTO, Peter. Precedentes Judiciais

Ademais, a adoção dos precedentes, garante de tal modo a segurança jurídica, que retira dos julgadores qualquer possibilidade de eventuais decisões com parcialidade, pois, por lógica, deverão fundamentar suas decisões no mesmo sentido dos casos já decididos pelas Cortes.

Nos países adeptos do *commun law*, a previsibilidade se amarra ao próprio sistema, posto que, em função do instituo da *stare decisis*, ocorre uma hierarquização dos precedentes, vinculando-os as determinações dos magistrados.

No civil law, mesmo que a lei, de maneira abstrata garanta a previsibilidade, a mesma será afastada se diversas interpretações forem dadas ao direito material. Assim, a garantia constitucional da segurança jurídica, nem de longe, está tomando as formas que deveria.

## Luiz Guilherme Marinoni, de forma habilidosa, coloca (destacamos):

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança. Sublinhe-se que o common law, que certamente confere maior segurança jurídica do que o civil law, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode — conforme o juiz sorteado para analisar o caso — ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do civil law não é tão certo quanto o direito do common law, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário. (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente - na dimensão da segurança juridica. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). A força dos precedentes. Salvador: Editora Podivm, 2010. pag. 211-226).

Torna-se contraditório, que o exercício da advocacia seja dificultado pelo próprio Poder Judiciário. Os nobres advogados, além de enfrentarem todos os riscos mercadológicos que assombram o exercício de sua função, são questionados de sua própria habilidade, pois, em um oceano de interpretações normativas, sequer conseguem garantir a seus clientes uma futura decisão favorável.

Sob o mesmo ponto de vista, a reforma do Código de Processo Civil, positivou no ordenamento pátrio mecanismos que evidenciem a utilização dos precedentes, dando estabilidade e unicidade ao sistema, em razão da variedade de interpretações, bem como a dificuldade de aplicação adequada das leis positivadas, o que promovia uma precariedade das decisões do complexo de julgadores que compõe o Poder Judiciário brasileiro.

### Diante disso, Humberto Theodoro Junior expõe em sua análise:

É por estas razões que o Novo CPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro, é dizer, os já mencionados princípios da com participação, coerência, integridade, estabilidade e da busca do resgate da efetiva colegialidade na sua formação, para, com esta medida, evitar-se o retrabalho dos tribunais que analisam (com recorrência) mal e de modo superficial os casos, induzindo que tenham que desencadear

reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 340/341)

Essa linha de raciocínio, serve, sobretudo, para demonstrar que a credibilidade depositada no Estado-juiz, está, a passos largos, se esvaindo.

# 5. DISTINGUISHING E OVERRULING: FORMAS DE NÃO UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Ora, como é cediço, no sistema do *stare decisis*, o juiz, em seus pronunciamentos está vinculado a utilização dos precedentes existentes, podendo afasta-los em apenas dois casos: *distinguishing e overruling* 

O "overruling" é a superação de um precedente normativo, devido aos resultados injustos que sua utilização acarretaria. A ideia principal desse mecanismo é a não perpetuidade de um precedente, logo que sua utilização deve acompanhar o próprio desenvolvimento social.

O *overruling* pode ser expresso ou tácito/implícito. O primeiro ocorre quando um tribunal resolve expressamente assumir uma nova orientação, abandonando a anterior. O segundo, ocorre quando, ao serem confrontadas a nova e a antiga interpretação, prevalece a mais recente, embora sem substituição expressa da pretérita.

Por outro lado, o "distinguinshing" ocorre quando, o caso concreto em julgamento, apresenta particularidades, que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal que foi pacificada em um precedente normativo.

É, portanto, a não adoção de um precedente normativo pelo julgador, em razão de o caso concreto possuir certas peculiaridades que permitem ao magistrado excepcionar a tese fixada pela jurisprudência, de forma a restringir sua aplicação ou afastá-la completamente.

Nas palavras de Fredie Didier:

"Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi(tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente."( DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 43.)

Assim preceitua o artigo 489,§1°, VI do Novo Código de Processo:

"§ 10 Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção ("distinguishing") no caso em julgamento ou a superação ("overruling") do entendimento." (sem acréscimos e grifos no original)

Com o intuito saneador e vislumbrando o encerramento desse tópico, mesmo nos casos aqui estudados, *distinguishing e overruling*, o juiz deve fundamentar o afastamento da solução que constitui precedente.

## **CONCLUSÃO**

É possível extrair a ideia de que o processo é algo dinâmico, e que a própria existência de um Estado Democrático de Direito faz jus a uma estrutura jurídica coerente.

Desse modo, a adoção dos precedentes, em razão da constante mudança social, principalmente no que tange a legalidade e moralidade, se torna o instrumento mais apto a sanar todos os anseios que a sociedade deposita no sistema judiciário brasileiro.

Além do mais, a consagração de um entendimento estável e efetivamente norteador, contribui como já mencionado, para o descongestionamento do poder judiciário, honrando princípios como o da razoável duração do processo e o da segurança jurídica.

É notória, portanto a preocupação em proporcionar um maior destaque aos precedentes judiciais, assegurando ao julgador um novo papel no ordenamento jurídico. A teoria dos precedentes judiciais encontra evidências em várias normas processuais e é fortemente utilizada em diversos sistemas jurídicos, tudo em benefício de proporcionar uma maior proteção à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões judiciais. Assim, para que tal teoria possa ser realmente efetiva, os tribunais inferiores precisam vincular-se às decisões dos tribunais superiores.

Isso não quer dizer que o magistrado, em sua função de institucional de julgar, limite-se a aplicar algum precedente, resolvendo o litígio de forma simples e direta. Existem as técnicas de aplicação dos precedentes, que deverão embasar a fundamentação. Tudo irá depender da análise de cada situação, do próprio caso concreto e sua semelhança com o caso julgado anteriormente, visando adequar o caso concreto ao precedente judicial.

De todo o exposto, conclui-se que o desafio do Novo Código de Processo Civil é reverter uma "cultura julgadora", colocando um ponto final em qualquer subjetivismo que o julgador possa ter. É evidente que, aplicando as mesmas razões de decidir, haverá menos recursos, logo que o risco de mudança das decisões também se tornará menor, o que proporcionará uma estabilidade em todo o ordenamento, proporcionando um desenvolvimento grandioso do Poder Judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

SILVA, Ovídio A. Baptista. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores?. Porto Alegre: SAFE, 1999.

FERIANI, Luis Arlindo. Discricionariedade (no âmbito Administrativo e Judicial). Saarbrucken: Novas Edições Acadêmicas, 201.

PANUTTO, Peter. Precedentes Judiciais Vinculantes. Empório do Direito, Florianópolis, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente - na dimensão da segurança juridica. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). A força dos precedentes. Salvador: Editora Podivm, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. Sistema Brasileiro de Precedentes. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição. São Paulo, 2016.

LUIS STRECK, Lenio e ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Editora Livraria do Advogado. 3ª edição. Porto Alegre, 2015

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e o Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm.

# TENDÊNCIA AO ABSOLUTO NA DEFESA DE DISCURSOS E IDEOLOGIAS

Giovanni de Araújo NUNES<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalho terá por principal objetivo apresentar os motivos pelos quais, no Direito, na Política e em qualquer âmbito de manifestação de discursos e ideologias, o ser humano tende a defender teses e posicionamentos de forma absoluta e irrestrita. Na estrutura de um pensamento, diversos fatores externos ao indivíduo e de sua própria natureza são capazes de afetá-lo, prejudicando sua validade e pendendo a uma parcialidade indevida. Trata-se da lógica, da experiência sensorial, da realidade social e da *psique* humana. Analisando-os, é possível compreender as causas da tendência ao absoluto em ideologias e discursos. Quanto ao método, foi utilizado o dedutivo, sendo empregado predominantemente o aporte teórico de David Hume, Michel Foucault e Sigmund Freud.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso. Ideologia. Empirismo. Lógica. Mente. Impulso.

#### **ABSTRACT**

The main objective of this report is to present the causes for which, in Law, Policy and other manifestation ambit for discourses and ideologies, the human being tends to defend thesis and positions in an absolute and unrestricted way. In the structure of a thought, various external factors to the individual and of his own nature are capable of affecting that, impairing its validity and trending to an undue partiality. It's about logic, sensory experience, social reality and the human psyche. By analyzing them, it's possible to understand the causes of the tendency to absolute in ideologies and discourses. It was used the deductive method, predominantly the theoretical contribution of Hume, Foucault and Freud.

**KEYWORDS**: Discourse. Ideology. Empiricism. Logic. Mind. Impulse.

# **INTRODUÇÃO**

No Direito, na Política e em qualquer âmbito de manifestação de discursos e ideologias, equívocos podem ser cometidos em prejuízo do que é discorrido e, assim, desaguar numa situação em que as posições defendidas se tornam absolutas, em prol de sua defesa a qualquer custo e independentes dos contra-argumentos que lhe são apresentados.

Oposições ideológicas são praticamente inerentes à condição humana. Desde as primeiras civilizações, houve divisão de grupos, ideologias, religiões, crenças, propósitos, posicionamentos (CHAUI, 2013, p. 58). A divisão ideológica na pós-modernidade, portanto, não inova no sentido de haver formas de compreender realidades opostas umas às outras, o que, de certo modo, sempre existiu na história das civilizações.

O que se pode conceber de novo seria o fato de que, com a Globalização, os meios de comunicação e as informações passaram a ter impacto e alcance globais (GIDDENS, 1991, p. 89) e,

<sup>1</sup> Graduando do 5º ano no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA).

por conseguinte, os conflitos ideológicos acabaram adquirindo esse mesmo aspecto. Com o advento da internet e com a evolução dos meios de comunicação, pode-se dizer que houve um acirramento ainda mais significativo de pensamentos que se opõem.

Há uma tendência ao absoluto na defesa de discursos e ideologias, isto é, há a tendência de sua defesa a qualquer custo, negando argumentos que lhes são contrários sem sequer questionar o que é defendido. Adota-se um posicionamento e, a partir de tal "escolha", defende-se o que foi optado apenas com base em argumentos que fortifiquem a ideia defendida, independentemente das informações e dados existentes a respeito.

Ocorre que o caminho percorrido deveria ser o oposto. A partir de argumentos que desconstroem pontos defendidos por um discurso ou ideologia, o indivíduo que até então os defendia deveria passar a, ao menos, questioná-los, o que se percebe ser de rara ocorrência.

Diante dessa problemática, o presente artigo buscará, num primeiro momento, apresentar o desenvolvimento filosófico-moderno do conceito, "sujeito do conhecimento", e defender o empirismo e o raciocínio lógico como ferramentas precípuas à validação de uma tese ou posicionamento. Após, será estruturada uma análise de fatores da realidade e interiores ao sujeito que interferem na construção do pensamento e, assim, de discursos e ideologias.

Da conjuntura desses elementos, buscar-se-á a compreensão dos motivos pelos quais, na defesa de um discurso ou posicionamento ideológico, o ser humano tende ao absoluto.

## 1. O CONHECIMENTO É EMPÍRICO

A cada pensamento filosófico, manifesta-se uma sobreposição de pensamento que o supera ou tenciona superá-lo:

De Descartes a Wittgenstein, a história da Filosofia apresentou diferentes modos de se pensar o sujeito do conhecimento e, com o sujeito, os próprios limites do conhecimento humano. Se uma resposta definitiva para o problema do conhecimento não foi possível até a atualidade, talvez seja porque os limites do conhecimento e o conhecimento mesmo coincidem com a marca própria da condição humana: seu inacabamento (ANDRADE, 2012, p. 61).

A problemática do sujeito do conhecimento, dos limites da razão e do que se concebe como o real ponto de partida na construção de um pensamento foi defrontada, basicamente, sob duas perspectivas. Certos filósofos defenderam a primazia da razão, outros, a dos sentidos.

Sobre essa temática, Aroldo dos anjos entende que "a inteligência é fator preponderante na evolução do gênero humano, pois através dela, [sic] o homem desenvolve o conhecimento por intermédio de suas experiências e apreciação dos fenômenos naturais e sociais" (ANJOS, 2002, p. 21). Nessa relação, é possível perceber três fatores que determinam o conhecimento: a razão, ou inteligência; a experiência; e os fenômenos naturais e sociais. Na história da Filosofia, cada um

desses fatores recebeu enfoques diversos a depender do momento histórico em que foram estudados.

John Locke e Thomas Hobbes, embora as concepções e o raciocínio de suas filosofias fossem diferentes, propuseram defesas ao empirismo. Suas críticas ao método cartesiano e, mais precisamente, à redução ao absurdo – *reductio ad absurdum* –, tecida por Descartes, são no sentido de que, nas palavras de Érico Andrade (2012, p. 27): "para Hobbes, o sujeito do conhecimento, ou o *cogito* cartesiano, se trata de "um sujeito imaginário", que, no máximo, seria um emaranhado de percepções".

Já Locke, criticou "a tese de que seria possível produzir algum conhecimento sem a influência da sensibilidade. Defendia [Locke, também] que nenhum conhecimento é inato; o sujeito do conhecimento só passa a existir como tal quando os humanos registram as percepções sensíveis" (ANDRADE, 2012, p. 27).

Numa síntese das duas críticas, ambos concebem o sujeito do conhecimento como produto do emaranhado de percepções que registra através dos sentidos. Sendo o sujeito do conhecimento aquele que "só passa a existir como tal" no momento em que "registra as percepções" a ele sensíveis, de maneira analógica, o seu oposto seria como imaginar um indivíduo desprovido de quaisquer sentidos humanos: sem audição, sem visão, sem tato e sem olfato. Esse sujeito, ainda que racional, seria incapaz de fazer uso algum da razão, pois não haveria objeto externo capaz de ser percebido por ele. Exemplo semelhante a esse foi trazido por David Hume em sua obra, "Investigação sobre o Entendimento Humano" ([19–?], p. 31):

[...] se acontece um defeito em um órgão que venha a privar uma pessoa de algum tipo de sensação, notamos que ela tem a mesma incapacidade para formar ideias apropriadas. De tal modo, um cego não pode ter ciência das cores nem um surdo dos sons. Se lhes for restituído um dos sentidos de que carecem: ao se abrir as portas das sensações, possibilitase também a entrada das ideias, e a pessoa não terá mais problemas para conceber esses objetos.

Também empirista, ponto diferencial contido na obra de Hume em relação ao empirismo de Locke e Hobbes seria o modo como lidou com a diferença estrutural entre o que é percebido pelos sentidos e o que é registrado pelo pensamento. Nada obstante não conste tal referência em sua obra, certa abordagem de Hume se mostra como um arquétipo antagônico à "Caverna de Platão".

Assim disse Platão (2005, p. 210):

[...] imagina a nossa natureza, relativamente à educação ou à sua falta, de acordo com a seguinte experiência. Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa elevação, por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro, no gênero dos tapumes que

os homens dos "robertos" colocam diante do público, para mostrarem as suas habilidades por cima deles.

Mais à frente do texto, o autor afirma que "[...] pessoas nessas condições não pensavam que a realidade fosse senão a sombra dos objetos" (PLATÃO, 2005, p. 211).

Platão conta que, ao chegarem ao exterior da caverna, os prisioneiros se cegam com a intensidade da luz, mas que, depois, compreendem que a sombra projetada na caverna não passava de imagens distorcidas, que a verdade, portanto, não estava no que suas percepções, seus sentidos, corrompidos e fracos, viam a partir das sombras; percebem que a verdade está na razão, no que Platão chama de "Mundo das Ideias".

Segundo Alysson Leandro Mascaro (2014, p. 53): "Tal é o idealismo platônico, que separa a realidade sensível da plenitude das essências, estas como conceitos plenos. A realidade sensível é uma corrupção das plenas Ideias".

Hume, por sua vez, inverte essa relação. Para ele, "[...] todas as nossas ideias ou percepções mais fracas são imitações de nossas mais vivas impressões ou percepções" (HUME, [19–?], p. 31), ou seja, a verdade não é o que se concebe pela razão humana em si mesma, mas o que está contido no plano concreto e factível da realidade.

David Hume reconhece, sim, o poder do pensamento e sua capacidade, inclusive afirmando que "Nada pode parecer mais ilimitado à primeira vista do que o pensamento humano" ([19–? ], p. 30). Todavia, adverte que o pensamento, a razão, não deve ser visto como fonte inesgotável e exclusiva para a obtenção de conhecimento:

[...] embora nosso pensamento pareça possuir essa liberdade imensa, verificaremos, por meio de um exame mais meticuloso, que ele está verdadeiramente <u>preso a limites muito reduzidos</u> e que todo poder criador da mente <u>não ultrapassa a faculdade de</u> combinar, de transpor, aumentar ou diminuir os materiais que nos foram fornecidos pelos sentidos e pela experiência (HUME, [19–?], p. 30, grifo nosso).

Em outras palavras, o sujeito do conhecimento é limitado à forma como combina, transpõe, aumenta ou diminui o que lhe é fornecido pelos sentidos, isto é, à forma como se relaciona com a experiência humana. Hume se dá conta dessa limitação a partir de um simples raciocínio lógico-dedutivo.

Ele percebe que tudo o que é ouvido, visto, sentido, amado, odiado, apresenta determinada intensidade que, posteriormente, não corresponde à ideia, à lembrança, referente à experiência vivida (HUME, [19–?], p. 30). Por isso de afirmar que "[...] todas as nossas ideias ou percepções mais fracas são imitações de nossas mais vivas impressões ou percepções" (HUME, [19–?], p. 31). "O pensamento mais vivo é sempre inferior à mais remota sensação" (HUME, [19–?], p. 29).

Além da constatação de que são imprecisas ideias elaboradas sem relação com a realidade, Hume propõe método significativo para a desconstrução do idealismo e de proposições empiricamente infundadas:

Podemos prosseguir com essa investigação até o ponto que quisermos, e iremos encontrar sempre que toda ideia que analisamos é cópia de uma impressão similar. Os que dizem que essa afirmação não é integralmente verdadeira, sem nem exceção, têm somente um método, e em verdade simples, para refutá-la: mostrar uma ideia que não deriva desta fonte em sua apreciação (HUME, [19–?], p. 31).

Como exemplo a esse método de refutação, Hume apresenta a hipótese do sujeito que, desprovido de qualquer sentido, se vê impossibilitado de desenvolver as categorias de pensamento correspondentes ao sentido que lhe falta: um surdo ser incapaz de desenvolver raciocínios musicais, por exemplo (HUME, [19–?], p. 31).

Outra forma de se romper com o idealismo, segundo Hume, diz respeito ao seu entendimento de que proposições infundadas são sempre pautadas em ideias desconexas com a realidade. Assim, sempre que terminologias são utilizadas para construir o sentido de uma narrativa, bastaria questionar se determinado termo guarda relação com o mundo concreto, ou se apenas com determinada ideia desprovida de comprovações fáticas, para desconstruir o discurso ou pensamento a que diz respeito:

[...] quando suspeitamos que um termo filosófico está sendo empregado sem nenhum significado ou ideia – o que é muito frequente – devemos apenas perguntar: de que impressão vem aquela suposta ideia? E, se for, [sic] impossível designar uma, isto servirá para confirmar nossa suspeita. Portanto, é aceitável esperar que, ao trazer as ideia para uma luz tão clara, removeremos toda discussão que possa surgir sobre sua natureza e realidade (HUME, [19–?], p. 33).

Vale, aqui, ressaltar o emprego da palavra "luz" e da expressão "tão clara" na citação acima, pois, na alegoria da Caverna de Platão, a luz intensa, a "luz tão clara", que ofusca a vista dos prisioneiros das cavernas, mas, depois, os liberta, se refere ao mundo das ideias e à razão, enquanto que, na citação de Hume, a expressão "luz tão clara" foi designada para se referir à veracidade contida na realidade concreta.

Para a construção de qualquer pensamento, embora a análise dos fatos e o uso da razão sejam, ambos, de fundamental importância, um sempre será antecessor ao outro. Como é discorrido na filosofia de David Hume, não há pensamento ou ideia que não tenha partido, originariamente, dos sentidos. Por tal motivo, discursos e ideologias jamais devem se esquivar de se atentarem aos fatos que os sentidos humanos são capazes de assimilar.

#### 2. A LÓGICA APLICADA AO PENSAMENTO

Careceriam de sentido, informações e dados de um pensamento, não fosse o raciocínio utilizado para tanto. Nisso reside a importância da lógica, para que a composição dos fundamentos de um pensamento não seja apenas bem estruturada, com dados concretos e informações

convincentes e de justa procedência, mas também logicamente válida, tornando o pensamento entendível e comunicável.

O problema é que, através da lógica, atém-se a analisar os argumentos e as provas que constroem um raciocínio, desvencilhando-se, ainda que por um instante, da correspondência dos dados de sua estrutura com a realidade. À lógica, incumbe analisar dados já extraídos do mundo concreto, não a sua comprovação:

[...] o processo de inferência, ou raciocínio, é um processo mental; contudo, não estamos interessados, enquanto lógicos, no processo psicológico de raciocínio, mas sim em algo que resulta desse processo quando se faz uma listagem das razões para que se acredite em uma certa conclusão: os argumentos. De certa maneira, você pode dizer que o raciocínio é um processo de construir argumentos para aceitar ou rejeitar uma certa proposição. Assim, na tentativa de determinar se o raciocínio realizado foi correto, uma das coisas das quais a lógica se ocupa é a *análise dos argumentos* que são construídos. Ou seja, cabe à lógica dizer se estamos diante de um "bom" argumento ou não (MORTARI, 2001, p. 16, grifo do autor).

Sendo assim, se os dados de um raciocínio lógico forem percebidos em descompasso com a realidade, no âmbito da lógica, não significa que o pensamento a ser construído será inválido. Para que um raciocínio seja logicamente válido, correto, ou que um argumento seja "bom", basta que sejam observadas as regras matemáticas atinentes à lógica. Isso porque, dentro de um panorama de dados prontos, o sentido e o valor de um pensamento irá depender da forma como são alocadas e encadeadas as informações que constituem o seu raciocínio.

"Para proceder-se à análise formal, realiza-se um processo de abstração, em que se isola a proposição<sup>2</sup> de todos os fatores materiais, retirando a proposição de seu contexto empírico, tomando-se a *proposição-em-si-mesma*. O objeto da análise lógica é, portanto, a proposição como proposição" (HEINEN, 2014, p. 11, grifo do autor). Desse modo, é imprescindível que a análise dos fatos tenha se procedido de maneira certeira, pois, na análise lógica de uma proposição, não mais é averiguado o caso concreto; analisa-se tão somente a proposição em si mesma.

Se determinada informação é falsa, isto é, não correspondente à realidade fática a que se refere, dentro de um raciocínio lógico, importará à sua validade apenas que seu desenvolvimento ocorra de forma matematicamente correta e a resultar numa conclusão lógica:

Se um argumento é válido, dizemos que sua conclusão é *consequência lógica* de suas premissas. [...]. Note, antes de mais nada, que um argumento pode ser válido mesmo que suas premissas e conclusões sejam falsas, [...], ou que uma premissa seja falsa e a conclusão verdadeira, [...]. O que não pode absolutamente ocorrer, para um argumento ser válido, é que ele tenha premissas verdadeiras e conclusão falsa. [...]. Neste caso, dizemos que a conclusão [...] *não é* consequência lógica de suas premissas, que [...] *não é válido*. Ou seja, [...] é um argumento *inválido* (MORTARI, 2001, p. 19, grifo do autor).

Se, por exemplo, há, como premissa, que todo felino é mamífero e que os gatos são felinos,

<sup>2 &</sup>quot;[...] aquelas coisas que podem ser verdadeiras ou falsas, aquelas coisas que podemos saber, afirmar, rejeitar, de que podemos duvidar, em que podemos acreditar etc." (MORTARI, 2001, p. 14).

não só é válida, como factivelmente verdadeira a conclusão que todos os gatos são mamíferos. No entanto, se, por um erro de aprendizagem, determinado sujeito entende que lagartos são felinos, ao substituir "gatos" por "lagartos" nas sentenças<sup>3</sup> apresentadas, sua estrutura passaria a ser a seguinte: todo felino é mamífero; lagartos são felinos; portanto, lagartos são mamíferos.

Nota-se que, nesse caso, a lógica entre o desenvolver do raciocínio e sua conclusão se apresenta como válida; se "A = B" e "A = C", afirmar que "B = C" está correto (MORTARI, p. 18). O erro cometido em tal análise diz respeito à <u>correspondência da premissa</u> em que se pautou o raciocínio lógico <u>com a realidade concreta</u>. A forma do raciocínio permanece a mesma, mas os dados nela inseridos foram falsos e, por conseguinte, embora válida, tornou-se falsa a proposição.

Baruch Spinoza diria que isso ocorre, pois: "As ideias inadequadas e confusas seguem-se umas das outras com a mesma necessidade que as ideias adequadas, ou seja, claras e distintas" (SPINOZA, 2016, p. 78).

Eis que a relação entre o fato analisado e o raciocínio utilizado para a fundamentação de um discurso podem constituir narrativas que se apresentam como falácias, isto é, com a aparência de verdade, mas falsas em sua essência.

Compreender esse aspecto do raciocínio lógico permite ao enunciador de um discurso ou ideologia e àquele que os recebe se atentarem não apenas para a forma lógica do pensamento, mas também, e principalmente, para as informações e dados que o suportam. Mais importante que a estruturação lógica de um pensamento são os seus argumentos. Prová-los também põe à prova o seu raciocínio e, inevitavelmente, a ideia que representam.

Estabelecendo degraus de hierarquia, para que a fundamentação de um discurso ou ideologia seja correlata à realidade concreta, primeiro deve-se analisar devidamente a realidade para que o dado ou informação colhidos sejam condizentes com o fato explanado. Segundo, deve-se desenvolver o raciocínio lógico sempre em adequação com o dado ou informação trazidos à análise. Por fim, o raciocínio lógico deve ser elaborado corretamente, ou seja, respeitando as regras e princípios matemáticos.

A relação entre dados empíricos, raciocínio lógico, discurso e ideologia só é possível porque a lógica, parte integrante desse liame, se desenvolve conjuntamente da linguagem:

[...] ao perceber uma árvore enuncia-se que a árvore é verde, com isso o "ser-verde-da-árvore", que se apresenta como uma experiência sensorial para o sujeito, serve de base para que ele transforme esse dado em estrutura de linguagem, expressando a relação conceitual por meio da proposição (HEINEN, 2014, p. 5).

O ser humano extrai informações do mundo a sua volta através dos sentidos, expressa-as através da linguagem e, por meio desta, apresenta e transmite proposições, que, segundo Cezar A.

<sup>3 &</sup>quot;[...] sequências gramaticais de palavras [...]" (MORTARI, 2001, p. 13).

Mortari (2001, p. 14), se caracterizam como tudo aquilo que pode ser valorado, conhecido, afirmado, rejeitado, em que se pode acreditar, de que se pode duvidar, enfim, que pode ser objeto de análise sob os mais diversos pontos de vista. A proposição, portanto, é lógica e a linguagem é proposicional.

"A linguagem é um processo cultural de objetivação: a linguagem é parte de qualquer fato, porque, [sic] os meros fatos não são dados imediatos — não será um ato até que seja expresso por meio da linguagem" (HEINEN, 2014, p. 7). Em outras palavras, a linguagem é a manifestação comunicada pelo ser humano daquilo que percebeu através dos sentidos.

Além disso, embora a linguagem que interesse à lógica seja a que transmite proposições, aquela também pode ser entendida como "veículo de comunicação que funciona em diversas direções, expressando sentimentos, ordens, perguntas, [sic] etc." (HEINEN, 2014, p. 10), ou seja, como ferramenta do discurso.

Haja vista que o ser humano faz uso de um mesmo "instrumento" para finalidades distintas – a linguagem, para lógica, o pensamento e o discurso –, bem é possível que a manifestação da lógica discursada venha a sofrer interferências de vícios de linguagem, sentimentos, perguntas do ouvinte ou leitor e demais questões externas e internas que dizem respeito somente ao pensamento ou somente ao discurso. Por conta disso, os diversos fatores que a maculam podem também afetar a estrutura lógica do raciocínio que lhe serve de embasamento e, assim, também repercutir na valoração de pensamentos, discursos e ideologias.

#### 3. FOUCAULT E O CONTROLE DO DISCURSO

Do dado infiro a existência de outra coisa que não está dada: creio. César está morto, Roma existiu, o sol se erguerá amanhã, o pão nutre. Na mesma operação, ao mesmo tempo, julgo e me ponho como sujeito: ultrapassando o dado. Afirmo mais do que sei. Assim sendo, o problema da verdade deve ser apresentado e enunciado como o problema crítico da própria subjetividade: com que direito o homem afirma mais do que sabe? Entre as qualidades sensíveis e os poderes da natureza inferimos uma conexão, conexão que não é conhecida (DELEUZE, 2012, p. 99).

O homem se antecipa e comete equívocos ao elaborar discursos, pois acredita naquilo que desconhece. Isso porque tende a fazer deduções da conexão de um ou mais dados; junto disso, fatores externos diversos interferem na relação do sujeito com aquilo que busca ser conhecido, que é apresentado num pensamento e que pode embasar eventual ideologia, corrente de ideias ou discursos.

Após uma postura de pensamento pautada na análise dos fatos, de acordo com o que os sentidos constataram, e erigida através da lógica, mesmo diante de tais precauções para fins de que o pensamento seja válido, verdadeiro e legítimo, o sujeito do conhecimento ainda pode se ver

envolto, e às vezes sem sequer perceber, em elementos da realidade que interferem na validade, veracidade e legitimidade do que pensa. Por conseguinte, ideologias, pensamentos e discursos que se pautam em conclusões daí advindos podem carecer da devida perspicácia que os sentidos, na análise dos fatos, e o raciocínio lógico seriam capazes de alcançar em conjunto.

Um desses elementos, e que se apresenta de maneira sutil aos sentidos humanos, é o hábito. Segundo Hume, um fenômeno ser seguido de outro no tempo faz com que, entre ambos, haja um nexo causal, o que não significa ser uma regra o fato de que, sempre que houver o primeiro fenômeno, também sucederá o segundo (PEQUENO, 2012, p. 41).

A relação habitual de causalidade entre elementos da realidade possui, portanto, a capacidade de produzir, no indivíduo, a percepção de uma regra ou necessidade lógica, mas que é apenas aparente. Perceber que se trata somente de uma constatação oriunda da análise habitual de certa relação de causa e efeito é o ponto chave na desconstrução de tal quadro.

Há também o que o filósofo, Michel Foucault, intitulou como "procedimentos de controle", os quais interferem não na construção do pensamento em si, mas no discurso que o propaga. Foucault descreve a existência de procedimentos de controle externos e internos em relação ao discurso, isto é, os que o conduzem externamente, do âmbito social, institucional, e os que assim agem através dele, no interior da própria lógica e estrutura do discurso.

Em outras palavras, os instrumentos de controle internos seriam aqueles que exercem poder sobre o discurso através de suas próprias estruturas, enquanto que os instrumentos de controle externos não estão presentes nos elementos constitutivos daquele; os instrumentos de controle externos estão inseridos nas instituições, normas, costumes e padrões sociais e, por estarem nesse campo de alcance deveras abrangente, que é a sociedade como um todo, acabam interferindo em tudo que nela reside, inclusive no discurso.

Antes de expor certos conceitos e análises trazidos em sua obra, cabe apontar o que o próprio autor diz a respeito da interligação de todos eles. Não se tratam questões estabelecidas de forma definitiva ou certa:

Bem sei que é muito abstrato separar, como acabo de fazer, os rituais da palavra, as sociedades do discurso, os grupos doutrinários e as apropriações sociais. A maior parte do tempo, eles se ligam uns aos outros e constituem espécies de grandes edifícios que garantem a distribuição dos sujeitos que falam nos diferentes tipos de discurso e a apropriação dos discursos por certas categorias de sujeitos (FOUCAULT, 2014, p. 42).

A começar pelos instrumentos de controle internos, são aqueles que exercem controle na ordem do discurso a partir deles mesmos, do seu interior; nas palavras de Foucault (2014, p. 20): "são os discursos eles mesmos que exercem seu próprio controle; procedimentos que funcionam, sobretudo, a título de princípios de classificação, de ordenação, de distribuição [...]". Foucault

também entende que os procedimentos de controle internos se submetem às dimensões do discurso, acontecimento e acaso.

O acaso e o acontecimento são características de duas espécies de discurso. Um discurso é originário, primeiro, que age como o ato mesmo que o pronunciou (FOUCAULT, 2014, p. 21); já o outro, deriva desse primeiro, constituindo, assim, novos atos de fala. Foucault intitula a segunda espécie de discurso como "comentário" e diz que, nele, age o acaso, permitindo que múltiplos conceitos sejam, a partir dele e dentro do mesmo, construídos. Com isso, algo novo acaba sendo dito para além do texto originário, mas sempre com a condição de que o texto primeiro seja, de certo modo, realizado e reproduzido (FOUCAULT, 2014, p. 24).

Dessa análise, é possível perceber que certos discursos derivam de um primeiro e são constituídos em razão da multiplicidade de resultados que, da relação do acaso com o primeiro discurso, poderiam ocorrer. É possível que "uma mesma e única obra literária" dê lugar, "simultaneamente, a tipos de discursos bem distintos" (FOUCAULT, 2014, p. 23); essa é a forma em que os comentários se constroem e, através deles mesmos, constroem novos discursos, mas sempre fazendo referência ao texto originário, de onde adveio.

Pode acontecer, pois, de um discurso manifestado em prol de determinada ideologia ou pensamento não ser originário, mas um comentário do primeiro. Na maior parte das vezes, é natural que o seja, porque o conhecimento é sempre primário somente em relação àquele indivíduo que o desenvolve originariamente.

A obra *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1998), apenas foi originária em relação a Hans Kelsen. Após o seu desenvolvimento, juristas e jusfilósofos que o sucederam somente fizeram do discurso contido em tal obra um comentário, o que, por si só, não invalida os discursos secundários/comentários da *Teoria Pura do Direito*.

Embora seja pertinente a construção de ideologias e discursos com base na análise de dados e na elaboração de um raciocínio lógico, nem sempre isso ocorre, posto que se entende no senso comum que a Política, o Direito e outros campos de incidência da ideologia e do discurso não dependem estritamente da lógica, por vezes até de comprovação fática. Ainda assim, pode ocorrer de um pensamento ou posicionamento ideológico estar assentado em dados concretos e num raciocínio lógico devidamente construído, mas se sujeitar ao acaso do comentário.

O sujeito que inicia uma corrente de pensamento não exerce controle sobre seus adeptos. Poderão, sim, exercer o discurso de forma fiel ao texto originário, mas também poderão deixar que o discurso esteja entregue às possibilidades incertas do acaso.

Nota-se, assim, que a relação de um comentário com o seu texto originário se desenvolve em um paradoxo:

[...] o comentário não tem outro papel, sejam quais forem as técnicas empregadas, senão o de dizer *enfim* o que estava articulado silenciosamente no *texto primeiro*. Deve, conforme um paradoxo que ele desloca sempre, mas ao qual não escapa nunca, dizer pela primeira vez aquilo que, entretanto, já havia sido dito e repetir incansavelmente aquilo que, no entanto, não havia jamais sido dito (FOUCAULT, 2014, p. 24, grifo do autor).

O defensor de uma causa política que, por exemplo, defende o discurso de determinado representante, pode continuar exercendo sua defesa, exteriorizando dizeres que se apresentam como sendo "de acordo com" o pensamento de tal político, mas, ainda que sutilmente, estar ao mesmo tempo distorcendo, alterando ou acrescentando conceitos jamais pronunciados pelo representante.

Michel Foucault adverte (FOUCAULT, 2014, p. 22), contudo, que o deslocamento de discurso originário para comentário não é um processo constante, estável ou absoluto, visto que muitos textos originários podem desaparecer ou se confundirem e comentários podem se tornar discursos primários. Vê-se que, assim como os demais fatores externos capazes de influenciar a construção de um discurso, a relação entre discurso originário e discurso secundário, ou comentário, não é estabelecida de forma certa e definitiva.

Foucault também considera a figura do autor como princípio capaz de afetar, em certa medida e em determinadas situações, o sentido e a eficácia de um discurso. Trata-se não do autor no sentido de quem expressa a fala ou a escrita; não se trata do autor no sentido de "princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência" (FOUCAULT, 2014, p. 25), mas da carga valorativa, de validade, que um autor é capaz de atribuir dentro dos parâmetros sociais que o englobam.

O discurso científico na Idade Média, por exemplo, que dependia da indicação ao autor para lhe atribuir veracidade, e a literatura da Idade Média a partir do século XVII, que dependida da indicação ao autor para obter respostas acerca do sentido do escrito ou de suas experiências pessoais, aproximando o texto da realidade (FOUCAULT, 2014, p. 26), são situações ocorridas na história que demonstram como a validade de proposituras pode ser considerada ou descartada apenas com base em quem as manifestou.

O autor, portanto, não é, por si só, obstáculo à validade de um discurso. Embora esta conclusão não tenha sido apresentada na obra de Michel Foucault, a importância que a sociedade atribui ao autor é que se revela como objeção ao pensamento, discurso ou ideologia daquele.

Nota-se que não se trata de um procedimento de controle eminentemente interno. Michel Foucault não faz tal distinção, mas a questão de o autor influenciar na validação de um discurso diz respeito, ao mesmo tempo, a uma condição do próprio discurso, pois se está considerando um elemento constitutivo de sua essência e estrutura, e, também, a uma questão externa, pois o problema só existe em razão de a valoração do discurso ser vislumbrada conforme o ponto de vista

da sociedade na qual é propagado.

Outro princípio de ingerência sobre o discurso através de suas próprias estruturas é a disciplina. Sua atuação coercitiva ocorre na medida em que a validade de um discurso depende da metodologia de disciplina adotada no seu desenvolvimento. Sob essas condições, não basta discorrer sobre a verdade; é necessário estar no verdadeiro. "É sempre possível dizer o verdadeiro no espaço de uma exterioridade selvagem; mas não nos encontramos no verdadeiro senão obedecendo às regras de uma 'polícia' discursiva que devemos reativar em cada um de nossos discursos" (FOUCUAULT, 2014, p. 34):

Assim, muitas vezes um discurso verdadeiro ou com grande potencial argumentativo somente não é aceito por não ter se estruturado nos moldes, na formalidade que é aceita por determinado grupo ideológico ou corrente de pensamento, o que, diferentemente do que Foucault pretendeu dizer, se apresenta como instrumento de controle interno e, ao mesmo tempo, externo ao discurso:

[...] trata-se de determinar as condições de seu funcionamento, de impor aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles. Rarefação, desta vez, dos sujeitos que falam; ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfazer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazêlo. Mais precisamente: nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (diferenciadas e diferenciantes), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala (FOUCAULT, 2014, p. 35).

Além das nuances de controle que atuam no interior do discurso, Foucault expõe o que denomina "procedimentos de exclusão", os quais envolvem os fenômenos da interdição, da separação e rejeição e da oposição do verdadeiro e do falso (FOUCAULT, 2014, p. 9).

Interdição seria a impossibilidade de serem abordados certos discursos. "Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa" (FOUCAULT, 2014, p. 9).

Certas questões são "tabus" à sociedade ou de conhecimento restrito a determinado grupo de indivíduos e, por isso, dificilmente tratadas e discutidas. Em cenários dessa estirpe é que se observa a manifestação do fenômeno, interdição.

Separação e rejeição, por sua vez, seria o controle exercido sobre certos discursos em uma via de permissão e, ao mesmo tempo, de delimitação ou exclusão, ou seja, ora separa o discurso, ora o rejeita. Exemplo apresentado por Foucault é loucura e a forma como, ao longo da história, o louco se encontrou em papel de rejeição, sem ser ouvido ou sem sequer ter considerada a sua existência; por vezes, sua palavra foi, sim, validada, mas de forma simbólica, controlada e permitida apenas em certos contextos sob determinadas condições (FOUCAULT, 2014, p. 11).

O aspecto isolado da separação se apresenta como um ruído silencioso:

[...] a separação, longe de estar apagada, se exerce de outro modo, segundo linhas distintas, por meio de novas instituições e com efeitos que não são de modo algum os mesmos. E mesmo que o papel do médico não fosse se não prestar ouvido a uma palavra enfim livre, é sempre na manutenção da cesura que a escuta se exerce. Escuta de um discurso que é investido pelo desejo e que se crê [...] carregado de terríveis poderes. Se é necessário o silêncio da razão para curar os monstros, basta que o silêncio esteja alerta, e eis que a separação permanece (FOUCAULT, 2014, p. 12, grifo nosso).

É que, por vezes, se tem a liberdade do discurso, mas somente em razão da concessão de quem detém o poder naquela situação. Exemplo que pode ser utilizado para esclarecer esse procedimento de controle é citado por Foucault ao início de sua obra, quando, diante da inquietação em iniciar o seu discurso, aponta, em prosopopeia, o que "a instituição lhe responderia":

Você não tem por que temer começar; estamos todos aí para lhe mostrar que o discurso está na ordem das leis; que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra [sic] mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que ele lhe advém (FOUCAULT, 2014, p. 7, grifo nosso).

Acerca do sistema de exclusão, oposição do verdadeiro e do falso, diferentemente dos demais, sua estrutura não é arbitrária, modificável, institucional ou violenta; isso, todavia, no interior de um discurso (FOUCAULT, 2014, p. 13). Externamente, percebe-se que a vontade de verdade, de saber, de uma sociedade, indivíduo ou grupo de indivíduos se apoia sobre um suporte institucional, por exemplo a pedagogia, os livros, os sistemas de edição, as bibliotecas, laboratórios, enfim. Existe uma economicidade e organização social que delimita a busca pela verdade (FOUCAULT, 2014, p. 16).

Além disso, há o aspecto de a vontade de verdade ficar subordinada a certas condições externas para poder ser conquistada, como o atendimento a certos interesses econômicos, políticos ou sociais, ou o embasamento em áreas específicas do conhecimento. O sistema penal, por exemplo:

[...] procurou seus suportes ou sua justificação, primeiro, é certo, em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade (FOUCAULT, 2014, p. 18).

Foucault dá destaque à situação da vontade de verdade de sua época. Ela deixou de ser como na Grécia Antiga, em que havia uma correspondência direta da vontade de verdade com aquele que exercia o poder, e passou a ser mascarada pela verdade em si. No fundo, os sujeitos permaneceram com o mesmo escopo da antiguidade grega — a vontade de verdade para a obtenção de poder. Antes, porém, havia sinceridade, enquanto que, na contemporaneidade:

<u>O discurso verdadeiro</u>, que a necessidade de sua forma liberta do desejo e libera do poder, não pode reconhecer a vontade de verdade que o atravessa; e a vontade de verdade, essa que se impõe a nós há bastante tempo, é tal que a verdade que ela quer não pode deixar de mascará-la (FOUCAULT, 2014, p. 19, grifo nosso).

A construção da verdade, além de ser influenciada por questões institucionais e sociais,

inclusive pelos demais procedimentos de exclusão, ainda é conduzida pela vontade que a antecede. Segundo Foucault, trata-se da mesma vontade que se fez presente no tempo dos gregos da Antiguidade: a busca pelo poder. Entretanto, essa vontade se tornou mascarada na contemporaneidade, apresentando-se como vontade de verdade sem a pretensão de poder ou outro elemento que não seja a própria verdade, mas permanecendo, do mesmo modo como na Grécia Antiga, assentada em intenções de poder; uma vontade de verdade apenas na aparência (FOUCAULT, 2014, p. 19).

Disso decorre a dúvida de até que ponto um discurso é construído tão somente com a pretensão de ser verdadeiro ou se o é com o fito de atender a busca por poder de determinado indivíduo ou grupo de pessoas.

Os procedimentos de exclusão da interdição e da separação e rejeição são exemplos de fatores da sociedade ligados mais às instituições, costumes e normas do que se observa em relação à oposição do verdadeiro e do falso. Esta, apesar de se relacionar com o âmbito das instituições, está também atrelada à real intenção do sujeito que defende o discurso — sua vontade de poder —, ainda que seja de seu desconhecimento.

Certos fatores de afetação sobre o pensamento, a ideologia e o discurso podem ser despercebidos até mesmo pelo próprio sujeito que os expõe. Assim como a busca pela verdade pode se manifestar ocultando a vontade de poder que a antecede, outras questões atuantes no íntimo do ser têm a potencialidade de se externar em formas diversas delas mesmas.

Tais questões estão contidas na mente humana e exercem controle sobre os mais diversos âmbitos da vida de um indivíduo sem sequer serem notadas.

## 4. O DESCONTROLE DA MENTE

A mente humana é um aglomerado de contradições e conflitos, componentes de um campo em que a lógica não opera nenhum comando. Segundo Freud, a personalidade da mente humana é composta por três figuras opostas umas às outras: o Id, o Ego e o Superego.

O Id seria a pretensão latente na mente humana para a satisfação de necessidades e prazeres. O Id, essencialmente, deseja tudo aquilo que possa satisfazê-lo naquele exato momento, sem considerar quaisquer ramificações ou consequências de seus atos (KLEINMAN, 2015, p. 25).

O Ego, ou Eu, surge como resultado da interação da criança, ao longo dos primeiros três anos, com o mundo ao seu redor e é o aspecto da mente que se vincula à realidade. Através dele, o indivíduo começa a perceber que existem outras pessoas a sua volta, que também apresentam desejos e necessidades, por vezes opostos aos seus. Nessa nova "descoberta", o indivíduo ainda constata que se comportar egoisticamente e de forma impulsiva pode acarretar prejuízos a sua

pessoa (KLEINMAN, 2015, p. 25).

Já o Super-ego, ou Super-eu, é a parte da personalidade humana composta pela moral e pelos ideais que o indivíduo adquire da sociedade e dos seus pais, do seio familiar; é a capacidade da personalidade de julgar o certo e o errado e de determinar o agir do sujeito de acordo com esse entendimento (KLEINMAN, 2015, p. 26).

Compreendidos esses três aspectos – Id, Ego e Superego –, em relação ao Id, Freud constatou que sua relação com a mente humana é constantemente desarmoniosa e ilógica:

[...] não esperem que eu lhes diga muita coisa nova acerca do Id. Ele é a parte obscura e inacessível de nossa personalidade; o pouco que dele sabemos descobrimos no estudo do trabalho do sonho e da formação do sintoma neurótico, e a maior parte disso é de caráter negativo, pode ser descrita somente em contraposição ao Eu. Aproximamo-nos do Id com analogias, chamamo-lo um caos, um caldeirão cheio de excitações fervilhantes. Nós o representamos como sendo aberto em direção ao somático na extremidade, ali acolhendo as necessidades dos instintos, que nele acham expressão psíquica, mas não sabemos dizer em qual substrato. A partir dos instintos ele se enche de energia, mas não tem organização, não introduz uma vontade geral, apenas o esforço de satisfazer as necessidades do instinto observando o princípio do prazer. As leis do pensamento lógico não valem para os processos do Id, sobretudo o princípio da contradição não vale. Impulsos opostos existem um ao lado do outro, sem se cancelarem ou se diminuírem; no máximo convergem em formações de compromisso, sob a dominante coação econômica de descarregar energia (FREUD, 2010, p. 215, grifo nosso).

O Id seria, dos três, o atributo de maior amplitude e de maior inacessibilidade (FREUD, 2010, p. 222). Em decorrência disso, uma das desarmonias presentes na mente humana seria o fato de que <u>o ser humano age com a crença de estar controlando os seus impulsos – o Id –, sendo que, na verdade, eles é que o controlam</u>:

O Eu, afinal, é apenas uma parte do Id, uma parte modificada, adequadamente, pela vizinhança do ameaçador mundo exterior. Sob o aspecto dinâmico ele é fraco, tomou suas energias emprestadas ao Id, e não ignoramos inteiramente os métodos — pode-se dizer: os truques — com os quais ele retira mais energias do Id. [...]. No geral, o Eu tem de realizar as intenções do Id, ele cumpre sua tarefa quando descobre as circunstâncias em que tais intenções podem ser alcançadas da melhor maneira possível. Pode-se comparar a relação do Eu com o Id àquela do cavaleiro com o cavalo. O cavalo fornece a energia para a locomoção, o cavaleiro tem a prerrogativa de determinar a meta, de dirigir o movimento do forte animal. Mas entre Eu e Id ocorre, frequentemente, a situação nada ideal de o cavaleiro ter de levar o animal onde este quer mesmo ir (FREUD, 2010, p. 220, grifo nosso).

Aplicando essa análise ao discurso e à ideologia, existe considerável possibilidade de o sujeito que os manifesta estar sendo impulsionado por forças desconhecidas até mesmo por ele; pode, inclusive, acreditar estar no domínio de seus impulsos e não estar permitindo que afetem o seu discurso, mas ser isso o que o Id de fato "deseja".

Dentre os possíveis a serem pretendidos pelo Id, a valorização do Eu se faz sempre presente e, quando exacerbada, se manifesta como narcisismo, um desejo, uma paixão intensa sentida pelo Eu para consigo mesmo. Nas palavras de Freud (2010, p. 251), "o Eu é sempre o

reservatório principal de libido<sup>4</sup>", ou seja, o Eu é o objeto final que todos os desejos instintivos do Id visam satisfazer; há um individualismo intrínseco na manifestação dos desejos humanos:

Em casos raros pode-se perceber que o Eu toma a si próprio por objeto, comporta-se como se estivesse apaixonado por si mesmo. Daí o termo "narcisismo", tirado da lenda grega. Mas <u>isso é apenas a exacerbação de um fato normal</u>. Viemos a compreender que <u>o Eu é sempre o reservatório principal de libido, de onde partem os investimentos libidinais dos objetos e para o qual eles retornam, enquanto a maior parte dessa libido permanece constantemente no Eu. Portanto, libido do Eu é incessantemente transformada em libido de <u>objeto, e esta em libido do Eu (FREUD, 2010, p. 251, grifo nosso)</u>.</u>

Quando o sujeito é conduzido instintivamente na elaboração de um pensamento ou na manifestação de um discurso ou ideologia, no final das contas, a finalidade oculta do seu Id acaba sendo a satisfação do próprio indivíduo, ainda que indiretamente. O sujeito compreender essa possibilidade e se atentar aos reais motivos que o levam a pensar de determinada maneira talvez seja a saída desse entrave.

Além de o lado instintivo humano ser sempre individualista – focado no Eu –, ele se divide em duas espécies: o *Eros*, que seriam os instintos sexuais, e os *agressivos*, voltados à destruição e à desordem. Segundo Freud, o instinto de agressão é de difícil aceitação pelos indivíduos. O ser humano consegue reconhecer a presença de certos atributos agressivos e irracionais em outros animais, mas não os imagina inseridos na sua condição de animal "racional" (FREUD, 2010, p. 252).

Essa negação a características irracionais do ser humano implica em uma série de prejuízos, principalmente no campo ideológico. Isso porque não há como se atentar a tais instintos sendo manifestados através de um discurso ou ideologia se forem considerados como inexistentes. "Infelizmente, [...] a crença na 'bondade' da natureza humana é uma dessas ilusões ruins das quais os homens esperam que facilite e embeleze a vida, quando apenas acarreta danos, na realidade" (FREUD, 2010, p. 253).

Portanto, acreditar que as pretensões da mente humana são irrestritamente positivas e racionais é abrir espaço para que intenções destrutivas exerçam atuação sem sequer serem percebidas.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos campos da ideologia e do discurso, o pensamento do indivíduo não se relaciona exclusivamente com os dados, as informações e o raciocínio lógico que o constituem. Diversos fatores da realidade e interiores ao sujeito, da *psique* humana, passam a exercer controle sobre a ideia elaborada assim que concluídos os planos fático e lógico de sua elaboração.

<sup>4</sup> Libido é a energia da qual provêm os instintos ou pulsões (FREUD, 2010, p. 242).

Conclui-se que tais fatores, a obtenção e indevida de dados e informações e a construção incorreta de um raciocínio lógico se apresentam como as causas da tendência ao absoluto na defesa de pensamentos, discursos e ideologias, isto é, da tendência que há no indivíduo de defende-los independentemente das provas e contra-argumentos que lhe são apresentados.

O pensamento por trás de um discurso ou ideologia deve imprescindivelmente se pautar em questões comprovadas e extraídas da realidade a partir dos sentidos humanos, seja obtendo informações diretamente de sua fonte, seja as conhecendo por meio de textos ou falas, mas sempre as comprovando. Além disso, a forma como se estrutura o pensamento deve se dar dentro de um raciocínio lógico. O modo como a linguagem é construída para expor uma ideia é o que a ela traz sentido e torna o pensamento passível de ser conhecido e transmitido.

Tanto no plano da pesquisa, quanto no plano lógico, o indivíduo pode cometer equívocos na construção do seu pensamento antes mesmo de externá-lo através do discurso e se sujeitar às inferências da realidade e de seus instintos. Pautar-se mais na razão que nos sentidos, para a obtenção de informações, e construir raciocínios válidos, mas falsos, são os desacertos que podem ocorrer durante a elaboração de um pensamento nos planos da pesquisa empírica e da lógica.

Entretanto, ainda que objetivamente atendidas as regras da lógica e extraídos dados e informações precisos da realidade, o sujeito acaba sofrendo interferências externas e de sua própria mente que o conduzem a equívocos, muitas vezes sequer percebidos por ele.

O discurso recebe interferências de procedimentos de controle externos – isto é, das instituições e da sociedade – e de procedimentos de controle internos – que se manifestam a partir do próprio discurso, atuando sobre si mesmo. Fatores como a propagação incontrolável do discurso em relação àquele que o elaborou originariamente; o equívoco de se valorar um discurso com base apenas na pessoa de seu autor; o controle exercido pelas instituições sobre os discursos e quem os manifesta, através da separação e rejeição; e outros, demonstram que é necessário ter cautela e perceber que aquilo que se pensa pode ser transmitido de forma alterada a outros indivíduos.

Não bastasse isso, a mente humana é um emaranhado de contradições em desordem. O ser humano é conduzido por instintos que desconhece; sua mente trabalha na direção que seu Id quer que ela atue e perceber isso, constatar quais as intenções humanas por trás de cada pensamento, raciocínio e discurso proferido, é de difícil realização, pois se trata de um objeto incógnito. No entanto, viu-se que o Id sempre aponta, direta ou indiretamente, para a satisfação pessoal do Eu, num ato de individualismo.

Assim, perceber se um raciocínio foi ou não construído com o fito de atender às necessidades e interesses individuais/egoísticos de seu autor se mostra como uma saída para um pensamento, discurso ou ideologia desvinculados do Id de quem os manifesta.

Todos esses pontos exercem influência sobre discursos e ideologias. De uma análise fática da realidade à troca de informações propiciada por um discurso, diversos fatores estão em constante atuação em prejuízo da validade daquilo que é pensado e comunicado. Além da imprecisão, pode apresentar indevida parcialidade, pois há a tendência de se pensar e transmitir aquilo que agrada aos instintos e necessidades do autor.

A mente humana tende ao individualismo e, por diversas causas, externas e internas, ainda que inconscientemente, é possível que o indivíduo altere a precisão e a validade de informações, produzindo uma parcialidade indevida. Por conta disso, a tendência ao absoluto é consequência quase involuntária e inerente da identificação de um indivíduo com ideologias e discursos e da sua construção.

Atentar-se aos fatores externos e internos ao sujeito que podem afetar sua análise dos fatos e o raciocínio de sua ordenação, bem assim a inspeção correta de dados e informações e o desenvolvimento correto de um pensamento lógico para ordená-los, podem ser respostas ao problema da tendência ao absoluto. "Podem", pois é, de fato, uma possibilidade, ou tentativa. Isso porque, como visto, na relação entre o Eu e o Id, aquele é como o cavaleiro que, pensando estar dirigindo os movimentos de seu cavalo, é, na verdade, guiado pelo animal que acredita ser de seu domínio: o Id, seu inconsciente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico. O sujeito do conhecimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ANJOS, J. Aroldo dos. As raízes do crime organizado. Florianópolis: IBRADD, 2002.

CHAUI, Marilena. *O ser humano é um ser social*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

DELEUZE, Gilles. *Empirismo e subjetividade:* ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. São Paulo: Editora 34, 2012 (2ª Edição).

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso:* aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

HEINEN, Luana Renostro; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O direito a partir da lógica em Lourival Vilanova*. VARDANDE Revista Eletrônica de Semiótica y Fenomenología Jurídicas. Bucaramanga, volumen 2, número 2, marzo 2013 – febrero 2014.

HUME, David. *Investigação Sobre o Entendimento Humano*. São Paulo: Editora Escala, [19–?].

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEINMAN, Paul. *Tudo que você precisa saber sobre psicologia:* um livro prático sobre o estudo da mente humana. São Paulo: Editora Gente, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

PEQUENO, Marconi. 10 lições sobre Hume. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

PLATÃO. A República. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

SPINOZA, Benedictus. *Ética/Spinoza*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.