

HISTÓRIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO



ORGS.

LAFAYETTE POZZOLI

DIEGO NASSIF DA SILVA

LUNA STIPP

VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Lafayette Pozzoli, Diego Nassif da Silva & Luna Stipp
(Orgs.)

Jorge Sobral da Silva Maia
(Editor)

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

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (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)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

História e Teorias Críticas do Direito / Lafayette Pozzoli, Diego Nassif da Silva & Luna Stipp, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-70-8

1. História e Teorias Críticas do Direito / Lafayette Pozzoli, Diego Nassif da Silva & Luna Stipp

CDU-330.8

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. História e Teorias Críticas do Direito.

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.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A (DES)CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS SOCIAIS NO PODER DO ESTADO	5
Simone Valadão Costa e TRESSA	
A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS DIREITOS FEMININOS PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SUA RELAÇÃO COM OS MOVIMENTOS FEMINISTAS	20
Beatriz Do Brasil Volpi LEAO Luiz Henrique Batista De Oliveira PEDROZO	
A CONSTRUÇÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO, EM ESPECIAL NO DIREITO DE DANOS	41
Vitor Ottoboni PAVAN	
A HISTORIOGRAFIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO	55
Amanda Juncal PRUDENTE	
A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS DA SOCIEDADE	73
Giovanni de Araújo NUNES	
A MÁXIMA HERMENÊUTICA JURISDICIONAL E O DESCOMPASSO PRÁTICO ANTE OS DITAMES CONSTITUCIONAIS	94
Gustavo de Souza MANOEL Gustavo H. B. SANTOS	
A PESSOA JURÍDICA FRENTE AO MEIO AMBIENTE E SUA RESPONSABILIDADE PENAL	114
João Roberto Alves de LIMA Ligia Maria Lario FRUCTUOZO	
ANÁLISE CRÍTICA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: DOCENTES NEGROS NOS CURSOS DE DIREITO	131
Éverton Neves dos SANTOS Larissa Aparecida COSTA	
A PRISÃO: REFLEXÃO CRÍTICA A PARTIR DE SUAS ORIGENS	148
Mariana de Mello ARRIGONI	
BIOPOLÍTICA E A HISTÓRIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	165
Carla Roberta Ferreira DESTRO Vladimir Brega FILHO	
DO SILÊNCIO DAS MULHERES NA HISTÓRIA A CONQUISTA DE VOZ DA MULHER	

BRALISEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL	179
MODERNIDADE E CAPITALISMO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO DO SURGIMENTO DO DIREITO MODERNO E SEUS PRINCÍPIOS Lucas Voigt NOERNBERG	195
O ENFOQUE NO CONCEITO DE PESSOA Leiliane Rodrigues da Silva EMOTO Marina Calanca SERVO	210
O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>. UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E SUA APLICABILIDADE IMEDIATA NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO Daniel Augusto DELECRODE Romulo de Aguiar ARAÚJO	232
O SALTO DE TIGRE PARA O PASSADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE CULPA, VIOLÊNCIA E PROGRESSO A PARTIR DO PRINCÍPIO JURÍDICO E CONSTITUCIONAL DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL José Mauro GARBOZA JUNIOR Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA	252
POSITIVAÇÃO BRASILEIRA DE VALORES: A CAÇULA DO ENLACE ENTRE AS LEIS REAIS DE NUMA POMPÍLIO E A CONSTITUIÇÃO MATERIAL DE CARL SCHMITT Rogério Piccino BRAGA Octaviano de Biassio MAZZUTTI	273
RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOCIEDADE DE RISCO Lais Chuffi RIZARDI	290
TEMAS FEMINISTAS X CONSERVADORISMO LATENTE: O LUGAR DO PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO E DA TEORIA DO RECONHECIMENTO Vinicius Alves SCHERCH Sandra Santos Rosa SCHERCH	306
UM OLHAR PARA AS MULHERES ENCARCERADAS: ANÁLISE HISTÓRICO-SOCIOLÓGICA DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO Vitória Sumaya Yoshizawa TAUIL Ana Claudia Rocha REZENDE	321

A (DES)CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS SOCIAIS NO PODER DO ESTADO

Simone Valadão Costa e TRESSA¹

RESUMO

Diante da baixa representatividade e, em alguns casos, ausência de representação, de minorias sociais nas instituições de poder estatal brasileiras, surgiu o interesse no desenvolvimento do presente artigo, elaborado com base nas reflexões da história percorrida pela sociedade brasileira na busca da consolidação da democracia. Tem-se como hipótese a indagação quanto à construção democrática brasileira sob o aspecto da participação política das minorias sociais no poder instituído pelo Estado. As idéias antagônicas de construção ou desconstrução da democracia no Brasil serviram de motivação para a investigação proposta, especialmente ao se considerar a baixa representatividade das minorias sociais nos órgãos de poder estatal frente ao auto intitulado Estado Democrático de Direito, previsto na Carta Constitucional de 1988. O método utilizado foi o dedutivo, partindo das teorias doutrinárias e das leis para identificar os fenômenos objeto da pesquisa. Os resultados obtidos apontam para a necessidade de conscientização da sociedade, de fortalecimento das organizações governamentais e da sociedade civil voltadas à defesa de interesses de minorias e destinação de parcela dos recursos públicos orçamentários, previstos na legislação eleitoral, para financiar as candidaturas de indivíduos oriundos dos grupos denominados minorias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: participação política. Minorias sociais. Representatividade política.

ABSTRACT

Given the low representation and, in some cases, the lack of representation of social minorities in Brazilian state institutions of power, interest arose in the development of this article, based on the reflections of the history of Brazilian society seeking to consolidate democracy. The hypothesis is the question of the Brazilian democratic construction under the aspect of political participation of social minorities in the power instituted by the State. The antagonistic ideas of the construction or deconstruction of democracy in Brazil served as a motivation for the proposed research, especially when considering the low representativeness of social minorities in state organs of power against the self-titled Democratic State of Law, provided for in the 1988 Constitutional Charter. The method used was deductive, starting from doctrinal theories and laws to identify the phenomena object of the research. The results obtained point to the need to raise awareness of society, strengthen governmental organizations and civil society to defend minorities' interests and allocate a portion of the public budgetary resources provided for in electoral legislation to fund the candidacies of individuals from groups called social minorities.

KEY WORDS: political participation. Social minorities. Political representation.

1 Graduada em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior, Juiz de Fora/MG (VIANNA JUNIOR), Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Licenciada em Música pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisadora estudante no Grupo de Pesquisa Jurídico-científica INTERVEPES (Intervenção do Estado na Vida das Pessoas), na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. É Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo. É professora do Curso de Direito da Faculdade EDUVALE de Avaré/SP, nas disciplinas Interpretação e Produção de Textos, Técnicas de Argumentação Jurídica, Teoria Geral do Estado, Direito Internacional e Prática Tributária.

INTRODUÇÃO

A instabilidade do contexto político, social e econômico brasileiro no início do século XXI tem motivado vários questionamentos a respeito do cenário democrático nacional.

Como resultado desses questionamentos, uma das preocupações dos brasileiros é o futuro que se desenha incerto diante dos olhares descrentes de cada cidadão, imbuído do sentimento de impotência diante do presente. Mostrando-se duvidoso quanto a qualquer evolução, o futuro se mostra cada vez mais obscuro.

Superando esse sentimento de impotência, a busca pelo entendimento da realidade presente é seguramente uma bússola a guiar os próximos passos rumo ao desenvolvimento. Assim sendo, o cenário atual pode ser entendido a partir dos estudos sobre o passado. Afinal, a história é capaz de explicar o presente e mostrar o melhor caminho a ser percorrido para o sucesso no futuro.

Diante dessa proposta, o presente trabalho vem apresentar um breve estudo sobre a construção da história democrática brasileira, com a intenção de lançar um olhar crítico sobre o passado, visando o entendimento do presente e uma perspectiva para o futuro.

As ideias de construção e desconstrução da democracia brasileira foram hipóteses levantadas no início da pesquisa. Isso porque, ao se analisar o percurso histórico das instituições democráticas nacionais, pouca evolução se percebe na representação política das minorias sociais nos cenários do poder instituído do Estado.

Em um estado multicultural como o Brasil há necessidade lógica de participação de todos os grupos nas tomadas de decisões acerca da atividade estatal. Não pode ser tolerada a exclusão de qualquer grupo que seja da representação política nacional.

A exclusão de grupos do cenário político institucional torna-se visível quando se analisa a representação política nas Casas Legislativas federais.

Importante frisar que o termo minoria não se refere a minorias numéricas, mas a minorias em força política e em poder de expressar sua voz visando a garantia de seus interesses. Como exemplo do que ocorre com mulheres e negros.

Justifica-se o trabalho pela necessidade de abordagem do assunto nos dias atuais, ainda pouco explorado com essa especificidade pela ciência jurídica, bem como pela possibilidade de contribuição com reflexões e propostas de iniciativas que fortaleçam o sistema democrático brasileiro.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo das teorias doutrinárias e das leis para identificar os fenômenos objeto da pesquisa, valendo-se, ainda, do procedimento histórico,

comparativo, pesquisa bibliográfica e documental, a fim de apontar dados históricos e atuais que permeiam o assunto.

O trabalho que aqui se apresenta foi dividido em quatro partes.

A primeira parte apresenta breves anotações sobre o papel fundamental da história para o estudo do Direito, com o objetivo de registrar o ponto de vista adotado para a análise histórica do assunto. Nesse sentido, foi enfatizada a necessidade de serem consideradas as várias perspectivas dos cenários históricos estudados, bem como dos vários atores sociais, sem a perpetuação da história tradicionalmente excludente de grupos e fatos rejeitados por aqueles que dominam o poder do Estado.

Na segunda, houve a análise da importância da participação política de minorias sociais como forma de contribuição para toda a sociedade. Foram apontados exemplos de mudanças no tratamento político dessas minorias em países da América Latina, demonstrando que novos pontos de vista tendem a contribuir sobremaneira na formação de uma sociedade que atenda à pluralidade de interesses latentes em uma comunidade multicultural.

A avaliação crítica da história democrática brasileira, sob a luz da participação política das minorias sociais no poder foi o objeto de estudo da terceira parte, onde foram abordados relatos históricos sobre o contexto político que serviu de base para as reflexões propostas.

O quarto e último tópico traz a análise do voto e a representação política, estudando o modelo de mandato político adotado no Brasil, bem como a forma como o voto vem sendo tratado pelo ordenamento jurídico e social, a fim de entender de que forma esse tratamento deve ser alterado visando o reflexo desse tipo de manifestação política na representação dos diversos grupos sociais no poder estatal.

As conclusões obtidas vão além das propostas de mudanças legislativas ou constitucionais. Aponta-se a necessidade de conscientização da população, fortalecimento das organizações governamentais e da sociedade civil que protegem interesses de minorias sociais e reformulação das regras de utilização dos orçamentos públicos legalmente criados para o financiamento de campanhas eleitorais, tal como o Fundo Partidário e o Fundo Especial para o Financiamento de Campanha, a fim de que parcelas desses recursos sejam obrigatoriamente aplicadas em candidaturas de pessoas oriundas de classes de minorias sociais.

Necessário destacar que a apresentação de estudo sobre a inclusão e a representação política das minorias sociais nas esferas governamentais do Estado, especialmente no Poder Legislativo Federal, não implica exclusão das demais formas de representação política desses grupos.

Para a elaboração deste trabalho tem-se como premissa a ideia segundo a qual a garantia de

participação dos representantes dos grupos minoritários nas instituições estatais significa a inserção desses indivíduos na pauta de debates institucional, fato que terá como consequência a visibilidade da necessidade de ampliação das garantias e efetivação dos direitos dessas classes, bem como abrirá oportunidade para a inclusão dessa coletividade de pessoas em outras esferas políticas nacionais, regionais e locais.

1 O PAPEL FUNDAMENTAL DA HISTÓRIA PARA O ESTUDO DO DIREITO

A história preocupa-se, dentre outras coisas, com a descontinuidade, com a diferença. Isso porque, alguns institutos, embora mantenham a mesma nomenclatura, experimentaram mudanças de tratamento ao longo da história, a exemplo do que ocorreu com o direito ao voto. Embora tenha sempre existido na história política brasileira, hoje, o voto contempla mais cidadãos em comparação com o século XIX.

Por isso, pode-se afirmar que os institutos jurídicos são resultado de construções históricas, com intervenção humana em uma época, considerados os limites e oportunidades desse tempo.

A história é manifestação da experiência humana e, como tal, apresenta a possibilidade de múltiplas interpretações dos fatos. Contudo, sob um aspecto contemporâneo, há a necessidade de se contemplar, no relato histórico, todos os aspectos da vida, mesmo fatos cotidianos, a fim de não serem reproduzidas exclusões.

Para o alcance desse objetivo, é importante se buscar vários tipos de evidências relevantes. Deve-se romper a ideia de história convencional e abrir caminho para uma história mais crítica, que não perpetue exclusões.

Nesse sentido, é preciso romper com a historiografia jurídica tradicional, a qual serviu e serve de mera disciplina de justificação da ordem social e jurídica então vigente, negligenciando o Direito como reflexo de conflitos e tensões.

Tal como afirma Michel de Certeau, o estudo histórico deve se pautar na cronologia e na diacronia, isto é, pensar o objeto de observação através do tempo (CERTEAU, 1982, p. 91)

Qualquer que seja a investigação histórica que se pretenda fazer, tendo o Direito como objeto de estudo, deve-se considerar o fenômeno jurídico analisado em seu contexto histórico.

A partir dos ensinamentos de Antônio Manuel Hespanha, pode-se afirmar que cabe à História do Direito, “de um ponto de vista tático”, o papel de apresentar ao estudante de Direito o estudo dos fatos sociais, “que constitui o tecido dos saberes sociais empíricos”, haja vista a resistência das demais disciplinas em desempenhar este papel (HESPANHA, 2012, p. 22)

Deve-se destacar, ainda, o compromisso que deve ter a narrativa histórica de refletir de forma honesta os fatos históricos, sem a seleção injusta de fatos que possam desvirtuar os contextos

até então narrados pelas elites dominantes como forma de manutenção do poder estatal.

A memória histórica é uma forma de selecionar os fatos que serão narrados historicamente. A memória social reflete o que é a sociedade e essa mesma memória pode ser geradora de exclusão, caso escolha o que (ou quem) será ou não lembrado.

Assim, necessário considerar as memórias plurais no estudo da história do Direito, buscando-se outras perspectivas sobre relatos históricos, avaliando-os sob vários pontos de vista. (ACADEMIA ..., 2007, p. 38)

Nas palavras de Rudolf von Thadden: “Tenemos que respetar las memorias plurales y renunciar al intento de reducirlas forzosamente a una sola memoria única que borre todas las demás. Aunque no haya sino una historia, ella se traduce siempre em percepciones y memorias diferentes” (Ibdem, p. 38)

2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DE MINORIAS SOCIAIS NO PODER

O tema aqui proposto foi concebido a partir de reflexões jurídicas e sociais observadas nos relatos da história democrática brasileira, que serão expostos no decorrer deste trabalho.

Parte-se da hipótese segundo a qual a sociedade brasileira sempre viveu um círculo vicioso no qual o presente reflete um passado de dominação de grupos que detém o poder (político, social ou econômico) sobre os demais.

Referida realidade atual não é novidade, pois toda a história social e política deste país são pautadas em dominação.

A depender do momento histórico e do grupo dominado que se estude, pode-se concluir que os motivos da dominação são sempre os mesmos. E essa dominação tem ressonância direta na representação política dos diversos grupos sociais nas instituições de poder do Estado.

Pode-se citar a análise de alguns grupos.

No caso da minoria negra, o país explorou econômica e socialmente, até o final do século XIX, a mão de obra escrava. As possíveis justificativas (injustificáveis) para manutenção da exploração do trabalho alheio, naquele contexto, perpassam necessariamente pela questão econômica e social.

E a abolição apenas serviu para formalizar uma decisão política que, na prática, não representou mudanças significativas para os indivíduos descendentes daqueles que se viram explorados.

Os resquícios da exploração econômica mantêm-se refletidos numa classe de pessoas que sofre com a desigualdade social e, por consequência, com a falta de representação política.

No caso das mulheres, sempre consideradas inferiores aos homens em razão da cultura patriarcal, influenciada por questões religiosas, foram afastadas do meio social e especialmente das atividades políticas. Só vieram a experimentar o direito ao voto, garantido pela Constituição, em 1934.

As mulheres, consideradas relativamente incapazes ao se casarem, vieram a ter a plena capacidade reconhecida somente em 1962, com a Lei nº 6.121 (Estatuto da Mulher Casada).

Referida inferiorização da mulher teve reflexos em sua participação política, que vem sendo incentivada neste século XXI.

O que dizer das pessoas com deficiência? Subjugadas por suas características naturais.

E dos índios? Violentados e sem direito sequer a permanecer em sua própria terra. E dos integrantes de grupos LGBT? Perseguidos e mortos por preconceito da sociedade, cujas principais características refletem ideologia patriarcal, religiosa e homofóbica.

Muitas outras classes de pessoas podem ser consideradas excluídas.

As exclusões sociais estão espelhadas no contexto político. A participação desses grupos nos poderes do Estado são ainda incipiente, quando não ausentes.

Perpetuar a história de exclusão desses grupos do poder institucional do Estado significa manter injusta e injustificadamente as desigualdades e a marginalização desses indivíduos.

A inclusão das minorias políticas na representação política do país tende a trazer para os meios institucionais discussões que, hoje, são relegadas a grupos não governamentais.

A inclusão das pautas dessas minorias nas discussões políticas institucionais significará o ganho de toda a sociedade, haja vista que a violência, atividades criminosas e tendentes à exclusão dessas minorias se tornarão evidentes e poderão ser enfrentadas de dentro do próprio poder do Estado.

Vê-se como exemplo a inclusão dos índios na participação política da Colômbia, como relatam André Leonardo Copetti Santos e Pablo Rodolfo Nascimento Homercher:

Atualmente, dois movimentos disputam o espaço reservado às lideranças indianistas, sendo eles o *Movimiento Autoridades Indígenas de Colômbia – A.I.C.O* – e o *Movimiento Alianza Social Indígena*. Este último, no entanto, sofreu um processo de reorganização pela adesão do operariado mineiro, resultando no *Partido Alianza Social Independiente – ASI*. Nas últimas eleições gerais, ocorridas em 2010, foram eleitos, pelo sistema de cotas, os senadores Avirama Avirama Marco Aníbal (ASI) e Carlosama López Germán Bernardo (A.I.C.O). O ASI ainda elegeu um representante para a Câmara dos Deputados, três governadores de Departamentos, 12 deputados estaduais, 53 prefeitos e 650 vereadores, números realmente expressivos para o colégio eleitoral colombiano. (SANTOS, HOMERCHER, 2012, p. 167)

Na Bolívia, a Constituição do ano 2009, trouxe expresso o empoderamento dos diversos grupos presentes na sociedade. E prevê em seu artigo 3º:

La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las

naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

E, como exemplo de inclusão política, não apenas de índios, mas também de mulheres, prevê em seu artigo 147:

I. En la elección de asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres. II. En la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. III. La ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica.

Em ambos os casos, os autores citados mencionam que as mudanças se tornaram possíveis a partir das reformas constitucionais desses países, frutos de debates nacionais sobre as representações de questões étnicas e culturais na política.

Os exemplos citados devem servir de inspiração para a adoção de iniciativas semelhantes no contexto jurídico-político brasileiro, adaptando-se a inclusão às necessidades da pluralidade social do Brasil.

É de se ressaltar que, além de garantir a efetiva participação política dos diversos grupos presentes na sociedade, a ordem jurídica e social precisa garantir que esses grupos, após eleitos, tenham plena liberdade de condução de discussões e propostas de políticas públicas voltadas à promoção de uma sociedade que observe de forma crescente o princípio da igualdade material.

3 A HISTÓRIA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA: PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS SOCIAIS NO PODER

O Brasil colonial experimentou a transição do regime feudal (século XV) para o capitalista (século XVIII), quando houve a recriação do modelo escravista, pois enquanto na Europa desaparecia esse modelo, os europeus recriaram a escravidão em suas colônias (WOLKMER, 2002, p. 37)

Nessa época, a elite era formada pelos grandes proprietários de terras, os quais detinham o poder que se mostrava pulverizado nas mãos desses grandes latifundiários que ocupavam as funções mais importantes social e politicamente. “A formação social do período colonial foi marcada pela polarização entre os imensos latifúndios e a massa de mão-de-obra escrava” (Ibdem, p. 39)

Não havia valores tipicamente brasileiros, voltados para a regulamentação da realidade local. O país apenas reproduzia ideologias importadas da Europa. Nesse sentido, a tradição cultural e legislativa, no período colonial, era reflexo de Portugal e a administração da Justiça era usada para legitimar o poder da metrópole.

As primeiras legislações eram eclesiásticas e visavam perpetuar o poder português com a

imposição de impostos e de um direito penal rígido que protegesse a coroa. O Direito era caracterizado pela exclusão das classes sociais indesejadas (negros e índios).

Quanto à estrutura política, Wolkmer ensina que:

Já no que se refere à estrutura política, registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrópole instaurou extensões de seu poder na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras. (Ibdem, p. 40)

Portanto, as bases da ausência de representatividade política remontam ao período imperial. O Brasil não vivenciou, em sua formação como nação, processos de participação popular no poder. De forma geral, as classes sociais menos favorecidas, desde o início, experimentaram a imposição do poder pelas elites, sem que houvesse a possibilidade de reivindicação de participação desses grupos na administração do Estado.

Após a independência, o liberalismo adotado no Brasil assumiu feições particulares pela configuração do clientelismo, da herança patrimonialista e da escravidão, apresentando reflexos de sua manipulação pela elite social e política da época.

A Constituição de 1824 foi o primeiro documento normativo de destaque no cenário nacional do período pós-independência, estabelecendo uma monarquia parlamentar que não refletia a realidade social.

A monarquia era absoluta, contando com um parlamento bicameral e representativo, com um Senado vitalício.

A eleição dos parlamentares era indireta. Eram escolhidos delegados e estes escolhiam os parlamentares.

O Direito apresentado pelo Estado brasileiro nos séculos 17 e 18 é aquele que privilegiava apenas a igualdade formal, sem considerar as diferenças latentes na sociedade.

Em análise à Constituinte de 1823 e Constituição de 1824, Reinéro Antônio Lérias explica:

O voto seria censitário e a eleição em dois graus ou seja, o eleitor de Paróquia votava para o eleitor de Província e este para os Deputados e Senadores. A renda fixada foi aquela proveniente do produto agrícola mais comum então, a farinha de mandioca. O primeiro eleitor deveria ter uma renda mínima equivalente a 150 alqueires de mandioca, o segundo 250, o Deputado 500 e o Senador 1.000. (LÉRIAS, 2008, p. 197)

O direito de voto, censitário como exposto, reflete a intenção de afastamento das camadas mais populares da sociedade do comando das atividades do Estado, a fim de que as oligarquias pudessem manter seu poder sem a necessidade de prestação de contas ao povo.

O direito exposto na Constituição não se mostrava garantidor de direitos dos mais pobres, distanciando-se de um modelo democrático.

Essa busca, feita neste trabalho, pelo reflexo democrático no texto constitucional se justifica pela capacidade de ser o Direito uma forma institucionalizada de promover mudanças sociais. Mantendo-se o poder de governança concentrado nas mãos de poucos indivíduos, a partir da previsão do próprio texto constitucional, demonstra-se o fechamento do poder político de então ao atendimento das demandas das camadas populares brasileiras.

O movimento republicano, que se intensificou na segunda metade do século XIX, foi caracterizado pela ação das elites que queriam participar das decisões de governo. O manifesto republicano trazia reivindicações já pleiteadas há tempos por essas elites.

Nesse momento, o quadro social tinha como elite dirigente, de um lado, a aristocracia rural, composta pelos proprietários de terras e produtores rurais, e de outro, o setor burocrático, inicialmente composto por padres, militares e magistrados que, posteriormente, foram substituídos por profissionais liberais, sobretudo advogados. (CARVALHO, 2006, p. 231)

A participação no governo, com a queda do Império, era um anseio de toda a elite política brasileira, inclusive dos militares, especialmente após a guerra do Paraguai.

No aspecto político, os dois principais partidos políticos (Partido Conservador e Partido Liberal) eram de elite.

A República, instaurada em 1889 e refletida na Constituição de 1891, não propiciou modificações significativas na estrutura social, pois não foi resultado de movimento social, foi imposta pela elite política brasileira. (LEITE, 2003, p. 9)

Na Primeira República, ou República Velha, as minorias políticas não costumavam fazer parte do parlamento.

Tal afirmativa se baseia no contexto real vivido pelo Brasil de então, embora a Constituição de 1891 prevísse em seu artigo 6º, inciso II, “um regimen eleitoral que permita a representação das minorias”, cunhado de forma semelhante aos atuais princípios constitucionais sensíveis.

Segundo relatos históricos, o Brasil vivenciou na Primeira República (1890-1930) a chamada “Política dos Governadores” ou “Política dos Estados”. Nesse modelo, o governo federal apoiava irrestritamente os governadores dos estados em troca de apoio político no Congresso Nacional.

Em contrapartida ao apoio dado pelo Presidente da República, os governadores, utilizando o “coronelismo”, garantiam a eleição de parlamentares que representassem o apoio político necessário ao Presidente da República para que este conduzisse seu governo sem obstáculos.

De acordo com informação obtida no site oficial da Câmara dos Deputados:

O resultado desse pacto foi o enfraquecimento das oposições, a fraude eleitoral e a exclusão

da maior parte da população de qualquer participação política. O controle político oligárquico também era assegurado pelo voto aberto e pelo reconhecimento dos candidatos eleitos não pelo Poder Judiciário, mas pelo próprio Poder Legislativo. Como o Congresso sofria a influência do presidente e dos governadores, esse mecanismo dava margem à chamada “degola” dos candidatos indesejáveis. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2009)

Avançando um pouco no tempo, o contexto que circundou a Constituição de 1934 contava, dentre outros fatores, com uma burguesia industrial urbana, Estado oligárquico patrimonialista e bicameralismo disfarçado, haja vista que a função legislativa propriamente dita era exercida pela Câmara dos Deputados, cabendo ao Senado a função colaborativa.

Referido texto constitucional refletiu uma “manobra política e a imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização”. (WOLKMER, 2002, p. 113)

A Carta de 1934 previa a eleição direta e indireta para a Câmara dos Deputados. A eleição direta ocorria pelo sistema proporcional e a indireta ocorria para a eleição de representantes eleitos pelas organizações profissionais (art. 23 da Carta Constitucional).

Foi nessa Constituição que, pela primeira vez, o texto constitucional brasileiro previu o voto feminino, ainda que restrito às mulheres que exerciam função pública remunerada (art. 109)

A Constituição de 1937 foi inspirada no regime autoritário europeu (fascismo), refletido, portanto, no governo brasileiro da época que se configurou como uma ditadura, reduzindo as funções do Poder Legislativo e restringindo o exercício de direitos pelos cidadãos.

A constituição de 1946 trouxe uma suposta redemocratização ao estabelecer valores democráticos e republicanos, estabelecendo eleições diretas para os cargos do Poder Executivo e Legislativo.

Apesar do intento democrático, o texto constitucional de 1946, por não refletir a realidade das forças políticas de sua época, foi objeto de diversas violações que culminaram com a tomada do poder pelos militares em 1964.

A partir de então, houve elaboração de nova constituição em 1967, visando adequar o contexto político e social ao contexto jurídico de então. O poder ditatorial concentrado nas mãos dos militares permaneceu distante de qualquer anseio popular. A Carta de 1967 serviu para institucionalizar as restrições de direitos efetivadas pelo regime militar.

A Constituição de 1988 trouxe a democratização dos cargos públicos, estabelecendo o acesso aos cargos eletivos por eleições diretas e aos demais cargos públicos, por concurso público.

Em tese, a participação política foi assegurada a todas as classes sociais, mas as forças sociais predominantes continuam sendo representadas sem que o mesmo seja observado em relação aos grupos minoritários.

Assim o é em razão da ausência de mecanismos políticos e jurídicos capazes de assegurar a

participação política dessas minorias nos mais diversos cargos públicos governamentais.

O Brasil possui em sua história a elaboração de sete textos constitucionais (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), fato que deve ser levado em consideração para o estudo da democracia, pois reflete a transitoriedade (LÉRIAS, 2008, p. 192) de nosso sistema normativo, bem como a constante tentativa de adequação do ordenamento jurídico brasileiro aos diferentes momentos históricos vividos pelo país.

O Constitucionalismo brasileiro, em todas as suas fases, refletiu o poder das elites (agrárias, burocráticas ou militares), pois não foi resultado de movimentos nascidos de lutas populares por cidadania ou mesmo de avanços alcançados pelo desenvolvimento do ideal democrático popular.

O que chama a atenção nos diversos textos de estudos históricos do Direito no Brasil é o fato de todas as mudanças terem sido feitas com o nítido objetivo de nada mudar (Ibdem, p. 194).

Há um esforço contínuo das forças de poder para a manutenção do *status quo*, ainda que novas Constituições ou novos governos sejam postos em substituição aos anteriormente rejeitados por já não cumprirem seus papéis.

O populismo mostrou-se como mecanismo de concessão de direitos que deveriam, em verdade, ser conquistados. Tal cenário foi o palco para a chamada estadania (em oposição à cidadania), como reflexo do autoritarismo e da corrupção (Ibdem, p. 196).

4 O VOTO E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

O estudo da participação política passa pela análise do exercício do sufrágio, por meio do voto, haja vista que esta manifestação de vontade do povo é, por si só, uma participação política e resulta na eleição de representantes que, no sistema participativo (democracia semidireta), expressarão a vontade desse mesmo povo, com fundamento no mandato político.

Mas o que é importante analisar, para os objetivos propostos neste trabalho, é a relação existente entre o voto do povo e os representantes que elege para manifestarem suas decisões na maioria dos assuntos de interesse no governo do Estado.

Importante destacar a diferença básica entre o mandato representativo (livre) e o mandato imperativo, para que não se incorram em equívocos desnecessários.

O mandato imperativo foi proposto por Jean-Jacques Rousseau e está relacionado diretamente à soberania popular. É aquele que se assemelha ao mandato civil, no qual o mandante (eleitor) estabelece as bases e o modo pelo qual o mandatário (eleito, representante) exercerá o mandato, podendo ser este revogado em caso de violação das regras estipuladas. O representante fica vinculado aos seus eleitores, e, por consequência, à circunscrição que o elegeu.

Por outro lado, o mandato representativo (livre), defendido pelo Abade Sieyes, relacionado à soberania nacional, pressupõe a liberdade de ação do representante, que não fica diretamente vinculado à circunscrição que o elegeu, mas representará e visará o bem comum de toda a nação.

Ensina Paulo Bonavides que a natureza do mandato está intimamente relacionada à evolução histórica do regime representativo.

O mandato representativo refere-se à democracia liberal, segundo a qual a soberania reside na nação. Já o mandato imperativo é característico da democracia social, na qual vige a soberania popular. Mas adverte o autor que, nessa democracia social, o mandato permanece formal ou nominalmente representativo, embora sua essência seja imperativa. (BONAVIDES, 2000, p. 333)

No Brasil, atualmente, pode-se reconhecer a previsão híbrida de mandato, tal como assinalada por Bonavides, haja vista que a Constituição de 1988 estabelece a soberania popular (art. 1º, parágrafo único), característica do mandato imperativo, mas não prevê regras desse mandato (revogação e vinculação do mandatário aos mandantes).

Portanto, formalmente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o mandato representativo dos ocupantes de cargos públicos. Contudo, na prática, esse mandato assume algumas feições do mandato imperativo, haja vista que o titular da soberania é o povo.

Mas o ordenamento jurídico pátrio passou a ter essa previsão expressa, da soberania popular, somente a partir da Constituição de 1934.

Na primeira Constituição brasileira, do Império (1824), havia previsão do mandato representativo, haja vista que deputados e senadores eram tidos como representantes da nação, nomeados em eleições indiretas. O voto era restrito, sendo previstas várias hipóteses de exclusão de pessoas da condição de cidadãos (artigos 90 a 97).

Quanto à elegibilidade, poderiam ser nomeados Deputados aqueles que preenchem os requisitos para serem eleitores, acrescidas restrições de renda, nacionalidade e religião (deveriam professar a religião do Estado).

A Constituição de 1891, embora tenha previsto a soberania nacional (art. 15), determinou eleições diretas para deputados e senadores e expressou que a Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo. Previu, inclusive, a garantia de representação da minoria (art. 28).

Somente com a Constituição brasileira de 1934 houve a previsão expressa “todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos”. A fórmula foi mantida nos textos de 1937, 1946, 1967 e 1988.

Ressalva deve ser feita ao período ditatorial, no qual o governo foi exercido exclusivamente pelo Poder Executivo, sendo o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, o documento que reflete essa época.

A previsão de soberania popular e direito de voto, de fato, não reflete de modo autêntico e, por si sós, a garantia de participação política dos grupos minoritários na condução das atividades estatais.

O que tem sido visto historicamente é a expressão numérica da população por meio do voto, sem que essa manifestação retrate os interesses dos diversos grupos presentes na sociedade.

O direito de voto não significa necessariamente a expressão da manifestação política do cidadão que, na maioria dos casos, não possui o conhecimento necessário para a formação de sua consciência política e, por isso, é facilmente manipulado por políticos inescrupulosos ou pelos grandes meios de comunicação, representantes dos interesses da elite econômica.

Deve-se ressaltar, ainda, que a participação política deve ser examinada sob diversos aspectos. O que mais chama a atenção é o preenchimento das vagas dos cargos públicos por pessoas que representam os grupos minoritários. Mas a ideia de participação deve ser associada à ideia de cidadania, que não se restringe ao aspecto mencionado.

Entretanto, o que deve ser considerado é que a inclusão de mulheres, negros, índios, pessoas com deficiência, homossexuais, transgêneros, e outras minorias, nos cargos públicos eletivos servirá como base de fomento para ações públicas voltadas à inclusão desses grupos em outros setores da atividade formal do Estado.

É de conhecimento público a existência de Propostas de Emenda à Constituição para a reserva de cadeiras no Poder Legislativo para as pessoas integrantes de grupos de minorias sociais (PEC 116/2011, 320/2013 e 34/2016, todas da Câmara dos Deputados; e 98/2015 do Senado Federal). Portanto, é possível identificar que vem sendo propostas ações tendentes a superação da baixa representação política dessas minorias no Congresso Nacional.

A existência desses projetos demonstra a preocupação social com o tema, mas as ações não podem se limitar a discussões burocráticas sobre essa inclusão social e política, permitindo-se que tais projetos sejam a única resposta da sociedade ao descaso no tratamento desses grupos.

Com base nessa conclusão, os resultados deste estudo apontam para outras iniciativas que devem ser implementadas o mais breve possível, as quais seguem descritas.

Deve haver uma maior conscientização da população quanto à necessidade de distribuição de votos aos representantes dessas minorias. Ademais, as organizações governamentais ou da sociedade civil que defendem o interesse desses grupos devem ser fortalecidas e agir mais incisivamente, buscando a conscientização de todos.

Questões voltadas à inclusão de minorias na política e cidadania devem ser objeto do ensino básico nacional, a fim de que os jovens sejam conscientizados quanto a tais demandas sociais.

Há, ainda, necessidade de reformulação das regras de utilização dos orçamentos públicos legalmente criados para o financiamento de campanhas eleitorais, tal como o Fundo Partidário e o Fundo Especial para o Financiamento de Campanha, a fim de que parcelas desses recursos sejam obrigatoriamente aplicadas em candidaturas de pessoas oriundas de classes denominadas minorias sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das ideias expostas, pode-se afirmar que a história do Direito no Brasil, especialmente a partir dos textos das sete constituições nacionais, traz uma visão sobre a democracia brasileira que reflete a ausência de participação política de minorias sociais nos governos do Estado desde o estabelecimento do Brasil colônia.

Desde sempre, as elites políticas, representadas ora pela aristocracia rural, pelos militares ou pelas classes econômicas mais abastadas, buscaram a manutenção do governo sob suas tutelas, a fim de continuarem ditando as regras às classes desfavorecidas, consolidando, assim, o cenário de enfraquecimento político, econômico e social dessas minorias.

A democracia, em sua concepção pura, deve refletir, no Estado Democrático de Direito, a participação da maior quantidade de classes, quanto for possível, no poder estatal, a fim de garantir que todas as pretensões políticas sejam ao menos discutidas nos cenários públicos e institucionais de governança.

O afastamento de classes sociais do poder não contribui em nada para a evolução social e política da nação. Pelo contrário, implica a despolitização das classes sociais minoritárias, fato que as afasta dos debates e gera sua marginalização, intensificando os conflitos sociais e causando dissonância das decisões políticas em relação às verdadeiras demandas populares.

Os conflitos que vêm marcando o contexto social, político e econômico brasileiro na última década refletem essa dissonância entre os poderes e a realidade vivida pela maioria da sociedade, a qual é composta por diversas ideologias que não são representadas institucionalmente.

Nesse sentido, cabe ao operador do Direito revisitar os relatos históricos dessa área do conhecimento com olhar crítico, a fim de com eles aprender e criar parâmetros sólidos para ações futuras.

A história bem retratada, sem exclusões e considerando fatos ignorados nos relatos convencionais, ou seja, priorizando as memórias plurais, é capaz de servir de arrimo para uma nova perspectiva do Direito como instrumento de mudança institucional da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. UNESCO. **Por qué recordar?** Buenos Aires: Ediciones Granica, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A história da Câmara dos Deputados. A 1ª República**. Fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/a1republica.html>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CERTEAU, Michel de. **A operação historiográfica**. In: A escrita da história. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A história do direito na formação dos juristas**. In: Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 21-43.

LEITE, Fábio Carvalho. **1891: a construção da matriz político-institucional da República no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado). Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, 2003.

LÉRIAS, Reinéro Antônio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo A. S.; KLOCK, Andrea B. (orgs.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SANTOS, André Leonardo Copetti Santos; HOMERCHER, Pablo Rodolfo Nascimento. **O reconhecimento político-representativo dos povos indígenas com função de preservar a identidade originária da América Latina**. Direito e Debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. 2012. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/70>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS DIREITOS FEMININOS PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SUA RELAÇÃO COM OS MOVIMENTOS FEMINISTAS

Beatriz Do Brasil Volpi LEAO¹
Luiz Henrique Batista De Oliveira PEDROZO²

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade promover a análise da evolução legislativa brasileira na perspectiva de garantia de direitos das mulheres, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tal, usou-se como embasamento teórico o estudo intitulado “Os Direitos das Mulheres na Legislação Brasileira Pós-Constituinte” realizado pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA. Além da análise legislativa, discorre-se a respeito do feminismo enquanto movimento social protagonizado pelas mulheres através do método de pesquisa bibliográfica e documental, principalmente dos princípios oriundos do movimento e do contexto histórico social que justifica seu surgimento. Também se apresenta a Teoria Feminista do Direito como uma vertente que possibilita a interpretação do direito enquanto conjunto de legislações tendo como pressuposto a mulher enquanto sujeita de direito, trazendo uma nova perspectiva para o alcance da igualdade de gênero prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Desta forma, este trabalho se posiciona no sentido de evidenciar a ligação existente entre a atuação feminista e a conquista e garantia dos direitos das mulheres, da sua positivação até sua execução, entendendo fundamental a participação feminina em todo este processo.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismo, Igualdade de Gênero, Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyse the evolution of Brazilian's legislative system and the women's rights introduced by the Federal Constitution of 1988, based on the study entitled "Women's Rights in Brazil's Post-Constitutional Legislation ", by the Brazilian Feminist Center of studies and accessory (CFEMEA). Besides the legislative analysis, this study discuss feminism as a social movement led by women, their principals, and the historical-social context of the emergence of feminism, all of that trough the bliographic and documentary research method. It also presents the feminist theory of law as a strand that interprets law as a set of legislations that sees women as subjects of law, bringing a new perspective for the achievement of gender equality provided by the article 5º of the Federal Constitution. In another words, this study exposes the connection between the feminist movement and the achievement of women's rights as well as the importante of the female participation in the process of creation and enforcement of women's laws.

KEY WORDS: Feminism, Gender Equality, Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

1 Graduanda em Direito pelas Faculdade Integradas do Vale do Ivaí - UNIVALE.

2 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.

O objetivo deste trabalho é apresentar de forma breve o contexto histórico no qual surge o feminismo – a luta que as mulheres protagonizam na busca de seus direitos – como um meio de oposição feminina ao machismo e ao patriarcado, sistemas de opressão nos quais a sociedade é consubstanciada.

Entende-se que, uma vez que o gênero historicamente é considerado em duas categorias distintas e opostas – os homens e as mulheres – desta divisão dicotômica atribui-se aos homens as características positivas, como a força e a razão, motivada pela disparidade biológica que favorece o gênero masculino, e desta forma, a sociedade baseia-se neste preceito para instituir o estado. Assim, a exclusão das mulheres das posições de poder encontra neste fato sua justificativa.

Pretende-se expor algumas das conquistas femininas oriundas da luta feminista, assim como as dificuldades enfrentadas pelo movimento e os desafios a serem enfrentados neste novo momento na relação entre o feminismo e o poder estatal brasileiro. Neste contexto, pretende-se também realizar a conceituação dos termos mais importantes abordados ao longo deste trabalho, quais sejam, feminismo, machismo e patriarcado e desta forma, introduzir o leitor ao contexto no qual o objetivo deste trabalho é pautado.

Através da exposição do estudo “Os Direitos das Mulheres na Legislação Brasileira Pós-Constituinte”, realizado pelo CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria), que analisa o apanhado legislativo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na perspectiva dos direitos das mulheres, evidenciando as conquistas dos movimentos feministas e também as omissões do estado quanto as políticas públicas e legislações que efetivamente atendam as demandas do movimento feminista, promove-se a exposição das principais legislações que abordam os direitos das mulheres, divididas por áreas do direito.

Além da exposição das mudanças legislativas nos diversos segmentos do direito, este trabalho também apresenta a atuação feminista pré-constituente, grande responsável pelas conquistas feministas promulgadas no texto constitucional de 1988, como por exemplo o Lobby do Batom.

Considerando a omissão estatal e a resistência política das instituições no sentido de inserir em suas pautas as questões de gênero, apresenta-se a teoria feminista do direito como uma ferramenta de interpretação legislativa que atua no sentido de preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico quanto as demandas femininas, devido ao caráter “especial” atribuído a elas – no sentido de não serem uma demanda da sociedade como um todo, mas de seres excepcionais – através de uma abordagem do direito sob a perspectiva feminista, e assim, inserindo a mulher no campo do “sujeito de direitos” destinador das normas e do atuar estatal. Ainda no momento pós-constituente, procura-se pensar na atuação feminista como uma alternativa para a maior efetivação

dos direitos das mulheres, através da representatividade feminina.

Cabe então ressaltar, que este trabalho visa expor a contribuição dos movimentos feministas na emancipação das mulheres brasileiras, através das mudanças legislativas no sentido de garantir mais direitos femininos, em consonância com o novo momento democrático inaugurado pela Constituição Cidadã e seu princípio da igualdade e também destacar que a atuação feminista não se esgota com este feito, e se estabelece como agente ativo e fundamental para a efetivação dos direitos já conquistados, e a mudança do pensamento social brasileiro como um todo, no sentido de cada vez mais incluir a mulher no ambiente público e desta forma, romper com a estrutura patriarcal na qual a submissão feminina é substanciada.

1 – OPRESSÃO, FEMINISMO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES

Para que se esclareça o que é e qual a importância do feminismo, é fundamental a exposição dos motivos que acarretaram o seu surgimento, visto que a história da opressão das mulheres encontra fundamento, sobretudo, na determinação biológica que diferencia os seres humanos com base no seu sexo, estabelecendo a oposição entre o sexo feminino e o sexo masculino. Como bem explica Scott³, “o antagonismo homem versus mulher foi um foco central da política e da história, e isso teve vários efeitos [...] ao mesmo tempo em que implicitamente afirmava a natureza essencial da oposição binária macho versus fêmea”.

Assim, sendo os seres humanos taxativamente considerados em duas categorias distintas (homens e mulheres), no decorrer do tempo essa divisão binária pautada única e exclusivamente no sexo passou a influenciar também os papéis sociais. Aos sexos foram incorporados atributos opostos, e a questão biológica passou a ser usada como justificativa para a dominação dos indivíduos do sexo masculino.

Desta maneira, a simples morfologia do 23º par de cromossomos foi o principal fator para a instituição da assimetria e hierarquia entre homens e mulheres. A combinação desta diferença fisiológica (considerada mais favorável ao sexo masculino) com a dominação masculina, difundiu a ligação entre a força física e valores como a ética, raciocínio e lógica, atribuindo ao homem a noção errônea de superioridade em relação a mulher não apenas no campo físico como também no campo psíquico, como trata Pierre Bourdieu⁴.

Como resultado da assimetria natural entre homens e mulheres, a opressão feminina encontrou respaldo na hierarquia entre os sexos. O ato de oprimir por parte dos homens não era uma

3 SCOTT, Joan. História das Mulheres. In: Peter Burke. (Org.). A Escrita da História: Novas Perspectivas. São Paulo: Ed. UNESP, 1992.

4 BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

imposição, mas sim uma prerrogativa de sua superioridade, uma vez que a inferioridade era uma característica natural do sexo feminino, a exemplo da Pólis grega, onde a mulher era relegada a condição de Res (do grego *rés*) falante, ou seja, uma coisa que fala.

De acordo com Shulamith Firestone⁵ as classes sociais, e a hierarquia entre elas se enraízam na sociedade de forma que se tornam invisíveis, constituindo um *modus operandi* dos seres humanos e sendo passadas de geração em geração, impulsionando a opressão feminina nas relações de trabalho, de ensino, religiosas, amorosas, familiares e todas as outras que possam existir.

Arelado a este fato, por muito tempo os homens foram os únicos detentores da escrita (no Brasil, por exemplo, até 1814 as meninas não podiam frequentar as escolas públicas do Estado de Minas Gerais⁶ e tal proibição era fundada no argumento de “que homens e mulheres são biologicamente distintos e que a relação entre ambos decorre desta distinção, que é complementar e na qual cada um deve desempenhar um papel determinado secularmente”⁷), e desta forma a eles coube o papel de registrar a história e as demais ciências humanas, sendo instituídos como narradores universais.

E nesta narração, às mulheres era destinado o papel denominado de “passageiras da voz alheia”, expressão criada pelas autoras para explicar o fato de as personagens femininas dos textos de voz masculina se distanciarem da realidade e dos sentimentos das mulheres em relação à sua época para traduzirem o imaginário masculino acerca da sua essência, não tendo oportunidade de tratar da própria história e expor suas percepções de mundo, sendo comparadas a um eco ao qual nada mais é permitido além da projeção das vontades do dono da voz:

[...] aí ela se oferece como objeto alheio, sem nunca poder sair desse espelho, que se reflete na superfície do discurso. Eco não sabe o que diz, porque o sujeito da enunciação é um outro a que ela não tem acesso, pois está para sempre perdida nos abismos de seu desejo desconhecido.⁸

Uma vez que a narrativa histórica tradicional privilegiava a cena pública – e nela a política -, não frequentada pelas mulheres, diz Michelle Perrot que no teatro da memória, as mulheres eram sombras tênues⁹. Não cabiam as mulheres as posições de fala e escrita. Não possuíam este direito nem mesmo quando eram retratadas, e desta forma, até mesmo a personalidade feminina foi descrita histórica e prioritariamente a partir do ponto de vista masculino. Neste contexto de assimetria das relações entre os homens e mulheres e através da narrativa unilateral masculina a sociedade de

5 FIRESTONE, Shulamith. *A dialética do sexo: Um Estudo da Revolução Feminista* (1976), Editora Labor do BRASIL.

6 MUNIZ, D. C. G. *Meninos e Meninas na Escola: A Modelagem das Diferenças*. Textos de História Dossiê Feminismos Teorias e Perspectivas, Brasília, v. 8, n.1/2, p. 189-218, 2001.

7 LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, Sexualidade e Educação*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 20.

8 CASTELLO BRANCO, Lúcia; BRANDÃO, Ruth Silviano. *A mulher escrita*. Rio de Janeiro: Casa-Maria; LTC, 1989.

9 PERROT, Michelle. *Práticas da Memória Feminina*. Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 9, nº 18, ago.89.

classes se institui de maneira patriarcal, sendo o patriarcado, segundo Heleieth Saffioti¹⁰, uma forma de expressão do poder político.

O patriarcado funda a estrutura discriminadora da sociedade em relação ao gênero e recebe reforço institucional, caracterizando os relacionamentos interpessoais pela dominação masculina. Se define como:

[...] uma estrutura sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. É caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar, permeando toda organização da sociedade, da produção e do consumo, da política, à legislação e à cultura.¹¹

Nesse diapasão, Carole Pateman¹² explica que a liberdade civil não seria universal, mas sim um atributo conferido aos homens e dependente do direito patriarcal. Desta forma, o contrato social, definido como o fundamento do poder político e origem da sociedade¹³, seria responsável por criar o direito político dos homens sobre as mulheres.

Por consequência, ao tratar o patriarcado do estabelecimento das relações de gênero de forma desigual e hierárquica legitimava-se a dominação e exploração das mulheres pelos homens, por meio da opressão feminina¹⁴ fazendo com que as relações entre os sexos, seja no âmbito privado (relações familiares) ou público (relações civis) fossem fortemente marcadas pela hierarquia masculina. É justamente esta desigualdade que perpetua a construção sociocultural da identidade feminina como figura passiva e submissa, sem legitimidade para adentrar as relações de poder.

Nesse contexto de dominação masculina, no século XX começa a tomar destaque em diferentes partes do mundo e em momentos diferentes, a luta feminina denominada como feminismo, sendo conceituado por Victòria Sal como:

O feminismo é um movimento social e político que supõe a tomada de consciência das mulheres como grupo ou coletivo humano, da opressão, da dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas distintas fases históricas de modos de produção, o qual move a ação para a liberação de seu sexo com todas as transformações da sociedade que aquela requer.¹⁵

Em busca de combater o sistema patriarcal e de se desvencilharem da função de gênero opressora a que são submetidas, é que surgem as primeiras manifestações femininas que resultariam no feminismo. Essas manifestações resultam da recusa feminina a se submeter as funções sociais de gênero e tem como objetivo a emancipação e conquista de direitos.

E assim, o feminismo se institui como a ação política organizada e protagonizada pelas

10 SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

11 BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite. Patriarcalismo e o feminismo: uma retrospectiva histórica. Revista *Ártemis*, v. 1, p. 64-73, dez 2004

12 PATEMAN, Carole. O Contrato Sexual. São Paulo; Ed. Paz e Terra, 1988.

13 GUERRA, Luiz Antônio. Contrato Social. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/contrato-social/>> Acesso em: 31/05/2018.

14 SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

15 SAU, V. Un Diccionario Ideológico Feminista, 1ª Ed: Barcelona: Icaria, 1981.

mulheres, buscando transformar as relações de poder entre homens e mulheres por meio do combate às desigualdades, explorações e opressões de gênero, e com a contribuição prática e teórica nos meios de organização política¹⁶.

2 - DIREITO COMO POSITIVADOR DA OPRESSÃO FEMININA E AVANÇOS NA CONQUISTA DE DIREITOS NUM MOMENTO PRÉ CF/88

No contexto de uma formação social firmada em pilares patriarcais, a hierarquia entre homens e mulheres encontrou espaço para sua propagação ao longo das décadas. Desta forma, a inserção de direitos no ordenamento jurídico – a sua positivação – realiza-se majoritariamente pelo narrador masculino, detentor do poder social de definir a imagem do sujeito destinatário da norma como a sua própria, excluindo e marginalizando as vozes e significados dos “outros” (agrupamento de minorias do qual as mulheres fazem parte).

Prevalendo a superioridade dos homens em relação a mulher, sendo eles os detentores do poder, percebe-se, como defende Lucinda M. Finley que o gênero definidor do direito é masculino:

A linguagem jurídica é uma língua masculina porque é principalmente informada pelas experiências masculinas e porque ela deriva da poderosa situação social dos homens em relação às mulheres. O pensamento universal e objetivo é a linguagem masculina porque os homens privilegiados intelectualmente, economicamente e politicamente têm o poder de ignorar outras perspectivas e, assim, pensar em sua situação como norma, sua realidade como realidade e seus pontos de vista como objetivos¹⁷.

Diversas são as legislações brasileiras pré-constituintes que exemplificam a positivação da hierarquia entre homens e mulheres. O decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que promulgava a lei sobre o casamento civil, estabelecia em seu artigo 56, parágrafo §3º que “são efeitos do casamento: Investir o marido do direito de fixar o domicílio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos”.

O código civil brasileiro de 1916, o artigo 233 estabelecia ao marido o papel de chefe da sociedade conjugal. Desta forma, seja no âmbito dos fatos ou dos direitos, o monopólio do poder perante a família era masculino. Também dispunha que a mulher casada era relativamente incapaz aos atos da vida civil, permitindo ao marido o poder anular os atos praticados pela esposa quando estes não estavam em conformidade com a sua vontade.

Quando da entrada em vigor do Código Penal, em 1940, o crime de estupro apenas era típico quando o ato era realizado contra “mulher honesta”. Se uma mulher cuja conduta não estivesse em conformidade com os valores morais patriarcais fosse violada, tal fato não interessava

16 BESSA, Alexandra. Introdução ao Feminismo. Disponível em:

<<http://ateologiafeminista.blogspot.com.br/2010/11/introducao-ao-feminismo.html>> Acesso em: 20/04/2018.

17 DAHL. Tove Stang. Direito das Mulheres – Uma Introdução a Teoria Feminista do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1998.

ao direito.

Apesar do estupro contra a mulher honesta ser um ato tipificado, poderia o estuprador ter sua punibilidade extinta caso ele – ou terceiro – se casassem com a mulher estuprada. Evidencia-se que o bem jurídico protegido pelo código penal não era a integridade física da mulher, mas sim os costumes e a moral patriarcal da época.

Toda via, em contrapartida as disposições discriminantes presentes na legislação brasileira anterior à Constituição Federal de 1988, o rompimento do isolamento doméstico resultado da convocação a participação social das mulheres através do trabalho, relacionando-se com ideais liberais de igualdade, encaminham as mulheres progressivamente à subversão, ou seja, a tomada de consciência da submissão e opressão as quais eram submetidas¹⁸, desvencilhando-se do papel de sujeito passivo que lhes era imposto. Nessa perspectiva, trata Salete Maria Martins¹⁹:

As mulheres perceberam que a sua história era a história da ausência de direitos. O binômio feminismo/direito, portanto, se entrelaça desde a origem das primeiras lutas das mulheres por um lugar social. A compreensão de que havia uma exclusão histórica que submetia, em menor ou maior grau, as mulheres e que esta submissão era legitimada, por vários instrumentos dentre os quais leis e discursos jurídicos, justificadores e mantenedores desta segregação, obrigou as feministas a entender que a sua ação não poderia prescindir da defesa de leis que as incluíssem e as reconhecessem como sujeitos de direitos.

Como voz dessa subversão surgem as primeiras manifestações femininas no Brasil, voltadas primeiramente na luta pelo direito a educação, protagonizadas por Nisia Floresta, considerada a primeira feminista brasileira, que discorre em seu tratado “Direitos das mulheres e injustiça dos homens”²⁰:

Se cada homem, em particular, fosse obrigado a declarar o que sente a respeito de nosso sexo, encontraríamos todos de acordo em dizer que nós nascemos para seu uso, que não somos próprias senão para procriar e nutrir nossos filhos na infância, reger uma casa, servir, obedecer e aprazer aos nossos amos, isto é, a eles homens.

Em 1827 inaugura-se a primeira legislação a respeito da educação das mulheres, sendo permitido a elas frequentar o ensino elementar. Apenas em 1879 as brasileiras passam a ter o direito de frequentar o ensino superior. Os reflexos da proibição ao ensino podem ser vistos até hoje, quando em diversos família, as mulheres do século XXI são as primeiras em gerações a terem um diploma de graduação.

O direito ao voto feminino apenas é conquistado em 1932, resultado da promoção de estrondosas manifestações de rua por parte das sufragistas brasileiras, com a promulgação do Novo Código Eleitoral da Época, sendo posteriormente incorporado a Constituição Federal de 1934, com

18 COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecília Maria B. O Feminismo do Brasil: Reflexões Teóricas e Perspectivas. Salvador: UFBA / Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher, 2008.

19 SILVA, Salete Maria da. O Legado Jus-Político do Lobby do Batom Vinte Anos Depois: A Participação das Mulheres na Elaboração da Constituição Federal. XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária “20 anos de Constituição. Parabéns! Por quê?” 2008, p. 05.

20 FLORESTA, Nísia. Direitos das mulheres e injustiça dos homens. São Paulo: Editora Cortez, 1989.

o auxílio da primeira Deputada Federal Brasileira, Carlota Pereira de Queiroz. Porém, o direito ao voto restringia a participação dos analfabetos, o que conseqüentemente (tendo em vista a dificuldade das mulheres ao acesso à educação) impedia 10 milhões de mulheres de exercerem o voto²¹.

Na luta feminina por igualdade, o primeiro grande símbolo de rompimento com a dominação masculina acontece em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada. Como retrata Maria Berenice Dias²², o Estatuto da Mulher Casada “devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal” e ainda possibilitou o acesso da mulher ao trabalho sem a necessidade de autorização prévia do marido, declarando ainda que o patrimônio adquirido pela mulher em decorrência de seu trabalho constituía “bem reservado”, sendo a ela pertencente.

No ano de 1977 outro significativo passo é dado em busca da emancipação feminina. O matrimônio deixa de ser insolúvel com a aprovação da Lei do Divórcio, assegurando o direito aos alimentos para todas as mulheres, não mais exercendo a lei um juízo de valor, como anteriormente, quando apenas as mulheres “honestas e pobres” faziam jus ao direito.

Mesmo diante de significativa conquistas, o Brasil ainda não presenciado significativa articulação feminina em busca de direitos. Porém, tal fato estava prestes a mudar, com a realização da Carta das Mulheres aos Constituintes, documento realizado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que através da campanha “Constituinte para valer tem que ter palavra de mulher ” percorreu o Brasil ouvindo as demandas femininas para a elaboração do documento entregue a Assembléia Nacional Constituinte.

Através do chamado “Lobby do Batom” o Conselho Nacional do Direito das Mulheres promoveu a articulação feminina em todos os estados brasileiros, para que as mulheres pudessem ter a oportunidade de exercer sua voz, neste momento tão importante para o Brasil. Nas palavras do Centro Feminista de Estudos e Assessoria²³:

O Lobby do Batom foi uma experiência singular de parceria entre um organismo de Estado e o movimento social, cujo saldo foi de 80% das reivindicações aprovadas. As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da anticoncepção. Ficaram de fora, por enfrentar resistências mais

21 TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil, 1ª Ed: São Paulo, Editora Brasiliense, 1999.

22 DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 23/05/2018.

23 Centro Feminista de Estudos e Assessoria. Movimento de Mulheres no Lobby do Batom. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/plataforma25anos/_anos/1987.php?iframe=movimento_mulher_lobby_do_batom Acesso em: 15/03/2018.

duas, demandas do campo dos direitos sexuais e reprodutivos, em particular o aborto.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece um novo momento para a história do Brasil e das mulheres. Até o seu advento, “as constituições brasileiras sempre tiveram um caráter flagrantemente machista, reforçando preconceitos e gerando exclusão e discriminações contra a mulher, tanto no âmbito da vida privada quanto na vida pública”²⁴.

Promulgada no dia 05 de outubro de 1988 e denominada Constituição cidadã, a Constituição Federal apresenta em seu preâmbulo a igualdade e a justiça como valores supremos e institui a igualdade jurídica entre homens e mulheres, tornando-se um dos documentos jurídicos de maior importância na história brasileira.

Inaugura um novo capítulo na luta do feminismo pela igualdade e combate ao patriarcado, possibilitando novas ferramentas para a garantia de direitos femininos e emanando sua carga valorativa a todas as áreas do direito, tendo como consequência uma efetiva inovação em diversas áreas jurídicas. Passamos, no próximo capítulo a análise da legislação brasileira acerca do direito das mulheres, num momento pós CF/88.

O artigo 5º da CF versa a respeito das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Não há dúvidas de que se estabelece como um dos principais artigos expressos na CF ao ampliar os direitos dos indivíduos e protegê-los nas mais diversas situações. Um dos princípios contidos no artigo 5º é o da igualdade, que, dentre diversas garantias postas, determina a não distinção entre homens e mulheres no território nacional:

Art. 5º 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, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Apesar de o disposto no inciso I do artigo 5º ser classificado como uma norma constitucional de eficácia plena, ou seja, uma norma de efeito imediato e ilimitado que não depende de qualquer regulamentação para produzir seus efeitos, é evidente que a mera disposição textual não é capaz de erradicar a estrutura em que se fundamenta a discriminação entre homens e mulheres. Como dispõe o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA)²⁵:

Entretanto, é sabido que o texto da lei não é suficiente para a garantia do exercício da cidadania, principalmente para os segmentos mais discriminados da população. Em alguns casos, os conflitos decorrentes das disparidades de interesses e necessidades que permeiam as relações sociais impedem, de diferentes maneiras, a efetivação do acesso aos direitos universais. Assim, o conhecimento da legislação vigente constitui um primeiro passo para a definição de estratégias políticas orientadas para o enfrentamento e superação das desigualdades que marcam as relações de gênero.

24 SILVA, Salete Maria da. A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Salvador, 2012. Tese de Doutorado em Direito.

25 Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea). Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente / Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea), Almira Rodrigues (Org.), Iáris Cortês (Org.) -- Brasília: Letras Livres, 2006.

Porém, a disposição legislativa tem papel fundamental no combate ao sistema patriarcal. Quanto mais um país, através de seu aparato legislativo, proteja os direitos das mulheres, maior é o seu comprometimento com a mudança.

Sendo o princípio da igualdade um dos maiores marcos valorativos da atual Constituição, a luta pelos direitos das mulheres se estabelece como um compromisso do governo brasileiro, que, como dispõe o CFEMEA²⁶, “reconhecendo os seus deveres e responsabilidades no enfrentamento a todas as formas de discriminação, tem, na desigualdade de gênero, uma de suas dimensões mais evidentes e desafiadoras”.

O CFMEA é uma organização que, analisou, em 2006, a legislação concernente aos direitos das mulheres, no período de 1988 a 2005, com foco na Constituição Federal, e também na legislação infraconstitucional e nos acordos dos quais o Brasil é signatário, concluindo que, apesar do avanço legislativo ocorrido no período de duas décadas, a falta de iniciativa nos planos normativos (através da edição de leis complementares e ordinárias que versem sobre o direito das mulheres) e orçamentária (alocação e utilização de recursos para programas de apoio a mulher, nos mais diversos campos, como a saúde, educação, profissionalização e etc...) é uma evidencia de que a efetivação de um direito brasileiro igualitário nas questões concernentes ao gênero ainda se encontra longe de acontecer.

O estudo intitulado de “Os Direitos das Mulheres na Legislação Brasileira Pós-Constituinte” teve como objetivo evidenciar os temas concernentes aos direitos das mulheres que recebem o maior destaque do legislativo brasileiro em seus diversos âmbitos, apontando também os temas dos quais o poder legislativo se omitiu e até mesmo recuou quanto a garantia de direitos. Deste estudo, destaca-se as seguintes áreas:

2.1 Direitos Humanos e Civis das Mulheres

O disposto no inciso I do artigo 5º da CF é resultado da atuação feminista ao longo dos anos que antecederam a Assembléia constituinte. O reconhecimento dos direitos das mulheres como pauta relevante a âmbito nacional, com a garantia de igualdade entre os gêneros, causa efeito em toda a estrutura legislativa subsequente.

Neste momento, assim como outras lutas sociais, o feminismo vivenciou a instauração de uma relação com o poder político não mais pautada na total omissão, mas sim no começo do reconhecimento de sua luta como fundamental para a efetividade da cidadania brasileira.

26 Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea). Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituinte / Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea), Almira Rodrigues (Org.), Iáris Cortês (Org.) -- Brasília: Letras Livres, 2006.

A CF/88, sendo a primeira constituição a prever a garantia de igualdade entre os gêneros, promove o reconhecimento da luta feminista e através deste, o alcance de alguns direitos que passam a ser regulamentados por leis específicas que possuem como ordem normativa o disposto no inciso primeiro do artigo 5º e atendem algumas das demandas do movimento.

Além da previsão do inciso primeiro, no próprio artigo 5º a CF volta a fazer referência aos direitos das mulheres, em seu inciso L, assegurando as mulheres encarceradas as condições necessárias para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação. Neste mesmo sentido, em 1995, a Lei 9.046 vem determinar que os estabelecimentos penais femininos devem adotar berçários, proporcionando condições mais humanas para as mulheres encarceradas que sejam mães. Ambas as previsões se relacionam com a esfera dos direitos humanos das mulheres.

Quanto aos direitos civis, no âmbito familiar, a Constituição Federal, no parágrafo 5º do artigo 226, dispõe que os direitos e deveres relacionados a sociedade conjugal são exercidos de maneira igual pelo homem e pela mulher, o que rompe com a posição superior do homem no âmbito familiar, que por muitas décadas encontrou apoio legal para seu exercício. O parágrafo 4º do artigo 226 possui importante previsão de que também se entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Desta forma, reconhece diversas famílias que constituídas pelas mães e seus filhos, não contam com a presença do pai, que legitimado pela estrutura social do patriarcado, não reconhece a paternidade. Vem o presente disposto reconhecer que a omissão do homem não descaracteriza a família que ali existe.

Ainda, quanto ao reconhecimento dos filhos, a Lei 8.560, criada após a Constituição Federal de 1988 autoriza as mulheres a registrarem seus filhos, indicando o suposto pai em termo lavrado no próprio registro civil das pessoas naturais e posteriormente remetido ao poder judiciário, como uma forma de promover a investigação de paternidade de maneira mais eficiente, visando o bem-estar e a dignidade da criança.

Inova também o código civil, ao estabelecer que aquele que se recusa a realizar exame médico necessário, não poderá aproveitar-se desta recusa, e ainda que a recusa a perícia média ordenada judicial poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Desta forma, o disposto nos artigos 231 e 232 do código civil, vem romper com a noção de “presunção de inocência” do homem que se recusa a submeter-se ao exame de DNA, descaracterizando a paternidade da visão machista de “punir” o homem.

Como reflexo do dispositivo constitucional, o código civil dedica o seu livro IV ao direito da família e ajusta muitas disposições machistas promulgadas pelo código civil anterior (de 1916). Estabelece que os encargos da família no casamento devem ser assumidos de forma conjunta, pelo

homem e pela mulher, na posição de companheiros. Dispõe que a adoção do sobrenome, na constância do casamento, é uma opção de ambos os cônjuges, descaracterizando o sentido de posse do homem sobre a mulher, quando obrigatoriamente era marcada com o sobrenome do cônjuge.

Algumas garantias conquistadas pelas mulheres são fruto de mudanças do próprio texto constitucional (através de emendas à constituição), resultantes da evolução do pensamento legislativo e demonstrando que apesar de a Constituição Federal inaugurar uma nova relação entre as mulheres e o legislativo, a mesma ainda possui institutos que se relacionam com o sistema patriarcal de opressão feminina.

A exemplo do exposto alhures, a Emenda Constitucional 66 de 2010 altera o parágrafo sexto do artigo 226, não mais exigindo prazo de duração do casamento para a decretação do divórcio. Conquista fundamental para as mulheres no âmbito de sua independente, não mais estando obrigadas a estarem em um casamento sem que o mesmo seja de sua vontade. O reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar também aponta uma grande conquista para as mulheres: o código civil passa a igualar os direitos dos cônjuges ao dos companheiros, com reflexos importantes nos institutos referentes aos alimentos e a sucessão.

2.2 Violência Contra a Mulher

O direito a segurança é considerado um direito social, encontrando previsão no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Uma importante inovação quanto a segurança das mulheres ocasionou-se em decorrência da previsão constitucional de que os crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

A posterior inclusão do estupro e do atentado violento ao pudor no rol de crimes hediondos é um passo importante da luta feminista contra a banalização do corpo feminino, visto como mero objeto de prazer masculino, como também da luta pela liberdade sexual da mulher, rompendo com os valores morais atribuídos ao comportamento sexual esperado para as mulheres. Como expõe Constância Lima Duarte²⁷:

Os homens do mundo patriarcal devem pautar-se de forma sexualmente livre – e até libertina – devido à posição de superioridade e independência que lhes cabe. Devem ser, portanto, rígidos, másculos e dominadores. Por sua vez, às mulheres resta a necessidade de resguardar sua moral sexual, agindo de forma efetivamente recatada. Suas vestimentas, seus diálogos e seus comportamentos devem revestir-se da cautela necessária a ensejar o respeito do seio social. Seu corpo não é considerado sua propriedade, senão verdadeiro objeto de controle da sociedade.

Desta forma, relacionando-se ao sistema patriarcal que eleva o homem a posição de superior a mulher, podendo exercer poder sobre ela, a cultura do estupro se funda com o objetivo de

27 DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. Disponível em . Acesso: 05 de abril de 2018.

controlar a mulher, submetendo-a a violência necessária para que seja domada e passe a cumprir o papel que lhe é imposto, de satisfazer o homem e a ele se submeter, como entende Maria Helena Zamora²⁸:

Desde os tempos pré-históricos até o presente, acredito, o estupro tem representado uma função vital; não é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação através do qual todos os homens mantêm todas as mulheres num estado de medo... Como a arma básica de força contra as mulheres, o estupro, uma prerrogativa masculina, é menos um crime sexual do que uma chantagem de proteção; é um crime político, o meio definitivo de os homens manterem as mulheres subordinadas como o segundo sexo.

Na luta contra a cultura do estupro, o feminismo alcança grandes feitos num momento pós-constituente. Em 2009, os “crimes contra a liberdade sexual” passam a ser alocados no código penal no capítulo de “crimes contra a dignidade sexual”, não mais pertencendo a categoria de “crimes contra os costumes”, indicando uma evolução no pensar do legislador, e o reconhecimento das lutas feministas.

Em 2005, a lei 11.106 extingue a utilização do termo extremamente machista “mulher honesta” do código penal, que permitia aos executores da lei a análise da moral da mulher vítima de violência sexual como um pressuposto para a não condenação do réu, caso a mesma não fosse considerada digna pela corte. A presente lei também revogou o artigo que extinguiu a punibilidade do estupro caso o estuprador ou um terceiro contraíssem matrimônio com a vítima.

2.2.1 Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio

No âmbito da violência física contra a mulher, duas grandes conquistas foram alcançadas após o ano de 1988, e contaram com a atuação ativa do movimento feminista: A Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) e Lei 13.104 de 2015 (Lei do Feminicídio). A respeito da Lei Maria da Penha, destaca Carmen Hein Campos²⁹:

“A Lei Maria da Penha reflete a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica, ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006. O feminismo registra a participação política das mulheres, como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal”.

A Lei Maria da Penha institui-se como consequência da omissão do estado brasileiro quanto a violência contra as mulheres. O acontecimento foi motivo da condenação do Brasil perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos³⁰ em decorrência de sua negligência e omissão quanto ao caso concreto de Maria da Penha Maia Fernandes, que após sofrer duas

28 VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. Dossiê Temático. Revista Rio de Janeiro, n. 12, jan-abril 2004.

29 CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha, 2014.

30 Caso n. 12.051/Organização dos Estados Americanos. Link para download da decisão em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf > Acesso em 27/07/2016.

tentativas de homicídio com autoria do seu então esposo, aguardou por aproximadamente 15 anos a condenação do mesmo no processo instaurado, contudo sem nada acontecer, estando o acusado em liberdade durante todo o decorrer do tempo.

Maria da Penha procurou então órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos como o Comitê Latino-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM), que juntamente com a vítima, peticionaram contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que responsabilizou o País por omissão, ao não atender o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, que estabelecia o compromisso dos estados signatários (sendo o Brasil um deles). O artigo 7º dispunha³¹:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Como consequência da condenação, a OEA estabeleceu que o estado brasileiro deveria instituir-se de processos de reforma que tenham como objetivo evitar a omissão do estado quanto violência doméstica contra as mulheres, simplificando “os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo” como também estabelecer “formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera”³².

Desta forma, com fundamento no artigo 226 da Constituição Federal, no seu parágrafo 8º, sancionou-se a Lei 11.340 de 2006, chamada “Lei Maria da Penha” caracterizando um marco na luta das mulheres contra a violência doméstica e na participação feminista no processo legislativo.

Quanto a Lei 13.104 de 2015, a Lei do Femicídio, a mesma criou uma nova qualificadora

31 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Belém do Pará. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em: 22/04/2018.

32 GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha, Aspectos Criminológicos, de Política Criminal e do Procedimento Penal. Salvador: Jus Podium, 2007.

para o tipo penal homicídio, com o objetivo de combater a violência resultante em morte contra as mulheres, em função de questões relacionadas ao gênero feminino. A vida das mulheres é o bem jurídico protegido pelo crime do feminicídio, que procura punir quem cometer homicídio “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Difere-se do homicídio em sua forma simples, uma vez que possui motivação diferenciada e desta forma demanda uma proteção também diferenciada, com base na estrutura da igualdade material (tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade) que permeia o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, assim como a Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio tem o objetivo de transformar o direito, aperfeiçoando a norma penal para que seja capaz de garantir os direitos humanos fundamentais e os direitos das mulheres.

2.3 Saúde das Mulheres

Quanto a saúde, a Constituição Federal prevê em seu artigo 226, parágrafo 7º que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao estado brasileiro proporcionar os recursos necessários para o exercício da liberdade do casal, vedando qualquer forma coercitiva por parte das instituições públicas ou privadas.

Tal artigo foi regulamentado pela Lei 9.263 de 1996 que destacou, entre outros tópicos, ações básicas a serem garantidas pelo sistema único de saúde brasileira, a exemplo da assistência a concepção e a contracepção, atendimento pré-natal e assistência ao parto.

A constituição federal prevê também a proteção à maternidade como um direito social, estando previsto em seu artigo 6º. Como decorrência desta previsão, tem-se a Lei 11.108 de 2005, que prevê a humanização do parto, garantindo às parturientes o direito a presença de acompanhante durante o trabalho de parto do âmbito do sistema único de saúde.

Quanto ao aborto, a legislação brasileira ainda caminha a passos curtos para a entendimento de que apenas a própria mulher pode versar sobre a liberdade do seu corpo. Quando da promulgação da Constituição Federal, o aborto apenas era permitido nos casos em que houvesse risco à vida da mãe causado pela gravidez, ou quando a gravidez fosse resultado de um estupro.

Porém, o ano de 2012 ficou marcado pela histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, ao declarar que o aborto no caso de feto anencéfalo não é proibido. O julgamento foi precedido da luta feminista, a exemplo das militantes Debora Diniz e Eliane Brum que realizaram o documentário chamado “Uma História Severina”, responsável por retratar o sofrimento de uma mãe pernambucana na busca para a permissão judicial de realizar o aborto de seu feto anencéfalo, acompanhando toda a gestação do seu feto incompatível com a vida, e o

posterior parto de um filho que nunca chegou a vida. Apesar da demanda pelo direito ao aborto ser uma luta antiga do movimento feminista, o avanço é fortemente combatido pela população conservadora e representada pelas bancadas evangélicas do senado federal.

2.4 As Mulheres e o Trabalho

As lutas feministas em relação ao trabalho evocam a necessidade de uma mudança primeiramente cultural. A desigualdade no ambiente de trabalho se inicia antes mesmo de as mulheres entrarem para o mercado de trabalho. Dentro de casa, é obrigação da mulher manter a ordem e a gerenciar, sendo responsável pelos afazeres domésticos, pela criação dos filhos e por prover o alimento dos demais integrantes da família.

Desde pequenas as meninas são ensinadas a serem donas de casas, enquanto aos meninos cabe o papel de prover o sustento. A realidade se alterou e hoje a responsabilidade pelo dinheiro que mantém a família é compartilhada por homens e mulheres, na maioria das vezes. Porém, ainda cabe exclusivamente a mulher o papel de dona de casa.

Porém, a jornada dupla de trabalho exercida pela mulher não parece ter surtido efeito contrário ao subjulgamento das mulheres em relação a sua capacidade laboral. No Brasil, as mulheres ainda são consideradas menos aptas aos cargos de liderança quando comparadas aos homens e menos produtivas, sob a justificativa de exercerem a maternidade.

Apesar de desde 1995, a Lei 9.029 proibir “a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”, a realidade não obedece a norma. O desemprego da mulher mãe é uma constante, assim como a maternidade sendo um critério para diminuição da remuneração feminina³³.

No âmbito do mercado de trabalho, a Constituição Federal inovou ao assegurar as mulheres o direito a licença maternidade pelo período de 120 dias, sem prejuízo do salário e do emprego percebido. Criou a licença paternidade, que apesar de sua duração mínima (5 dias), é um marco na busca pela liberdade da mulher e na noção de que cabe aos pais a responsabilidade da criação dos filhos, não sendo um papel exclusivamente feminino.

Dispõe também sobre a proibição da dispensa arbitrária da empregada gestante, que tem duração desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Em 2002, uma importante alteração ocorreu no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, estendendo as mães adotivas o direito a licença maternidade e ao salário-maternidade.

33 MARTINS, Thays. Mercado de Trabalho Fecha Portas Para Gravidas e Mães Com Filhos Pequenos. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2018/03/04/tf_carreira_interna,663783/mercado-de-trabalho-fecha-portas-para-gravidas-e-maes-com-filhos-peque.shtml> Acesso em: 02/06/2017.

Apesar de garantir a proteção da mulher no mercado de trabalho, o direito brasileiro ainda caminha a passos curtos quanto a efetiva igualdade entre mulheres e homens no âmbito trabalhista. A promoção da educação e o incentivo à cultura são ferramentas de extrema importância para a atuação contra a desigualdade de gênero, uma vez que a legislação acompanha os estigmas de seus criadores e executores, e desta forma, a mudança do Brasil enquanto sociedade é sem dúvidas o único caminho para a mudança do direito brasileiro.

III – ATUAÇÃO FEMINISTA PÓS-CONSTITUINTE

O estudo realizado pelo CFEMEA posiciona-se como um norte para o atuar do poder público, sendo uma ferramenta de orientação para os gestores que criam, implantam e exercem as políticas públicas no Brasil, como também uma referência para os estudos sobre os direitos das mulheres no Brasil.

Da breve exposição quanto a evolução legislativa dos direitos das mulheres pós CF/88 se pode concluir que, apesar de lenta, a evolução é perceptível, apesar de não ser capaz de atender a todas as demandas femininas, e acompanhar a complexidade das questões de gênero. Nas palavras de Iáris Ramalho Cortês³⁴:

Faltam garantias maiores para o cumprimento das leis existentes, tais como políticas que facilitem a participação das mulheres na vida pública, equipamentos sociais (creches, escolas, serviços de saúde) que traduzam a valorização social da maternidade (e da responsabilidade paterna) e meios para uma maior conscientização da população a respeito da violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral que tem como alvo as mulheres.

Pode-se perceber que, numa sociedade ainda muito caracterizada por seu conservadorismo, as medidas legislativas – sendo algumas delas até coercitivas – criadas para incentivar a igualdade de gênero não são suficientes para de forma solitária, alcançarem este objetivo. A adoção voluntária das pautas de gênero é imprescindível.

Assim, outros meios devem ser adotados para a efetivação da garantia constitucional da igualdade. A teoria feminista do direito apresenta-se como um destes meios, sendo uma ferramenta que visa romper com visão do ser universal masculino, entendendo necessária a inclusão da mulher no pensar social que permeia as instituições que regem a sociedade. Ela tem como propósito analisar de forma crítica a relação estabelecida entre o direito e a posição social de subordinação ocupada pelos sujeitos de direito em razão de seu gênero³⁵, identificando os princípios norteadores das lutas feministas que devem ser contemplados pela lei, orientando não apenas a criação legislativa, como também a interpretação das normas existentes e a aplicação das mesmas. Assim, a

34 PEDRO, Joana Maria. Nova História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012.

35 SANTOS, Marina França. Teorias Feministas do Direito: Contribuições a Uma Visão Crítica do Direito. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, 2015.

análise do direito sob a perspectiva da teoria feminista, significa entendê-lo sob a égide das experiências e dos interesses das mulheres.

A inserção do sujeito como essência do direito civil – e como consequência do próprio ordenamento jurídico brasileiro como um todo –, proporcionada pela promulgação do código civil de 1916 causou reflexos importantes no *modus operandi* da política brasileira. Sendo o sujeito de direito, definido a imagem do narrador universal (homem, branco, heterossexual, classe média) o destinatário do atuar político e legislativo, aos demais grupos sociais, intitulados de “minorias” resta uma preocupante falta de representatividade.

Uma vez que o “sujeito de direito” e o “homem médio”, termos frequentemente utilizados na teoria jurídica para retratar o destinatário da proteção que emana das normas jurídicas e o parâmetro referencial de conduta e saber deste destinatário, ainda refletem essencialmente o homem, ainda hoje, “ser mulher é um atributo pessoal ao qual apenas algumas leis atribuem relevância jurídica”³⁶. Como consequência, o direito não tem como objetivo a proteção integral dos direitos femininos, uma vez que os mesmos são classificados como excepcionais.

Desta forma, neste momento pós-constituente, percebe-se necessária a ruptura com o pensar legislativo que prioriza o homem em detrimento da mulher, como também uma crítica a dualidade entre os ambientes público e privados na sociedade brasileira. Os costumes e princípios estabelecidos no ambiente íntimo de convivência humana em muito contribuem com a banalização da violência contra a mulher e outros estigmas machistas e desta forma, entende-se necessária uma intervenção mais significativa do estado.

Se outrora as demandas femininas pontuavam a discriminação na concessão de direitos básicos como a educação, hoje a luta é muito mais complexa. Na medida em que o movimento feminista foi alcançando espaço nos segmentos sociais, a dinâmica entre a sociedade patriarcal e as mulheres foi se modificando. E assim, hoje, superadas – de certa forma – as pautas iniciais, as mulheres brasileiras encontram na crise de representatividade um empecilho a evolução. O exercício da cidadania feminina não mais se contém com o sufrágio, o momento é de representação direta.

Desta maneira, para que o estado passe a ter uma atuação que realmente combata o sistema patriarcal, a ocupação das mulheres – de maneira a positivarem e implementarem suas próprias demandas – é possivelmente, a alternativa que mais se aproxima de uma solução. Muito mais do que a possibilidade de um diálogo entre o poder público brasileiro e suas cidadãs, entende-se a necessidade de que o poder público passe a compreender também as mulheres, como ocupantes de

36 DAHL. Tove Stang. *Direito das Mulheres – Uma Introdução a Teoria Feminista do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1998.

cargos políticos, atuantes do poder judiciário e das demais esferas.

Ferramentas como a construção de espaços de fala e de visibilidade feminina são fundamentais para o alcance destes feitos. A luta feminista necessita de espaços para além de se propagar, romper com diversos estigmas a ela inseridos pela desinformação e atuação de grupos conservadores que, entendendo o feminismo como uma ameaça, propagam falácias sobre o movimento.

Nas palavras de Flávia Biroli³⁷, “o feminismo se realiza na autotransformação no cotidiano”. Desta maneira, a luta pela equidade de gênero não possui fronteiras. Os campos nos quais os movimentos feministas devem atuar para combater o patriarcado são ilimitados. Porém, não restam dúvidas quanto a capacidade do feminismo de influenciar as relações sociais e institucionais e agir de maneira concreta na mudança do pensamento social. É o que se tem feito há muito tempo.

REFERÊNCIAS

SCOTT, Joan. História das Mulheres. In: Peter Burke. (Org.). *A Escrita da História: Novas Perspectivas*. São Paulo: Ed. UNESP, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

FIRESTONE, Shulamith. *A dialética do sexo: Um Estudo da Revolução Feminista (1976)*, Editora Labor do BRASIL.

MUNIZ, D. C. G. Meninos e Meninas na Escola: A Modelagem das Diferenças. *Textos de História Dossiê Feminismos Teorias e Perspectivas*, Brasília, v. 8, n.1/2, p. 189-218, 2001.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, Sexualidade e Educação*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 20.

CASTELLO BRANCO, Lúcia; BRANDÃO, Ruth Silviano. *A mulher escrita*. Rio de Janeiro: Casa-Maria; LTC, 1989.

PERROT, Michelle. Práticas da Memória Feminina. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 9, nº 18, ago.89.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

BARRETO, Maria do Perpétuo Socorro Leite. Patriarcalismo e o feminismo: uma retrospectiva histórica. *Revista Ártemis*, v. 1, p. 64-73, dez 2004.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. São Paulo; Ed. Paz e Terra, 1988.

GUERRA, Luiz Antônio. *Contrato Social*. Disponível em:

37 BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política em Tempos de Retrocesso*. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/06/23/feminismo-e-politica-em-tempos-de-retrocessos/>> Acesso em: 22/04/2018.

<<https://www.infoescola.com/filosofia/contrato-social/>> Acesso em: 31/05/2018.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

SAU, V. Un Diccionario Ideológico Feminista, 1ª Ed: Barcelona: Icaria, 1981.

BESSA, Alexandra. Introdução ao Feminismo. Disponível em:

<<http://ateologiafeminista.blogspot.com.br/2010/11/introducao-ao-feminismo.html>> Acesso em: 20/04/2018.

DAHL, Tove Stang. Direito das Mulheres – Uma Introdução a Teoria Feminista do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1998.

COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecília Maria B. O Feminismo do Brasil: Reflexões Teóricas e Perspectivas. Salvador: UFBA / Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher, 2008.

SILVA, Salete Maria da. O Legado Jus-Político do Lobby do Batom Vinte Anos Depois: A Participação das Mulheres na Elaboração da Constituição Federal. XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária “20 anos de Constituição. Parabéns! Por quê?” 2008, p. 05.

FLORESTA, Nísia. Direitos das mulheres e injustiça dos homens. São Paulo: Editora Cortez, 1989.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil, 1ª Ed: São Paulo, Editora Brasiliense, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 23/05/2018.

Centro Feminista de Estudos e Assessoria. Movimento de Mulheres no Lobby do Batom.

Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/plataforma25anos/_anos/1987.php?iframe=movimento_mulher_lobby_do_batom> Acesso em: 15/03/2018.

SILVA, Salete Maria da. A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Salvador, 2012. Tese de Doutorado em Direito.

DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. Disponível em . Acesso: 05 de abril de 2018.

VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. Dossiê Temático. Revista Rio de Janeiro, n. 12, jan-abril 2004.

CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha, 2014.

Caso n. 12.051/Organização dos Estados Americanos. Link para download da decisão em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf> Acesso em 27/07/2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Belém do Pará. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em: 22/04/2018.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha, Aspectos Criminológicos, de Política Criminal e do Procedimento Penal. Salvador: Jus Podium, 2007.

MARTINS, Thays. Mercado de Trabalho Fecha Portas Para Gravidas e Mães Com Filhos Pequenos. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2018/03/04/tf_carreira_interna,663783/mercado-de-trabalho-fecha-portas-para-gravidas-e-maes-com-filhos-peque.shtml> Acesso em: 02/06/2017.

PEDRO, Joana Maria. Nova História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012.

SANTOS, Marina França. Teorias Feministas do Direito: Contribuições a Uma Visão Crítica do Direito. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, 2015.

DAHL. Tove Stang. Direito das Mulheres – Uma Introdução a Teoria Feminista do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1998.

BIROLI, Flávia. Feminismo e Política em Tempos de Retrocesso. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/06/23/feminismo-e-politica-em-tempos-de-retrocessos/>> Acesso em: 22/04/2018.

A CONSTRUÇÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO, EM ESPECIAL NO DIREITO DE DANOS

Vitor Ottoboni PAVAN¹

RESUMO

O presente artigo visa a uma análise crítica historiográfica da construção da cultura jurídica no Brasil, desde a época do império até o período contemporâneo considerando os elementos que colaboraram para a formação do pensamento jurídico brasileiro e sua influência para o Direito Privado, assim compreendido o ramo do Direito que estuda as relações entre particulares. O enfoque se dará quanto ao Direito de Danos, isto é, a seara jurídica que se dedica à análise dos danos causados pelos indivíduos enquanto conviventes em sociedade e o tratamento que o Direito deve despender a estes, tanto do ponto de vista da reparação/compensação quanto da prevenção. O presente artigo foi desenvolvido através do método dedutivo, sendo que as premissas serão a cultura jurídica brasileira em geral e o estado atual do Direito de Danos, para alcançar a conclusão no sentido de que toda a construção de uma cultura jurídica patrimonialista e oligárquica impediu que o Direito de Danos assumisse um papel mais efusivo de prevenção e de combate à exclusão social, em especial no direito do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito; Responsabilidade civil; Patrimonialismo; Indenização.

ABSTRACT

This article seek to a critics historiographical analysis of legal culture develop in Brazil, since the empire age to the contemporary period considering the elements that collaborated to the formation of Brazilian legal thought and its influence to Private Law, as the part of Law that studies the relations between individuals. The focus would be at Tort Law, it is the section of Law devoted to analyze the damages caused by people living in society and the answer Law should give, both compensation and prevention. This article has been developed by deductive method, considering as premises the Brazilian legal culture in general e the current status of Tort Law, to reach the conclusion in the sense that the construction of a patrimonialist and oligarchic legal culture has prevented Tort Law to play a more significant role in prevent and combat of social exclusion, especially in consumer's law.

KEY WORDS: Histroy of Law; Tort Law; Patrimonialism; Indemnity.

1. A FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E O PENSAMENTO JURÍDICO NO DIREITO PRIVADO

O Direito se acostumou a utilizar-se das abordagens históricas como mera demonstração de "evolução" de um determinado instituto pinçado dentro da estrutura jurídico-dogmática, por vezes para fins de justificação do atual estado deste instituto, por vezes para demonstrar a inadequação dos posicionamentos anteriores frente aos desafios contemporâneos da sociedade.

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2015) e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Atualmente é sócio - Advocacia Empresarial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: boa - fé objetiva, contratos e responsabilidade civil.

Não raro os trabalhos acadêmicos trazem em seu bojo a "evolução histórica" do tema tratado, contudo sem considerar os aspectos políticos e sociais que circundavam o Direito no período escolhido para análise.

O pensamento jurídico, portanto, não pode ser reduzido à escolha de determinados fatos históricos de forma a justificar uma posição presente ou simplesmente demonstrar a transformação legislativa sobre o tema com o decorrer do tempo, sob pena de que este pensamento jurídico se reduza a um instrumento de dominação política - na primeira hipótese - ou a um mero acúmulo de normas relativamente ordenadas no presente. É preciso buscar na história subsídios que permitam explicar as escolhas legislativas e a própria construção do ordenamento, desprendendo-se da pura análise exegética da mutação legislativa. Como alerta Paolo Grossi, a ciência jurídica desvinculada do direito oficial revela o significado mais intenso do termo "direito", como mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, esta a força viva e criativa da história². Somente com a aliança entre a contextualização histórica, política e social e o direito legislado (ou não legislado) é que se poderá falar efetivamente em pensamento jurídico.

O pensamento jurídico é escrito sobre coisas mutáveis da histórias humana, nasce dos fatos e sobre estes volta-se com caráter de ordenar. A natureza complexa do pensamento jurídico compreende que "a dimensão especulativa se insere sempre na capilar vida cotidiana, que constitui uma espécie de ineliminável dimensão submersa." ³. Isto é, na análise do Direito sob um viés histórico há de se considerar as peculiaridades sociais e políticas de cada momento no espaço-tempo, e não proceder a uma análise estérea do contexto sociopolítico como comumente ocorre na dogmática jurídica.

A história do direito, nesse viés, tem como missão "problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo." ⁴. Assim, o estudioso do Direito deve analisar a história não só como passado, mas como presente, valendo-se da construção de uma cultura jurídica própria do ordenamento jurídico analisado e possibilitando, dessa forma, que o trabalho tome um rigor crítico desejável para a correta pesquisa de um instituto jurídico determinado.

Nesse aspecto, analisar o Direito Privado no Brasil demanda uma compreensão macro da construção de uma cultura jurídica marcada por conciliações entre correntes ideológicas nem sempre convergentes, em especial de um liberalismo seletivo e de um conservadorismo burocrático que permeou a história jurídica brasileira.

2 GROSSI, Paolo. Pensamento jurídico. In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ermani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

3 Ibidem. p. 144

4 HESPANHA, António Manuel. A história do direito na formação dos juristas. In: _____. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012, p. 21.

Na construção de nossa cultura jurídica, e por que não de nosso pensamento jurídico, ao mesmo tempo que o Brasil sofria com as influências do Direito Ocidental moderno e liberal, também estava ligado ao desejado conservadorismo burocrático inserido pela metrópole portuguesa, nesse sentido Wolkmer identifica que

No percurso de um longo processo de colonização portuguesa consolidou-se a singularidade de uma cultura jurídica que reproduziu historicamente as condições contraditórias da retórica formalista liberal e do conservadorismo de práticas burocrático-patrimonialistas. A dinâmica dessa junção resultou nos horizontes ideológicos de uma tradição legal - quer em suas ideias, quer em suas práticas normativas e em suas instituições - marcada por um perfil liberal-conservador⁵

A cultura jurídica brasileira, então, se desenvolveu marcada por esse dualismo conciliador, e em especial por um domínio de uma elite produzida para a dominação social, e não só pelos colonizadores, mas após isso pelos próprios brasileiros, o que se verifica pela parca e letárgica adaptação do direito privado à realidade social. Segundo Reinério Antonio Lérias "A realidade sócio-econômico-cultural colonial foi produto tanto das elites da metrópole, como daquelas aqui geradas"⁶. A cultura jurídica brasileira restou marcada por uma forte influência de uma oligarquia latifundiária e patriarcal, baseada essencialmente em um patrimonialismo exacerbado que se desencontrava da larga desigualdade e pluralidade que até os dias atuais impera na sociedade pátria.

O Direito brasileiro construiu-se voltado para um grupo de poucos, e essas circunstâncias reverberam no direito contemporâneo. As faculdades de Direito aqui criadas, em especial a paulista, voltou-se à continuação da formação de um bacharelismo, antes provindo de Coimbra, que aliado ao liberalismo da Europa ocidental "reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (...) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada"⁷. Esses bacharéis ocupavam altos cargos na administração pública, povoando os três poderes, e mantinham o projeto elitista por eles e para eles traçado.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, a conciliação entre a ideologia liberal e o conservadorismo burocrático impediu que ocorresse uma despatrimonialização do Estado Brasileiro, e, por consequência do Direito Brasileiro, tal qual conclui Adorno em sua obra, afastando do cenário político-social brasileiro ideais revolucionários que se manifestaram na Europa e nos Estados Unidos da América entre os séculos XVIII e XIX.⁸

Esse contexto reverberou no Direito Privado que se viu, durante o império pós-independência e no período anterior à Constituição Federal de 1988, extremamente influenciado

5 WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 121.

6 LÉRIAS, Reinério Antonio. In.: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov (org). **Direitos Fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 194.

7 WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.* p. 116.

8 ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 245.

pela "retórica liberal-individualista e com o formalismo discriminador das preceituações normativas que imperam sobre uma sociedade odiosamente estratificada e profundamente desigual" ⁹.

Assim como a cultura jurídica brasileira em geral, o Direito privado também se viu fundado em bases oligárquicas, latifundiárias, patriarcais e patrimonialistas, o que impediu, sobremaneira, o desenvolvimento de um Direito voltado para uma efetivação de direitos sociais e para a devida tutela dos vulneráveis por delongado período de tempo na tradição jurídico-privada brasileira.

A primeira manifestação brasileira no campo do Direito Privado deu-se com a edição do Código Comercial de 1850, o qual inspirava-se em princípios do liberalismo econômico e na ideia de codificação napoleônica ao buscar abarcar não só as transações mercantis, mas também aspectos da vida civil, de relações jurídico paritárias comuns, não especificamente comerciais. Durante o período pré republicano, houve no campo do Direito Civil a tentativa de Codificação legada a Teixeira de Freitas, que com rigor técnico e formal, elaborou um projeto amplo e que defendia a unificação do Direito Privado (Civil e Comercial), contudo, suas indesejadas disposições que afrontavam a elite escravista acabaram por enterrar o projeto do jurista baiano, que tornou-se, depois, influência para a codificação civil de diversos países latino americanos ¹⁰.

Somente com o advento da República foi que o direito civil brasileiro se viu dotado de uma codificação genuína. O projeto de Clóvis Beviláqua, ricamente debatido nas casas legislativas à época, acabou promulgado em 1916, permanecendo em vigor por quase cem anos até ser revogado pelo atual Código Civil.

O Código de 1916 trazia uma forte influência do direito germânico, em especial do Bürgerliches Gesetzbuch - BGB de 1896. Haviam entre o BGB e o Código Civil de 1916 confluências que se mostravam adequadas ao momento histórico e sociopolítico atravessado pelo Brasil na República Velha. O BGB era marcado por uma intensa valorização da propriedade privada como direito absoluto e da chamada "família tradicional", refletindo os interesses oligárquicos patrimonialistas e latifundiários da elite brasileira. A contextualização histórica realizada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior¹¹ nos mostra que o cenário político alemão no qual nasceu o BGB não diverge muito da cultura jurídica que se percebia no Brasil à época da elaboração de nosso primeiro Código Civil

É fundamental analisar o contexto histórico da elaboração do BGB, que tem como cenário a disputa entre grupos políticos alemães, especialmente os nacional-liberais (e os liberais-radicais); os defensores da aristocracia e o fortíssimo Partido do Centro (*Deutsche Zentrumspartei*, que durou até 1933), representante dos interesses políticos dos católicos

9 WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.* p. 140.

10 WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.* p. 140.

11 RODRIGES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, n. 1, p.79-155, dez. 2013. p. 83-84

nos territórios unificados. O *Zentrum* foi o grande opositor da nova codificação, com receio da política bismarckiana conhecida pela expressão *Kulturkampf* (Luta pela cultura), que pretendia subtrair o novo *Reich* alemão à influência da Igreja Católica. Uma legislação nacional sobre Direito de Família que não respeitasse as particularidades dos reinos católicos (Baviera, especialmente) integrantes do *Reich*, era considerada perigosa pelos partidários do *Zentrum*. Além disso, os Estados do Sul da Alemanha e a Saxônia temiam que o Código representasse um avanço da Prússia sobre suas competências legislativas. A vitória da dupla von Miquel e Lasker resultou de uma “fugaz combinação” de circunstâncias de difícil repetição, pois uniu forças absolutamente díspares como os conservadores e os liberais-radicais.

Havia na Alemanha, assim como no Brasil, uma necessidade de conciliação entre forças antagônicas, destacando-se como diferença um radicalismo no liberalismo alemão que não era visto no liberalismo brasileiro. Erigem como valores fundamentais da lei civil alemã a propriedade e a estrutura familiar tradicional, institutos caros a uma sociedade estratificada e patriarcal como a sociedade brasileira do início do século XX. Percebe-se assim os benefícios que a incorporação das influências alemãs ao Direito Privado brasileiro trouxe para aqueles que dominavam o cenário político da primeira República nacional. A eleição desses valores fundamentais impediu que o Direito brasileiro vivesse uma socialização mais aprofundada durante o século XX, o que só veio a acontecer, e ainda de forma comedida, com a Constituição Federal de 1988

E tal qual o BGB fora criticado na Alemanha por ser pouco democrático e pouco social¹², o Código Civil de 1916 também se aproximava mais de um perfil conservador de proteção das elites do que de uma agenda de inovações sociais relevantes. O Direito Privado brasileiro, assim, ignorava as relevantes e radicais transformações sociais que se operavam no início do Século XX, com o fim do escravismo, o início do desenvolvimento de uma indústria manufatureira nacional e a transferência do centro de poder do país, de forma que os juristas pátrios "não levaram em conta as necessidades reais e nem sempre conseguiram visualizar corretamente a diversidade e a particularidade das condições brasileiras"¹³.

Assim, o Direito Privado brasileiro, tal qual sua cultura jurídica de modo geral, construiu-se sobre bases de uma sociedade estratificada, oligárquica, fundada na relevância do patrimônio (propriedade privada) e de uma família igualmente estratificada centrada na figura do patriarca. No transcorrer do século XX, juntamente da letargia legislativa que se verificou no Direito Civil, essa característica levou a um direito inoperante, inócuo, que não se prestava a atender satisfatoriamente às novas demandas sociais. E mesmo a codificação civil de 2002 mostrou-se tímida frente às revoluções sociais verificadas no último quarto de século. Para Wolkmer o Direito Privado contemporâneo guarda os caracteres do individualismo burguês importado da cultura europeia ocidental moderna de matriz romano-germânica e do conservadorismo burocrático-patrimonialista

12 RODRIGES JÚNIOR, Otávio Luiz. *op. cit.* p. 79.

13 WOLKMER, Antonio Carlos. *op cit.* p. 144.

transposto da época colonial, o que "apenas têm favorecido a garantia e a proteção dos bens patrimoniais, deixando de contemplar e resolver os conflitos sociais de massa e as crescentes demandas transindividuais" ¹⁴.

O fato é que mesmo as conquistas mais recentes no âmbito do Direito Privado se deram, principalmente no que diz respeito aos direitos de família e da personalidade, mais por uma atuação proativa da jurisprudência, como nos casos de reconhecimento da proteção jurídica às uniões homoafetivas, à possibilidade da multiparentalidade, e mais recentemente da possibilidade de alteração do nome civil sem a realização da cirurgia de redesignação de sexo. Contudo, no que diz respeito à responsabilidade civil e ao Direito de Danos a jurisprudência ainda vacila, é reticente à inserção de novas modalidades de danos e talvez se apresente como uma das áreas do Direito onde o patrimonialismo ainda impera, mesmo com o reconhecimento da indenização por danos extrapatrimoniais.

A reverberação da formação da cultura jurídica brasileira na contemporaneidade se revela na pouca efetividade que o Direito de Danos, inserido no Direito Privado, tem apresentado na proteção dos vulneráveis no mercado de consumo massificado. O direito continua afigurando-se mais como um instrumento de dominação para uma parca parcela do grande empresariado brasileiro, que se vale de uma predisposição de nosso pensamento jurídico à proteção absoluta do patrimônio para lesar direitos e manter sua posição dominante na sociedade.

Daí a relevância de compreender a construção histórica, social e política de nosso Direito Privado, de forma a analisar criticamente o *status quo* e propor soluções que efetivamente atendam à realidade de uma sociedade brasileira contemporânea massificada, plural e desigual.

2. AS INFLUÊNCIAS DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA PARA O DIREITO DE DANOS

A cultura jurídica brasileira se fundamentou em seu percurso histórico na conciliação entre um liberalismo seletivo e um conservadorismo burocrático, que, na verdade, foram ideologias difundidas em diferentes parcelas de um único estrato social, a elite oligárquica, latifundiária e patriarcal, aliada ao bacharelismo que marcou a formação política do país no período pré republicano. No Direito Privado, em especial no Direito Civil representado no Código de 1916, segundo Eduardo Cambi e Fogaça¹⁵

[...] a liberdade conquistada pelos liberais, que deveria libertar toda a coletividade dos abusos impostos pelo poder soberano do Estado Absolutista, foi utilizada pelos detentores do poder negocial para a exploração da liberdade contratual em desfavor dos contratantes

14 *Ibid.* p. 150.

15 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 65, n. 1, p.13-35, jan. 2015. p. 16.

As influências desse cenário no Direito Privado puderam ser sentidas com um extremo patrimonialismo, uma proteção da propriedade privada como direito absoluto que perdurou por décadas, sendo relativizada de forma mais profunda somente com a Constituição Federal de 1988 e posteriormente, e ainda de forma incipiente, com o Código Civil de 2002.

No âmbito do direito de danos o patrimonialismo e o controle oligárquico do Direito também se fizeram sentir. A existência de lesões extrapatrimoniais foi ignorada pelo Direito brasileiro por muito tempo. A importância do patrimônio para a cultura jurídica brasileira era tamanha que para se definir o dano moral a doutrina utilizou-se de um raciocínio de exclusão, a chamada escola negativista, isto é "quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença do dano moral"¹⁶, ou seja, o Direito de Danos sequer via no homem um "bem jurídico" digno de ser tutelado, praticamente o tutelava como extensão de seu patrimônio, e considerava a lesão moral como aquela que fosse extrapatrimonial, que atingisse o patrimônio do ofendido. Assim, a tradição patrimonialista do Direito Privado brasileiro reverberou na caracterização do dano moral e na dificuldade de sua tutela jurídica até meados da década de 1980. Como denunciou José de Aguiar Dias em aula proferida no Curso de Especialização em Direito da Universidade Estadual de Maringá no final da década de 1980 "No Brasil ainda não venceu a doutrina da reparabilidade do dano moral. O Brasil, em geral, é tímido para a aceitação das idéias mais ou menos ousadas, (...)"¹⁷. Esta timidez também se faz sentir no Direito de Danos.

O dano moral deve ser entendido como aquela lesão injustamente causada na personalidade de outrem, ao revés da tradição jurídica nacional patrimonialista que o entendeu por muito tempo como aquele que não fosse patrimonial, nitidamente colocando como centro da tutela do Direito Privado o patrimônio e não a pessoa. José de Aguiar Dias asseverou que "O dano moral é aquele que incide em bens puramente morais, como (...) tudo o que se passa no plano da alma e não no plano do patrimônio"¹⁸. Um dos primeiros passos para a repersonalização das relações jurídico civis foi justamente a aceitação da possibilidade de indenizar as lesões morais, visto que agora era a pessoa o centro das atenções do Direito e não mais o patrimônio, mas isso durou pouco.

Contudo um outro olhar permite perceber, também, a influência do patrimonialismo para o ofensor. Com a aceitação ampla da possibilidade de indenização das lesões morais a partir da década de 1980, o remédio encontrado para a compensação desse dano foi a imposição de condenação de pagamento em pecúnia¹⁹, ou seja, passou-se a conferir à lesão infligida à

16 CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1980. p. 9.

17 DIAS, José de Aguiar. **Aulas de responsabilidade civil**: curso de especialização. Maringá: UEM, 1986. p. 4.

18 *Idem*.

19 SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In.: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 331

personalidade do ser humano um preço, um valor que servisse como uma compensação pelo dano causado, já que a recomposição do *status quo*, nas lesões extrapatrimoniais, a princípio é inviável ²⁰. Ocorre que o Direito Brasileiro, mostrou-se muito mais preocupado com evitar o enriquecimento sem causa da vítima do que com efetivamente compensar o dano e desestimular a conduta injusta por parte do ofensor, tal qual observou Rogério Donnini: “Tem sido constante a preocupação, por ocasião da fixação dos danos morais, nessas condições, com o enriquecimento sem causa do lesado, na hipótese de arbitramento da indenização em valores elevados”²¹.

A cultura jurídica brasileira, portanto, fez com que a relevância da conquista da indenização por danos morais no Direito Privado acabasse solapada pelo temor dos tribunais em enriquecer a vítima e criar uma indústria de indenizações, o que, na verdade, acabou levando a uma redução dos valores das indenizações por danos morais a quantias ínfimas quando leva-se em conta o potencial econômico dos maiores agentes delitivos deste "mercado lucrativo" das lesões morais. Nesse sentido é a crítica de Anderson Schreiber, que fundamentando sua opção pela defesa da reparação não pecuniária dos danos morais, aduz que

Em primeiro lugar, a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário para a reparação dos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o 'preço' correspondente. Assim, em uma construção mesquinha, mas rigorosamente lógica, concluir-se-ia que, se a consequência do dano moral é apenas uma indenização em dinheiro, quem tem patrimônio suficiente a arcar com a indenização pode causar dano moral à vontade. ²²

Conquanto entenda-se que unicamente a reparação não pecuniária mostra-se incipiente para a prevenção de novos danos na responsabilidade civil, é certo que a proteção conferida ao patrimônio do ofensor pelos tribunais juntamente do temor de enriquecimento sem causa do ofendido leva a um aviltamento das indenizações por danos morais que acaba por tornar a prática lesiva um negócio lucrativo ²³.

Na contemporaneidade há a necessidade de se superar o paradigma patrimonial da cultura jurídica brasileira, de forma a recolocar da pessoa humana no centro das atenções do Direito Privado, visto que o paradigma liberal da realização da pessoa através do patrimônio não mais coaduna com a função de efetividade dos direitos fundamentais e dos conceitos constitucionais que se espera do Direito. É necessário "repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário" ²⁴. Há de se passar da visão liberal e

20 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (v.4: Responsabilidade Civil). p. 40.

21 DONNINI, Rogério. Indenização e lesão ou ofensa à saúde. In: MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 673.

22 SCHREIBER, Anderson. *op. cit.* p. 332.

23 FORTES, Pedro Rubim Jorge. The Phenomenon of Lucrative Illegality. **Journal Of The Oxford Centre For Socio-legal Studies**, Oxford, issue 1. 2015. Disponível em: <<https://joxcscls.com/2015/10/12/issue-no-1/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

24 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

individualista que regeu o Direito Privado Brasileiro nos séculos XIX e XX para uma visão voltada e centrada na pessoa humana, para a realização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

No Direito de Danos impõe-se colocar a proteção da personalidade dos seres humanos integrantes da sociedade acima da proteção do patrimônio. O que a cultura jurídica patrimonialista, de influência liberal-conservadora e de controle oligárquico brasileiro impediu deve ser exponenciado a partir deste momento.

Não se defende um total esquecimento de toda a tradição jurídica brasileira, até porque, o direito privado frequentemente apresenta-se, como defende Cesare Vivante, "distinto e separado em dois sistemas diversos; de um lado o sistema do direito tradicional, de outro lado um sistema equitativo mais sensível às novas exigências que vêm se apresentando" ²⁵. Isto é, o direito tradicional, um dos sistemas, deve servir de base à análise crítica do acadêmico e as novas construções doutrinárias e jurisprudenciais, o outro sistema, que se dará não somente no âmbito da dogmática, mas também a partir de estudos fundados nas chamadas disciplinas zetéticas, tal qual a história.

O fato é que o Direito de Danos no Brasil mesmo com a repersonalização do Direito Civil e as influências das correntes neoconstitucionalistas e neopositivistas ainda se mostra demasiado preso à cultura jurídica que se formou no país no século XIX, qual seja, a de proteção ao patrimônio e às classes dominantes. Com as ressalvas necessárias, já que há casos em que é cabível a sua aplicação, a teoria do mero aborrecimento tem se mostrado como um impeditivo à real compensação de danos morais causados a consumidores e, mais importante, à necessária punição a fornecedores de produtos e serviços com reiterada prática ilícita. A jurisprudência encontra no mero aborrecimento e na vedação ao enriquecimento sem causa barreiras para deixar de efetivamente proteger a dignidade do consumidor frente às continuadas lesões causadas por grandes fornecedores.

O fenômeno da ilicitude lucrativa confirma a opinião de Schreiber acima exposta, de que a patrimonialização do dano tornou-o previsível e absorvível pelos grandes fornecedores, que consideram as lesões morais causadas a consumidores como um custo que, ao final, é repassado aos mesmos consumidores lesados. Da mesma forma o patrimonialismo se apresenta em reflexo oposto. Dado o baixo valor que as indenizações acabaram por assumir nos casos de lesões a direitos da personalidade de consumidores, principalmente em razão do receio dos tribunais em "enriquecer sem causa" o lesado, a pretensa função punitiva, pedagógica ou preventiva acabou por se perder. O abandono patrimonialismo importa não só em valer-se de alternativas à monetarização do dano

25 ASCARELLI, Tullio. **Panorama de Direito Comercial**. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 1.

moral em sua reparação, mas também em ao arbitrar o valor da indenização deixar de lado a excessiva proteção ao patrimônio dos grandes conglomerados econômicos, que racionalizam a lesão aos pequenos e frágeis consumidores como meio de lucro, para passar a buscar a efetiva compensação dos danos extrapatrimoniais e determinar um valor que realmente represente um alerta para o praticante de ilícitos, que concretamente o leve a deixar de lesar, e não a lesar mais como um meio de ganhar dinheiro.

Pode-se dizer que a atual política judiciária no Direito de Danos no Brasil hoje mais contribuiu para o aumento da exclusão dos consumidores da proteção que lhes é devida do que para a inclusão destes em um mercado justo (*fair trade*) e equilibrado. Assim, a compreensão de nossas bases históricas, do pensamento jurídico que foi construído no Brasil desde o império é importante para justamente superá-lo, pois muito do que foi defendido e erigido entre o império e a República Velha ainda reverbera em nosso Direito contemporâneo.

É necessário, assim como ocorreu no Direito de Família, que a jurisprudência atue proativamente, dentro dos limites que o próprio Direito lhe impõe, mas que tenha uma posição de defesa dos excluídos e dos hipossuficientes, e não de preocupação com o patrimônio de empresas que lesam em série os consumidores, como se quinze ou vinte mil reais fossem valores que efetivamente representassem um enriquecimento sem causa. Essa tese há de ser rebatida, pois no arbitramento da indenização em danos extrapatrimoniais há uma causa jurídica subjacente que justifica ao lesado receber a quantia que lhe foi deferida, qual seja o dano que lhe foi infligido por outrem. Não se trata de um prêmio, como durante boa parte das duas primeiras décadas da redemocratização a doutrina preocupada com a indústria do dano moral defendeu, mas de um justo valor destinado tanto a compensar o ofendido quanto a desestimular o ofensor.

Em um contexto social político contemporâneo marcado pela massificação das relações sociais e de uma manutenção das relações de desigualdade, sem vistas de uma redução de controle do capital por grandes conglomerados econômicos, o Direito de Danos deve assumir uma função protetiva da personalidade da pessoa, agindo de forma preventiva ao dano, e não somente impondo condenações ínfimas e isoladas que nada representam para os grandes ofensores. De acordo com a agenda do Direito Privado contemporâneo, caberá ao Direito de Danos superar o paradigma patrimonial para que se admita, no âmbito dos grandes praticantes de ilícitos, pesadas condenações pecuniárias que efetivamente representem desestímulos à continuação da prática delitiva.

O rompimento com a tradição jurídica patrimonialista parece ser contraditório à esta solução, contudo o que se apresenta atualmente é que a cultura jurídica construída no Brasil no âmbito do Direito Privado durante os séculos XIX e XX representou uma proteção para o patrimônio das elites, o que deve ser quebrado por um direito de danos constitucionalizado,

repersonalizado, e livre das amarras liberais que influenciaram o Direito Privado brasileiro nos últimos séculos.

Esta cultura ainda se mostra muito presente no Direito nacional, a justificativa da vedação ao enriquecimento sem causa para manutenção de valores baixos nas indenizações por danos morais, por exemplo, é, na verdade, uma velada proteção ao patrimônio dos ofensores.

Exemplo recente foi o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de Recurso Especial²⁶ onde o Banco Itaú S.A. pleiteava a redução de uma condenação por danos morais coletivos, decorrentes do incentivo dos consumidores aos superendividamento, lesando uma coletividade indeterminada de pessoas em plena época de crise econômica e desemprego, agravando um desequilíbrio econômico e social que já é agudo em nossa sociedade. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou procedente a demanda, condenando o Banco Itaú S.A. ao pagamento de indenização no valor de R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais). O STJ, entretanto, acabou por reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). O valor arbitrado pelo STJ, data vênia, não representa desestímulo algum para uma instituição como o Banco Itaú S.A. que teve lucro líquido em 2017 de vinte e quatro bilhões de reais²⁷, e é, na verdade, reflexo do temor da jurisprudência em elevar os patamares das indenizações por danos extrapatrimoniais no Brasil sob o pretexto de evitar o enriquecimento sem causa do lesado, de evitar o estímulo a uma indústria de indenizações e que, na verdade, é uma proteção ao lesador.

O foco do Direito de Danos deve ser a preservação dos direitos da personalidade, a proteção dos segmentos sociais desfavorecidos e vulneráveis, e não a preocupação com o patrimônio de fornecedores que reiteradamente lesam aqueles que adquirem os seus produtos e serviços e que acabam, por fim, repassando aos próprios consumidores as consequências de seus ilícitos.

As influências da cultura jurídica construída no Brasil nos últimos séculos para o Direito Privado ainda são perceptíveis, e não poderia ser diferente, contudo cabe analisar criticamente os efeitos dessa influência de forma a adequar os institutos jurídicos à realidade social e econômica contemporânea. As crenças jurídicas e mesmo o pensamento jurídico construído nos últimos dois séculos carregam características de uma sociedade brasileira patriarcal, oligárquica e

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1712504. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de abril de 2018. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81904468&num_registro=201702526234&data=20180614&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2018.

27 G1. **Lucro do Itaú cresce 10% em 2017 e atinge R\$ 24 bilhões**: Resultado do banco bateu R\$ 24 bilhões, puxado por redução de despesas com provisão para crédito de liquidação duvidosa. 2017. Elaborada por Karina Trevizan. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/itau-fecha-2017-com-crescimento-de-mais-de-10-no-lucro.ghtml>>. Acesso em: 05 fev. 2018

patrimonialista, que não mais coadunam com o atual estado da sociedade, que é marcadamente pluralista e desigual.

A compreensão das bases históricas de nossa cultura jurídica, principalmente no que tange ao Direito de Danos, é essencial para uma reconstrução condizente com as necessidades e características da sociedade contemporânea. O centro de preocupação Direito deve voltar-se para a proteção integral das pessoas, colocando-se acima de qualquer proteção patrimonial.

CONCLUSÃO

O Direito Privado brasileiro construiu-se durante os últimos dois séculos assentado em uma cultura jurídica dominada ao mesmo tempo por influências liberais do direito moderno ocidental, contudo limitadas pela elite dominante do pensamento jurídico, e por um conservadorismo burocrático legado pelo período colonial que instituíram o Direito em bases oligárquicas, elitistas, latifundiárias, patrimonialistas e patriarcais.

As influências dessa cultura jurídica foram também sentidas no Direito de Danos, principalmente na letargia em reconhecer a possibilidade de indenização das lesões causadas à personalidade do indivíduo e, posteriormente, à exacerbada proteção ao patrimônio do ofensor e da estranha preocupação com o aumento patrimonial do ofendido moralmente.

Na agenda do Direito Privado contemporâneo o Direito de Danos mostra-se como importante ferramenta para a virada de paradigma ocasionada pela repersonalização das relações civis, onde o dogma liberal do patrimônio é substituído pela pessoa humana na centralidade do Direito Privado. Diante disso, a preocupação deve ser com a proteção da personalidade e dos princípios constitucionais e direitos fundamentais e não com o patrimônio do ofensor ou ofendido, meros anexos à pessoa que, por mais que não sejam irrelevantes, não devem ser um limitador para a efetividade dos direitos.

As transformações nas bases políticas, culturais e sociais deve ser acompanhada pelo Direito, sob pena de que o Direito Privado mantenha a inocuidade que o marcou na trajetória independente do Brasil - visto que raramente o Direito Privado esteve no compasso das transformações sociais, ao contrário era um Direito construído pelas elites para as elites e ignorava a pluralidade e as desigualdades da sociedade brasileiras. O Direito Privado deve responder à massificação das relações sociais, à pluralidade de sujeitos e à acentuação do risco na sociedade contemporânea.

A excessiva proteção ao patrimônio que permeou o Direito Privado nos últimos dois séculos ainda se faz sentir no Direito de Danos. Não se verifica na atual jurisprudência uma real preocupação com o efetivo combate à ilicitude lucrativa, prática indesejável dos grandes

fornecedores no mercado que insistem na prática de ilícitos contra os consumidores, claramente vulneráveis em um mercado massificado na sociedade contemporânea.

O Direito de Danos deve ser visto como instrumento de proteção dos consumidores, e de redução da desigualdade, e não como um meio de enriquecimento sem causa dos lesados ou de estímulo à litigância. A sociedade contemporânea reclama uma atuação positiva do Direito, no sentido de proteção aos vulneráveis e de cumprimento dos objetivos constitucionais de redução das desigualdades, garantia do desenvolvimento nacional e construção de uma sociedade justa e solidária.

Assim, a compreensão da construção histórica servirá à reestruturação do Direito presente, fazendo-se assim, também a história. Para que a compreensão do homem no tempo e espaço auxilie o jurista na eleição de valores, institutos e meios de realização dos objetivos sociais adequados.

O papel do Direito Privado, e em especial do Direito de Danos, não foge à essa essência. Estes, também, devem ser instrumentos de transformação jurídico-cultural. A superação do modelo irraigado em nosso ordenamento colaborará para a construção de um direito mais democrático, preocupado não com a manutenção das elites, mas com inclusão social e a proteção dos grupos sociais mais vulneráveis. Isso passa pela necessária despatrimonialização do pensamento jurídico no direito de danos, não no sentido de buscar soluções alternativas para lesões extrapatrimoniais, mas de deixar de proteger o patrimônio dos ofensores, principalmente daqueles que reiteradamente utilizam-se da ilicitude de seus atos para auferir lucro.

BIBLIOGRAFIA

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

ASCARELLI, Tullio. **Panorama de Direito Comercial**. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1712504. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de abril de 2018. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81904468&num_registro=201702526234&data=20180614&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1980.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 65, n. 1, p.13-35, jan. 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Aulas de responsabilidade civil**: curso de especialização. Maringá: UEM, 1986.

DONNINI, Rogério. Indenização e lesão ou ofensa à saúde. In: MAMEDE, Gladston; ROCHA,

- Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.
- FORTES, Pedro Rubim Jorge. The Phenomenon of Lucrative Illegality. **Journal Of The Oxford Centre For Socio-legal Studies**, Oxford, issue 1. 2015. Disponível em: <<https://joxcsls.com/2015/10/12/issue-no-1/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- G1. **Lucro do Itaú cresce 10% em 2017 e atinge R\$ 24 bilhões**: Resultado do banco bateu R\$ 24 bilhões, puxado por redução de despesas com provisão para crédito de liquidação duvidosa. 2017. Elaborada por Karina Trevizan. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/itau-fecha-2017-com-crescimento-de-mais-de-10-no-lucro.ghtml>>. Acesso em: 05 fev. 2018
- GROSSI, Paolo. Pensamento jurídico. In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139-146.
- HESPANHA, António Manuel. A história do direito na formação dos juristas. In: _____. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012, p. 13-30.
- LÉRIAS, Reinério Antonio. In.: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov (org). **Direitos Fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28
- RODRIGES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, n. 1, p.79-155, dez. 2013.
- SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In.: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 329-346.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (v.4: Responsabilidade Civil)
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A HISTORIOGRAFIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO

Amanda Juncal PRUDENTE

RESUMO

Este artigo busca analisar as transformações ocorridas na História quanto à historiografia, teoria e método de forma a trazer as contribuições dessas mudanças também para o Direito, em especial para a pesquisa jurídica. A história experimentou uma passagem de uma visão rankeana, positivista, para uma história crítica, que permite e exige do historiador uma visão ampla dos fenômenos sociais no tempo. O Direito também tem vivenciado transformações, principalmente com a superação do paradigma positivista exegetico e kelseniano. Para uma análise crítica do Direito faz-se necessário não só centrar-se na dogmática jurídica, mas expandir horizontes para a zetética, com auxílio das disciplinas correlatas tal qual a historiografia. O estéril escorço histórico que predominou nas pesquisas jurídicas nas últimas décadas, utilizado apenas como demonstração acrítica da "evolução" legislativa sobre uma determinada matéria, não mais encontra lugar no estado atual do Direito. Assim, busca-se demonstrar que o Direito deve ser estudado criticamente com o auxílio de outras áreas do conhecimento que não a dogmática jurídica. Utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, partindo de premissas extraídas das mudanças de paradigma da historiografia para buscar contribuições para a ciência do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa jurídica; Dogmática Jurídica; Positivismo; Zetética.

ABSTRACT

This article aims to analyze the transformations History has suffered as historiography, theory and method as a way to bring the contributions of those changes also to Law, especially to Legal Academics. History experienced a passage from Rankean positivism to critics history that allows and demands from the historian a broader vision of social phenomena through time. Law has also experienced transformations, mainly in the overcome of the exegetical and kelsenian positivist paradigm. A critical analysis of Law claims to not only focus on legal dogmatic, but to expand horizons to zetetic, taking the contribution of related subjects as historiography. The sterile historical abstract that dominated the legal researches through the last two decades, used only as a non-critical demonstration of the legislative evolution of some matter, no longer suits into Laws actual panorama. Thus, it seeks to demonstrate that Law should be studied critically with the help of other knowledge areas beyond legal dogmatic. The deductive method has been used alongside the bibliographic research. The premises used were derived from the historiography paradigm transformation in order to reach contribution to Law science.

KEY-WORDS: Law research; Legal dogmatics; Positivism; Zetetic.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio aborda a mudança de paradigma verificada no âmbito da História em comparação ao estado atual do estudo do Direito, em especial no que se refere às experiências da historiografia, teoria e método. Traz-se à baila a visão de três autores de relevância internacional para o tema, os quais colaboraram para uma reconstrução da História no Século XX. São eles: Marc

Bloch, Julio Aróstegui e Michel De Certeau. Estes autores introduziram uma visão crítica a história antes muito influenciada pelo positivismo e pelas ideias de autores como Leonard Von Ranke, que pregavam uma total abstração do historiador, que deveria analisar os fatos históricos externamente e em total e absoluta neutralidade. A partir dos autores supracitados tentar-se-á extrair ideias que colaborem para o desenvolvimento de uma análise crítica do Direito acompanhando o movimento de superação do positivismo que se observou também na Ciência da História.

A historiografia, ciência que estuda, analisa e registra os fatos e acontecimentos históricos ao longo do tempo, com a influência dos autores supracitados, deixou de tentar se aproximar das ciências naturais e exatas para assumir suas características peculiares de ciência social, permitindo, com isso, uma revisão e reconstrução teórica e metodológica. A nova História permite a adoção de múltiplos olhares, para além da história documental oficial, de forma a efetivamente reconstruir as memórias da humanidade, o caminhar do ser humano no tempo e no espaço.

Assim como as transformações na abordagem da História em geral abriram espaço para uma visão crítica dos fenômenos sociais no tempo, também na história do Direito a superação de um paradigma baseado no estudo acrítico das transformações legislativas, despido de uma abordagem contextualizada social, econômica e politicamente, possibilita que o pesquisador do Direito passe a valer-se da historiografia jurídica como meio de análise consciente e racionalizada do Direito na contemporaneidade.

Nesse ponto, a essa nova história pós-rankeana também reverbera na cultura jurídica, mostrando-se importante instrumento para a construção de pesquisas com rigor científico e visão crítica, com capacidade para questionar dogmas e propor novos rumos, sem, contudo, descuidar do momento vivido e fundado em elementos advindos de outros ramos do conhecimento, tal como a história do Direito.

É dessa forma que a historiografia jurídica se apresenta como instrumento de análise crítica do Direito, superando-se a visão simplista que dominou a pesquisa jurídico-histórica nas últimas décadas.

1 A CIÊNCIA HISTÓRICA

Inicialmente, busca-se analisar como e por que um historiador pratica seu ofício, no sentido de entender a história como uma ciência em movimento.

É de grande importância compreender as técnicas e os métodos utilizados na ciência histórica, pois, como bem ressalta Michel de Certeau, “em história, como em qualquer outra coisa, uma prática sem teoria desemboca necessariamente, mais dia menos dia, no dogmatismo de ‘valores

eternos' ou na apologia de um 'intemporal'".¹

Segundo as lições de Marc Bloch, entender a história como uma ciência do passado é errado, tendo em vista que a própria ideia de que o passado, enquanto tal, possa ser objeto de ciência é absurda. Não existe possibilidade de tornar fenômenos pretéritos em matéria de conhecimento racional sem uma decantação prévia.²

Para o doutrinador, o grande objeto de estudo da história é o homem, já que é ele quem está por detrás de todos os fatos, fenômenos, acontecimentos, instituições criadas e documentos analisados, bem como suas evoluções e modificações no tempo:

Há muito tempo, com efeito, nossos grandes precursores, Michelet, Fustel de Coulanges, nos ensinaram a reconhecer: o objeto da história é, por natureza, o homem. Digamos melhor: os homens. Mais que o singular, favorável à abstração, o plural, que é o modo gramatical da relatividade, convém a uma ciência da diversidade. Por trás dos grandes vestígios sensíveis da paisagem, [os artefatos ou as máquinas,] por trás dos escritos aparentemente mais insípidos e as instituições aparentemente mais desligadas daqueles que as criaram, são os homens que a história quer capturar. Quem não conseguir isso será apenas, no máximo, um serviçal da erudição. Já o bom historiador se parece com o ogro da lenda. Onde fareja carne humana, sabe que ali está a sua caça.³

Dessa forma, vê-se que a história é a ciência que busca estudar os homens, mais especificamente, os homens no tempo. Isso porque, o historiador não apenas pensa no ser humano, como trabalha com essa atmosfera voltada para a categoria da duração. Diferentemente das demais ciências, que dificilmente abstraem do fator tempo, mas a consideram apenas como uma medida, para a ciência histórica, o tempo é a realidade concreta e viva, é o próprio núcleo em que se encaixam os fenômenos e como o lugar de sua inteligibilidade.

Em síntese, descreve Bloch, impossível explicar plenamente um fenômeno histórico fora do estudo de seu momento. Tal constatação se mostra real para todas as etapas da evolução, tanto aquela em que vivemos como as outras. O provérbio árabe há muito dizia: "Os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais". Por não ter absorvido essa sabedoria oriental, o estudo do passado por vezes caiu em descrédito.⁴

Em relação ao tempo presente, este pode ser considerado como um ponto mínimo no infinito da duração, que foge incessantemente, isto é, um instante que mal nasce morre. Ao se analisar a etimologia da palavra, presente significa passado recente. Uma possível ciência do presente, assim, se transformaria frequente e continuamente em ciência do passado. Sobre o presente, para Marc Bloch:

Acredita-se poder colocar à parte uma fase de pouca extensão no vasto escoamento do

1 CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 65.

2 BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 52.

3 *Ibidem*. p. 54.

4 BLOCH, Marc. *Op. cit.* p. 60.

tempo. Relativamente pouco distante para nós, em seu ponto de partida, ela abarca, em seu desfecho, os próprios dias em que vivemos. Nela, nada, nem as características mais marcantes do estado social ou político, nem o aparato material, nem a tonalidade genérica da civilização, nela nada apresenta, ao que parece, diferenças profundas com o mundo onde temos nossos hábitos. Ela parece, em suma, afetada, em relação a nós, por um coeficiente muito forte de "contemporaneidade".⁵

A partir dessas conceituações iniciais, pode-se dizer que entender a história como ciência é buscar compreendê-la como a relação entre um lugar, procedimentos técnicos de análise e a construção de um texto. É admitir que ela se insere e faz parte da realidade que busca abordar, e que essa realidade pode ser apropriada enquanto prática humana.⁶

Inicialmente, em relação ao lugar, mister reconhecer que toda pesquisa historiográfica se desenvolve com um ambiente de produção socioeconômico, político e cultural. É em razão deste lugar que se estabelecem os métodos, que se delineia uma linha de estudos, que os documentos, fatos e materiais, bem como as questões que lhes serão propostas, se organizam. Nas lições de Michel de Certeau,

Mais genericamente um texto histórico (quer dizer, uma nova interpretação, o exercício de métodos novos, a elaboração de outras pertinências, um deslocamento da definição e do uso do documento, um modo de organização característico, etc.) enuncia uma operação que se situa num conjunto de práticas. Este aspecto é o primeiro. É o essencial numa pesquisa científica. Um estudo particular será definido pela relação que mantém, com outros, contemporâneos, com um "estado da questão", com as problemáticas exploradas pelo grupo e os pontos estratégicos que constituem, com os postos avançados e os vazios determinados como tais ou tornados pertinentes com relação a uma pesquisa em andamento.⁷

A historiografia é, assim, o produto de um lugar, é inteiramente relativa à estrutura da sociedade.

É com base nessa afirmação que Michel de Certeau entende que, antes de saber o que a história diz de uma sociedade, é necessário saber como funciona dentro dela. A sociedade, em toda a sua complexidade, permite ao estudo histórico determinados tipos de produção, proibindo-lhe outros. Trata-se da dupla função do lugar, que, ao mesmo tempo em que torna possíveis certas pesquisas em função de conjunturas e problemáticas comuns, impossibilita outras. Representa verdadeiro papel de uma censura com relação aos postulados presentes (sociais, econômicos, políticos) na análise.⁸

Como dito anteriormente, além de depender de um lugar, a ciência história configura-se em verdadeira prática. Isso porque, na medida em que a pesquisa se afasta da prática e da técnica passa a se classificar como ciência auxiliar.

Vale lembrar que, se é verdade que a história como ciência se relaciona a um lugar e a

5 *Ibidem.* p. 61.

6 CERTEAU, Michel de. *op. cit.* p. 65.

7 CERTEAU, Michel de. *op. cit.* p. 71.

8 *Ibidem.* p. 76-77.

um tempo, isto ocorre, inicialmente, por causa de suas técnicas de produção.

Seria genérico demais dizer que o objeto da história é o tempo. O historiador trabalha os papéis, imagens, documentos e outros resquícios de acordo com os seus métodos, que distinguem, no lapso temporal estudado, a organização de uma sociedade e o sistema de pertinências próprias de uma ciência. Ele trabalha sobre um material físico para transformá-lo em história, cumprindo regras próprias dessa ciência.

Em história, é científica a operação à que transforma o meio ou que faz de uma organização social a condição e o lugar de uma transformação. Dentro de uma sociedade a história se move, pois, num dos seus pontos estratégicos, qual seja, a articulação da cultura com a natureza.⁹

O terceiro e último elemento que compõe o significado de ciência histórica relaciona-se a uma escrita, isto é, a construção de um texto, que marca a transmutação da prática (dos métodos) para o conteúdo escrito.

O discurso histórico deve se articular com um lugar social da pesquisa científica e estar institucionalmente ligado à chamada “prática do desvio”. O texto histórico se inicia com aquilo que caracteriza a conclusão da pesquisa, a partir do qual se desenrola em uma ordem cronológica. Diferentemente da pesquisa, que parte de uma análise do contexto atual, o discurso histórico toma o mais anterior como ponto de partida.

Sobre a escrita histórica, de acordo com Michel de Certeau:

De fato, a escrita histórica – ou historiadora – permanece controlada pelas práticas das quais resulta; bem mais do que isto, ela própria é uma prática social que confere ao seu leitor um lugar bem determinado, redistribuindo o espaço das referências simbólicas e impondo, assim, uma “lição”; ela é didática e magisterial.¹⁰

Por fim, há que se ressaltar que o discurso histórico descreve e relata as experiências de uma população de mortos. A historiografia tem, assim, esta característica, de estruturar a narrativa do homem no tempo, articulada em uma trajetória cronológica, no qual se analisa o contexto social, econômico e cultural de um período morto.

Na verdade, a função específica da escrita não é contrária, mas diferente e complementar com relação à função da prática. Ela pode ser particularizada sob dois aspectos. Por um lado, no sentido etnológico e quase religioso do termo, a escrita representa o papel de um rito de sepultamento; ela exorciza a morte introduzindo-a no discurso. Por outro lado, tem uma função simbolizadora; permite a uma sociedade situar-se, dando-lhe, na linguagem, um passado, e abrindo assim um espaço próprio para o presente: “marcar” um passado, é dar um lugar à morte, mas também redistribuir o espaço das possibilidades, determinar negativamente aquilo que está por fazer e, conseqüentemente, utilizar a narratividade, que enterra os mortos, como um meio de estabelecer um lugar para os vivos.¹¹

A historiografia, portanto, não fala do passado senão para enterrá-lo. Serve-se da morte

9 *Ibidem.* p. 79.

10 CERTEAU, Michel de. *op. cit.* p. 95.

11 *Ibidem.* p. 107.

para articular o presente, efetuando uma nova distribuição de práticas já semantizadas, isto é, engloba o trabalho criativo de um lugar a preencher no presente.

Após analisado o conceito, objetos e objetivos da historiografia, passa-se a estudar as técnicas de pesquisa e os métodos propriamente ditos, aplicados à História como ciência.

2 DAS TÉCNICAS E DOS MÉTODOS NA HISTORIOGRAFIA

Na ciência histórica, tudo se inicia com o ato de separar, de reunir, de transformar em documentos determinados objetos e materiais distribuídos de outra maneira. Esta nova distribuição cultural, transformadora, é o primeiro trabalho. Nesse sentido, Michel de Certeau aduz que:

Da mesma forma não se pode chamar "pesquisa" ao estudo que adota pura e simplesmente as classificações do ontem [...], Um trabalho é "científico" quando opera uma redistribuição do espaço e consiste, primordialmente, em se dar um lugar, pelo "estabelecimento das fontes" – quer dizer, por uma ação instauradora e por técnicas transformadoras.¹²

A história praticada no passado, cuja pesquisa, de origem empírica, era tipicamente indutiva, partia de vestígios limitados e desconsiderava toda a sua diversidade, unificando-os em uma compreensão única. A valoração da veracidade dessa generalização obtida na pesquisa dependia, então, da quantidade de informações acumuladas nas premissas.

Esse modelo de pesquisa foi ultrapassado, desvinculando-se da relação quantitativa com as premissas analisadas, passando a analisar a relação entre os modelos estudados e os limites que seu emprego sistemático faz aparecer, bem como a capacidade de transformar estes limites em problemas tecnicamente tratáveis.

Esta nova estratégia da prática histórica, surgida no século XX, especifica não apenas as técnicas e os métodos de pesquisa, mas a função da história no conjunto das ciências atuais. Com efeito, seus métodos não mais consistem em buscar objetos generalizados para o conhecimento, como o era no século anterior. Surge um interesse científico exterior à história, que define os objetos social, econômico ou cultural, para onde se desloca e conforme as problemáticas que os organizam. Criaram-se, assim, laboratórios de experimentação epistemológica.

Primeiramente, cumpre analisar as técnicas de pesquisa, que nada mais são do que o conjunto de procedimentos, intercambiável entre os diversos métodos, utilizados em uma pesquisa científica para se chegar ao fim desejado. “No mundo da pesquisa empírica, as técnicas desempenham um papel fundamental no contexto da coleta de informação, da observação. O progresso das técnicas acarreta o progresso dos métodos [...]”¹³.

As técnicas podem ser classificadas levando-se em conta o seu caráter, podendo ser

12 CERTEAU, Michel de. *op. cit.* p. 83.

13 ARÓSTEGUI, Júlio. **A pesquisa histórica: teoria e método**. Tradução de Andrea Dore. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2006. p. 517.

qualitativas ou quantitativas, generalizantes ou individualizantes; ou considerando o tipo de instrumento empregado na pesquisa, onde se fala em técnicas arquivísticas, estatísticas, informáticas e muitas outras.¹⁴

Para o presente estudo, importante diferenciar as técnicas qualitativas e quantitativas. As primeiras são aquelas que buscam descrever as variáveis em um objeto de estudo, mas não mede a construção dos dados. Visa unicamente reunir os dados em função de sua qualidade e de suas características, e classificá-los, verbalizando as informações numéricas. Aqui, trabalha-se com dados não numéricos.

A história oral, por exemplo, compreendida como uma técnica qualitativa, é aplicada a determinado tipos de fontes, a saber, as fontes orais, consubstanciadas em testemunhos e discursos. Desenvolvida com maior ênfase na década de 1980, trata-se de técnica exclusiva da chamada história recente, pois consiste no emprego de testemunhos transmitidos ao pesquisador. Segundo Júlio Aróstegui,

A HO é um instrumento verdadeiramente novo e de imensas possibilidades na pesquisa histórica do mundo presente. Os estudiosos destacaram que sua temática e orientação até o presente penetrou em âmbitos da realidade social que a historiografia acadêmica convencional deixou desatendidos: grupos marginais ou em vias de desaparecimento, discriminados, submetidos, analfabetos, etc.¹⁵

Diferente do primeiro caso, as técnicas quantitativas buscam medir numericamente o valor das variáveis consideradas no estudo. Trata-se do procedimento que opera com objetos que detém uma expressão numérica. Na historiografia, a sobredita técnica surgiu no início do século XX, com a história econômica na França, e ganhou notoriedade nos anos 1970, especialmente com o surgimento da informática e, posteriormente, da Internet. A técnica, por excelência, ligada à quantificação, é a estatística. Nas palavras de Júlio Aróstegui,

A pesquisa quantificada tem os mesmos objetivos que a qualitativa: explicar o homem, coletivo e individual. A quantificação permite encontrar relações, explicações de comportamentos, que muitas vezes permanecem ocultas a uma pesquisa qualitativa. O poder da quantificação reside essencialmente na possibilidade que oferece de estabelecer relações exatas.¹⁶

Relacionado a essa classificação, no âmbito da historiografia ganha destaque a técnica da observação histórica, dividida em observação documental e observação direta, dentro das quais se aplicam as análises qualitativas ou quantitativas. A primeira, amplamente utilizada pelos historiadores, aplica-se ao estudo de documentos, e, assim, comporta apenas uma observação mediata da realidade analisada. Já a segunda, com ampla aplicação na chamada história recente, busca construir seus próprios documentos, com a realização de questionários, testes, pesquisas *in*

14 ARÓSTEGUI, Júlio. *op. cit.* p. 514.

15 *Ibidem.* p. 533.

16 *Ibidem.* p. 538.

loco, etc.

Pelo método da observação histórica constata-se que o historiador está impossibilitado de ele próprio constatar os fatos que estuda, pois, dos fatos pretéritos, só se poderia falar segundo testemunhas, de modo que, diferentemente do conhecimento do presente, o do passado é, como dito, necessariamente indireto.

Contudo, nas palavras de Marc Bloch, “o investigador do presente não é, quanto a isso, melhor aquinhoado do que o historiador do passado”¹⁷. Diz-se isso porque, mesmo considerando-se testemunhos de personagens que viveram a realidade estudada, fato é que da totalidade de acontecimentos que compõe o destino de uma sociedade, o indivíduo percebe apenas uma pequena parcela, estreitamente limitada por seus sentidos e sua faculdade de atenção. Portanto, todo conhecimento da humanidade, qualquer que seja ele fixado no tempo, seu ponto de aplicação terá sempre como base os testemunhos de terceiros, cuja diferença da investigação sobre o passado daquela relativa ao presente é apenas de grau.

Em relação especificamente as particularidades da observação histórica, há que se destacar que o conhecimento de todos os fatos humanos no passado deve ser um conhecimento através de vestígios, sejam estes ossadas, um relato escrito, um documento, e não apenas os testemunhos. Neste ponto, destaque-se que, apesar de o passado consubstanciar-se em um dado que não se modifica, o conhecimento sobre o passado é algo em constante modificação e aperfeiçoamento.

Já quando os fenômenos estudados pertencem ao presente ou ao passado muito recente, o observador, por mais incapaz que seja de forçá-los a se repetir, seu desenrolar não se encontra do mesmo modo desarmado em relação a suas pistas, pois pode, literalmente, dar vida a algumas delas, por meio dos relatos das testemunhas.

Partindo para o estudo dos métodos aplicados à ciência histórica, na análise do presente e passado, o método comparativo entende que não existe conhecimento verdadeiro sem uma escala de comparação. A aproximação aqui realizada envolve realidades diversas que sejam semelhantes. Em que pese reconheça que nem mesmo o homem é imutável, existe na natureza humana e nas sociedades um fundo permanente.

Já o método regressivo postula que a incompreensão do presente nasce da ignorância do passado, mas que de nada adiantaria esgotar os estudos sobre o passado se nada se sabe do presente. Desse modo, a faculdade de apreensão do que é vivo, isto é, da atualidade, é uma das principais qualidades do historiador. Conforme destaca Bloch:

Um grande matemático não será menos grande, suponho, por haver atravessado de olhos fechados o mundo onde vive. Mas o erudito que não tem o gosto de olhar a seu redor nem os homens, nem as coisas, nem os acontecimentos, [ele] merecerá talvez, como dizia

17 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 70.

Pirene, o título de um útil antiquário. E agirá sensatamente renunciando ao de historiador.¹⁸

Além disso, pode ocorrer de o conhecimento do presente ser diretamente ainda mais importante para a compreensão do passado. Assim, para o método regressivo, seria um erro grave acreditar que a ordem adotada pelos historiadores em suas investigações deva necessariamente modelar-se por aquela dos acontecimentos, isto é, do passado até o presente.

Em sequência ao estudo dos métodos da ciência histórica, desponta a crítica, segundo a qual a palavra das testemunhas não deve ser obrigatoriamente digna de crédito. Ou seja, não se deve aceitar cegamente todos os testemunhos e documentos históricos. A experiência ensina que mais de um texto se diz de outra proveniência do que de fato é, de modo que nem todos os relatos ou vestígios são verídicos.

O marco na história do método crítico, que ocorreu na segunda metade do século XVII, veio no dia em que a dúvida tornou-se motivo de examinar, estabelecendo-se regras que passaram a permitir a realização de uma triagem entre a mentira e a verdade. Os principais destaques da crítica aplicada à historiografia são Paperbroeck, Mabillon, Richard Simon e Espinosa, geração que veio à luz no momento em que era publicado o Discurso do método.

De acordo com o referido método, é notório que as testemunhas podem se enganar ou mentir. Mas, antes de tudo, é essencial fazê-las falar, para compreendê-las. Trata-se de uma das principais marcas do método crítico, segundo o qual não basta constatar o problema. É preciso também descobrir seus motivos, mesmo que apenas para rastreá-lo de início. Pois, antes de tudo, uma mentira enquanto tal é, a seu modo, um testemunho. Eis, portanto, a crítica levada a buscar, por trás da impostura, o impostor. Nesse sentido, Marc Bloch assevera que,

A crítica do testemunho, que trabalha sobre realidades psíquicas, permanecerá sempre uma arte de sensibilidade. Não existe, para ela, nenhum livro de receitas. Mas é também uma arte racional, que repousa na prática metódica de algumas grandes operações do espírito. Tem, em suma, sua dialética própria, que convém deduzir.¹⁹

A ideia que orienta a argumentação aduz que, na base de toda a crítica, existe um trabalho de comparação das semelhanças e diferenças de valores constantes em uma civilização.

A crítica move-se entre dois extremos, quais sejam, a similitude que justifica e a que desacredita. Isso porque, estima-se que haja no seio de uma determinada sociedade uniformidade o suficiente para excluir desvios muito marcados. Mas, essa uniformidade atém-se a características bem genéricas, de modo que engloba um número de combinações possíveis muito próximo do infinito, sendo a repetição possível somente por um ato voluntário de imitação. Segundo o método crítico, para que um testemunho seja reconhecido como autêntico, é necessário que ele apresente

18 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 66.

19 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 109.

certa similitude com os testemunhos vizinhos.

Assim, é apenas por simplificação que se substitui a linguagem de probabilidade por uma linguagem de evidência, pronunciando a palavra certeza. Limitando sua parcela de garantia a dosar o provável e o improvável, a crítica histórica não se distingue da maioria das ciências do real senão por um escalonamento mais nuançado dos graus.

Após o estudo dos principais métodos aplicados à história, passa-se, então, para outra análise metodológica, relacionada à questão da imparcialidade histórica. Tal estudo é imprescindível ao desenvolvimento da história como ciência, pois, para entender um fato pretérito, necessário ao pesquisador desapegar de suas concepções de vida, para ingressar no contexto do objeto estudado.

Marc Bloch brilhantemente ensina que:

Uma palavra, para resumir, domina e ilumina nossos estudos: 'compreender'. Não digamos que o historiador é alheio às paixões; ao menos, ele tem esta. Palavra, não dissimulemos, carregada de dificuldades, mas também de esperanças. Palavra, sobretudo, carregada de benevolência. Até na ação, julgamos um pouco demais. [...] A história, com a condição de ela própria renunciar a seus falsos ares de arcanjo, deve nos ajudar a curar esse defeito. Ela é uma vasta experiência de variedades humanas, um longo encontro dos homens. A vida, como a ciência, tem tudo a ganhar se esse encontro for fraternal.²⁰

Compreender, palavra de ordem na pesquisa histórica, nada tem de uma atitude de passividade. Isso porque, apesar de os documentos configurarem um primeiro filtro entre passado e presente, quase nunca se organizam de acordo com as exigências de um fato que se quer conhecer. Assim, como todo cientista, o historiador analisa e realiza verdadeira triagem.

O historiador agrupa os fatos segundo uma ordem útil para seu conhecimento. Cabe a ele experimentar incessantemente as suas classificações para revisá-las, se for o caso, e flexibilizá-las. É este o verdadeiro papel de uma análise histórica. A ciência decompõe o objeto estudado apenas a fim de melhor observá-lo, considerando fatores externos que constantemente se combinam.

Além da necessária compreensão e classificação, revela-se igualmente importante à análise histórica a nomenclatura de cada período, instituto ou fato analisado.

Isso porque, não basta discernir os principais aspectos da atividade de um homem ou uma sociedade. É preciso distinguir as diversas instituições que compõem um sistema político, a variedade de crenças, práticas, emoções de que é feita uma religião. É preciso, em cada um desses fatores e no conjunto entre eles, caracterizar os traços que os aproximam ou os distanciam de outras realidades de mesma ordem.²¹

Toda análise exige, como instrumento primordial, uma linguagem adequada que seja capaz de desenhar com precisão os contornos dos fatos estudados, embora conservando a flexibilidade necessária para se adaptar progressivamente às descobertas.

20 *Ibidem.* p. 128.

21 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 135.

Como bem elucidou Júlio Aróstegui,

[...] é mais importante o estudo do aparecimento do 'fato linguístico' como fato histórico. As mudanças sociais são também mudanças de linguagem. A linguagem adquire sua forma genuína no conceito e, como estabeleceu Wittgenstein, é uma representação do mundo que diz quase tudo sobre uma época.²²

Diferentemente de uma ciência exata, a ciência da humanidade não espera a conclusão de um experimento para dar nomes a seus atos, a suas crenças e aos diversos aspectos de sua vida de sociedade. A história recebe seu vocabulário, em geral, do seu próprio objeto de estudo.

Assim, os documentos tendem a impor sua nomenclatura. O historiador, se os escuta, escreve sob o ditado de uma época cada vez diferente. Mas pensa, por outro lado, naturalmente segundo as categorias de sua própria época e, por consequência, com as palavras desta. Reproduzir ou decalcar a terminologia do passado pode parecer, à primeira vista, um procedimento bastante seguro. Choca-se, porém, na aplicação, com múltiplas dificuldades.

Primeiramente, as mudanças das coisas estão longe de acarretar sempre mudanças paralelas em seus nomes. Da mesma forma, pode ocorrer de os nomes variarem, no tempo ou no espaço, independentemente de qualquer variação nas coisas, isto é, causas particulares à evolução da linguagem resultaram no desaparecimento de uma palavra, sem que o objeto ou o ato que ela servia fosse minimamente afetado.

Tais circunstâncias ocorrem porque a ciência histórica não dispõe, como as ciências exatas, de um sistema de símbolos completamente separado da língua nacional. O historiador fala unicamente com palavras; portanto, com as de seu país, sendo obrigado a traduzir as realidades que se exprimiram numa língua estrangeira passada.

Dessa forma, destaca Bloch que o vocabulário dos documentos não é nada mais que um testemunho: precioso, sem dúvida, entre todos; mas, como todos os testemunhos, imperfeito. Cada termo importante, cada figura de estilo característica, torna-se um verdadeiro instrumento de conhecimento, bastando ser confrontado uma única vez com seu ambiente; recolocado no uso da época, do meio ou do autor; protegido, sobretudo, quando sobreviveu por muito tempo contra o perigo do contrassenso por anacronismo.²³

A análise do conteúdo linguístico de um manifesto político, por exemplo, pode levar a conclusão pela sua inautenticidade, por não encaixar sua linguagem àquela comumente utilizada em documentos similares editados no mesmo período estudado.²⁴

Assim, mister que o historiador renuncie a desviar aleatoriamente as palavras já recebidas de seus sentidos, bem como que evite rejeitar, por capricho, aquelas palavras já experimentadas e

22 ARÓSTEGUI, Júlio. *op. cit.* p. 525.

23 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 142.

24 ARÓSTEGUI, Júlio. *op. cit.* p. 528

que, ao usar definições escrupulosas, faça-o com o cuidado de tornar seu vocabulário constantemente utilizável para todos.

Como último destaque ao estudo dos métodos aplicáveis à ciência histórica, é preciso que a análise pratique recortes.

Inicialmente, deve-se ter em mente que as balizas fixadas pelo pesquisador ao longo da história serão sempre arbitrárias. Mas é importante que coincidam com os principais pontos de inflexão da eterna mudança.

Nas historiografias tradicionais, a história era uma crônica de líderes. Era das vicissitudes da soberania que ela extraía as articulações de seu relato, isso quando não se contentava, transformando-se em anais, em claudicar de milésimo em milésimo. Ao destruir uma à outra, as dominações dos povos conquistadores traçavam as grandes épocas.

Na confusão de nossas classificações cronológicas, uma moda insinuou-se, bem recente, creio, tanto mais intrusiva, em todo caso, quanto menos sensata. Com naturalidade, contamos por séculos. [...] não nomeamos mais os séculos de acordo com seus heróis. Numeramo-los sequencialmente, bem sensatamente, de cem em cem anos, a partir de um ponto fixado de uma vez por todas.²⁵

Evidentemente, é preciso procurar melhor. Mas, Marc Bloch alerta que:

Tomemos cuidado, porém: o recorte mais exato não é forçosamente o que faz uso da menor unidade de tempo — se assim fosse, seria preciso então preferir não apenas o ano à década, mas também o segundo ao dia. A verdadeira exatidão consiste em se adequar, a cada vez, à natureza do fenômeno considerado. Pois cada tipo tem sua densidade de medida particular e, por assim dizer, seu decimal específico.²⁶

Ademais, uma sociedade raramente é una, posto que se decompõe em ambientes diferentes. Em cada um deles, as gerações nem sempre se superpõem ou avançam de uma para a outra de forma regular e progressiva. Existem, em história, gerações longas ou gerações curtas, e mesmo aquelas que se interpenetram umas nas outras. Só a observação permite apreender os pontos em que a curva muda de orientação.

Portanto, é fato que o tempo humano permanecerá sempre rebelde à uniformidade do tempo do relógio. Faltam-lhe medidas adequadas à variabilidade de seu ritmo. É apenas ao preço dessa plasticidade que a história pode esperar adaptar suas classificações às "próprias linhas do real": o que é propriamente a finalidade última de toda ciência.²⁷

Em linhas conclusivas, registra-se a ideia de que a produção do conhecimento histórico é complexa, o que implica no necessário exame dos fundamentos da história como ciência, bem como os seus aspectos técnicos e metodológicos, de modo que se torne possível compreender como é organizado o pensamento histórico.

25 BLOCH, Marc. *op. cit.* p. 149.

26 *Ibidem.* p. 150.

27 *Ibidem.* p. 153

3 A ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO ATRAVÉS DA HISTÓRIA

O Direito enquanto ciência humana e social deve sempre caminhar junto de outras áreas do conhecimento que lhe são correlatas, notadamente a História. O estudo histórico é relevante não apenas para a compreensão do passado e evolução dos movimentos sociais, mas também para a construção e compreensão do contexto presente, das características da sociedade na qual o fenômeno jurídico estudado está inserido. Nesse ínterim, permite-se a elaboração de um campo fértil para a análise crítica do Direito.

Assim como a História, o Direito também passou por recentes mudanças, despreendendo-se do estudo positivista em vista do restabelecimento de vínculos entre direito e ética, entre a dogmática e a zetética, na busca da materialização da relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais, utilizando-se de disciplinas como a história na compreensão dos institutos e sua evolução no tempo e nas sociedades.

Desse modo, analisar e problematizar a relação entre a História e o Direito, bem como sua aplicabilidade nos estudos científicos, em especial nas pesquisas jurídicas, é de suma importância para se evitar aquela visão limitada sobre a obrigatoriedade de se acrescentar o chamado “escorço histórico” ao texto.

O modelo teórico tradicional de se dizer a história, embasada em justificações do passado, evoluiu para uma “nova” História, que recusa o discurso da historicidade tida como a verdade dominante, oficial, arcaica e colonizada, optando por uma versão criadora e militante, mais flexível e que compreende a constante transformação do mundo e busca, dessa forma, contribuir para sua melhoria.

De igual modo, no âmbito das teorias do Direito viu-se uma superação de paradigmas oitocentistas tais como o antigo constitucionalismo e o próprio positivismo normativo, que tinha como premissas tomar a) o direito como fato, não como valor; b) o direito definido em função do elemento da coação; c) a teoria da legislação como fonte preeminente do direito; d) a teoria da norma jurídica; e) a teoria do ordenamento jurídico; f) a teoria da interpretação mecanicista e g) a teoria da obediência absoluta à lei.²⁸

Na segunda metade do século XX, as teorias neoconstitucionalistas e pós-positivistas passaram ao centro das discussões doutrinárias na dogmática jurídica, onde pensadores como Dworkin, Alexy, Luís Roberto Barroso, entre outros, passaram a abordar visões críticas do Direito para além do normativismo puro, inclusive com influências de outras áreas do conhecimento como

28 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 147.

sociologia, filosofia e psicologia, por exemplo.

Trata-se da chamada teoria jurídica crítica, definida por Antônio Carlos Wolkmer como a

Formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.²⁹

Entretanto, essa mesma mudança de paradigma não se observa com tamanha clareza na trajetória da pesquisa histórico-jurídica, em que ainda prevalece o consenso de uma visão formalista, elitista e burocratizada da História do Direito.

Na formação da cultura jurídica nacional, como dito, imperaram elementos de interesse burguês, oligárquico e patrimonialista, o que demonstra que, nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer, “a missão da historiografia tornou-se um instrumento de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista”³⁰.

As pesquisas jurídicas ainda hoje mantem-se entrelaçadas a um positivismo metodológico há muito ultrapassado pela própria História como ciência, pois visa à justificação da ordem social e jurídica vigente através de uma análise evolutiva rasa, como se o estágio normativo-jurídico atual tivesse atingido o ápice de seu aperfeiçoamento em detrimento das legislações anteriores. Neste sentido, a pesquisa jurídica se vale da história de forma acrítica, pela exposição da sucessão de leis no tempo, sem qualquer análise voltada para o contexto sociopolítico, econômico e cultural de sua edição e revogação.

Coaduna-se com este entendimento Ricardo Marcelo Fonseca, para quem:

A inspiração positivista das “introduções históricas” que, quase como um rito acadêmico, povoam os manuais da dogmática jurídica (e também outras obras não manualísticas), vem, ao menos no caso brasileiro, do próprio ambiente cultural circundante – que é impregnado das premissas positivistas – ou então de um certo mal entendido, cujas raízes históricas certamente podem ser buscadas no modo como a formação dos juristas se deu em nosso país, que insiste em acreditar que a história é um saber para diletantes, uma abordagem que pode ser feita de modo mais ou menos intuitivo e tateante. Há uma estranha impressão difusa de que “reconstituir o passado” seja uma operação automática e simples. O que ocorre, na verdade, é que esse “escorço histórico” acaba ingressando (às vezes sem perceber) num emaranhado de dificuldades teóricas que são típicas do positivismo.³¹

Ainda na sequência deste raciocínio, Wolkmer assinala que:

Na medida em que a historiografia tradicional (liberal-burguesa) passa a ser uma mera disciplina de justificação da ordem legal imperante e da acumulação de conhecimentos para a chamada “cultura superior”, sem fins úteis para com a realidade, a História do Direito perde sua significação e entra em um constante descrédito, constituindo-se num campo do

29 WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 18

30 WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 28, p.55-67, 1994. Anual. Disponível em:
<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9368/6461>>. Acesso em: 10 jul. 2018.p. 59-60

31 FONSECA, Ricardo Marcelo. O Positivismo, “Historiografia Positivista” e História do Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 161

saber de pouca utilidade, acabando, seus pressupostos, por sucumbir numa crise de eficácia.³²

Assim, é de essencial importância a redefinição de novos marcos metodológicos que possibilitem alcançar formas alternativas de interpretação e investigação histórica na pesquisa jurídica. Não mais uma historicidade tradicionalista, de visão indutiva, linear e elitista, mas que traga uma visão crítica, problematizante e transformadora.

No atual estágio da ciência jurídica, é importante valer-se de disciplinas como a História para compreensão do contexto social jurídico atual. Contudo, essa relação necessita embasar-se de caráter científico, no sentido de garantir veracidade e confiabilidade ao texto escrito. Não basta ao pesquisador cumprir com aquele protocolo quase que obrigatório nas pesquisas jurídicas e separar uma parte de sua obra ao tão conhecido “escorço histórico”, sem que isso agregue de fato valor e compreensão ao texto. É preciso demonstrar o atual estágio normativo valendo-se de um estudo crítico sobre a evolução sociocultural, das tradições e, por consequência, do próprio Direito.

A sociedade contemporânea sofreu significativas e recentes transformações, que trouxeram consigo novos interesses e o crescimento de conflitos sociais. Em verdade, acabou por levar a relevantes alterações epistemológicas nas ciências humanas que demandam uma virada metodológica nas abordagens históricas no Direito.

Como visto anteriormente, um dos principais eventos epistemológicos que exerceram significativa influência como marco de referência aos novos estudos históricos do Direito foi o conjunto de métodos de investigação estabelecido pela Escola francesa dos *Annales*, que teve como expoente, dentre outros, Marc Bloch.

Na verdade, desconstrói-se liames do paradigma tradicional da narrativa histórica, envolto na complexidade de grandes estruturas explicativas isoladas, marcadas ora por um idealismo eclético, ora por um mecanicismo cientificista, optando-se, agora, por uma História que interrelaciona os diversos significados da atividade humana.³³

Deste modo, a reestruturação da História como ciência, com enfoque na atividade humana, sob o aspecto da interdisciplinaridade trazida pela Escola dos *Annales*, busca, segundo as lições de Antônio M. Hespanha:

- a) superar a história positivista, voltada para a pura descrição de fatos isolados (...), através de um esforço no sentido de surpreender as estruturas mais profundas e mais estáveis (estruturas demográficas, econômicas, culturais, lingüísticas, etc.) que explicam a verificação e o encadeamento desses fatos;
- b) abater as barreiras que se levantam entre os diversos setores especializados da história (história cultural, demográfica, econômica, jurídico-política) de modo a estabelecer uma história global, restaurando a unidade real da vida (...);
- c) substituir a uma história sentimental ou impressionista uma história rigorosa e científica,

32 WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 28, p.55-67, 1994. Anual. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9368/6461>>. Acesso em: 10 jul. 2018.p. 60-61

33 WOLKMER, Antônio Carlos. *op. cit.* p. 64

que se socorra dos resultados das ciências humanas (sociologia, lingüística, economia, semiologia) (...);
d) encarar, portanto, a história não só como ciência do passado (...), mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas.³⁴

Esses postulados da denominada “Nova História” podem e devem ser utilizados no âmbito das fontes, ideias e instituições do Direito. Tal qual se deu uma Nova História, também nesta nova abordagem se verificarão outras funções para os estudos históricos na pesquisa jurídica além da estéril “evolução legislativa”. Trata-se da adoção de uma interdisciplinaridade crítica e transformadora do conteúdo posto sob problematização que colabora para a discussão e crescimento do próprio Direito por meio da pesquisa jurídica.

O objetivo é, portanto, valer-se desta nova visão historicista para romper com o culturalismo elitista e o dogmatismo positivista no Direito e, em especial, no estudo do Direito. Assim, permitir-se-á que a historiografia jurídica exerça sua missão de quebra de paradigmas e de libertadora do sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante.

Com a adoção dessa postura crítica quanto às instituições jurídicas analisadas historicamente é que se superará o paradigma positivista que muito influencia o estudo do Direito ainda na contemporaneidade. É essencial que assim se proceda frente à hipercomplexidade da sociedade atual que não mais coaduna com os postulados oitocentistas que por muito tempo orientaram a academia no Direito. O jurista deve estar atento, assim como o historiador da Nova História, ao contexto no qual está inserido e ao contexto no qual os institutos que ele estuda estiveram inseridos historicamente. Se assim não o fizer, corre sério risco de interpretar erroneamente seu objeto de estudo, muitas vezes baseado em supostas “verdades” repetidas durante séculos quase que como mantras e que não refletem, com exatidão, toda a complexidade do cenário que deveria apresentar.

As novas relações sociais demandam, assim, que se libertem das amarras tradicionalistas para uma nova abordagem na pesquisa do Direito, principalmente do ponto de vista histórico, a fim de que se estude o fenômeno jurídico da forma mais ampla e crítica possível.

CONCLUSÃO

O ponto central da discussão se iniciou, assim, com a superação do modelo positivista sobre a forma de se trabalhar a história. As intervenções intelectuais de grandes nomes da pesquisa, sem dúvida, advertiram a nova geração para as precariedades da ciência e trouxeram novos rumos nas noções de finalidade e de progresso da história. As contribuições de Júlio Aróstegui e Michel de

34 HESPANHA, Antônio M. **História das Instituições – Épocas medieval e moderna**. Coimbra, Almedina, 1982. p. 17.

Certeau em relação às técnicas de pesquisa, e de Marc Bloch no estudo dos métodos científicos advertiram para a importância das formas narrativas, dos testemunhos e da grande dose de subjetividade presente na historiografia.

Pelo exposto, constata-se que a historiografia é uma ciência dos homens no tempo e que incessantemente tem necessidade de unir o estudo do passado e do presente. Mas, como ciência que é, a história não se define apenas por seu objeto. Seus limites podem ser fixados, também, pela natureza de seus métodos e suas técnicas, de modo que se mostra igualmente importante o estudo do *modus* investigativo, que perpassa igualmente pela análise da linguagem aplicada, do recorte metodológico e da imparcialidade do pesquisador.

Em um terceiro momento, observou-se a importância do estudo histórico no Direito, que possibilita a compreensão não apenas do estágio normativo atual, com seus avanços e retrocessos, como também dos institutos e do contexto sociocultural, político e econômico vivido na atualidade. Entretanto, ao contrapor-se a mudança de paradigma observada na História com os novos ideais observados no campo do Direito, com o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, notou-se que, em relação à pesquisa jurídica, tamanho movimento não ocorreu, de modo que a produção científica ainda hoje se encontra presa a uma análise vazia da sucessão de legislações no tempo.

Assim, concluiu-se pela necessidade de uma reformulação da inter-relação entre História e Direito, trazendo para a pesquisa jurídica as características da Nova História, principalmente o olhar crítico que deve permear as análises na contemporaneidade de forma a observar os fenômenos sociais e jurídicos dentro do contexto que os cercam e não isoladamente apenas pelo aspecto normativo, tudo a fim de que se possibilite a compreensão real, crítica e aprofundada do Direito em sociedade.

REFERÊNCIAS

ARÓSTEGUI, Julio. A pesquisa histórica: teoria e método. Tradução de Andrea Dore. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2006.

BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALLIOLI, Eugênio Carlos. A História do Direito: aspectos conceituais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 82, p.240-249, 1987. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67105/69715>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2.ed. Rio de

Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Positivismo, “Historiografia Positivista” e História do Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>>.

HESPANHA, Antônio M. **História das Instituições – Épocas medieval e moderna**. Coimbra, Almedina, 1982. >. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50). **Análise Social**, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 18, p.795-812, 1982. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223400381P6fCC6sc8Od87QA0.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NICOLAZZI, Fernando. Como se deve ler a história? Leitura e legitimação na historiografia moderna. **Varia Historia**, Belo Horizonte, v. 26, n. 44, p.523-545, ago. 2015. Semestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/vh/v26n44/a10v2644.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

SCREMIN, Mayra de Souza. DO POSITIVISMO JURÍDICO À TEORIA CRÍTICA DO DIREITO. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [s.l.], v. 40, p.149-162, 30 jun. 2004. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v40i0.1740>. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1740>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SILVA, Ricardo Oliveira da. Historiografia, Filosofia e Epistemologia: Notas para uma Reflexão sobre o Conhecimento Histórico. **Revista de História da UEG**, Porangatu, v. 3, n. 1, p.72-92, 2014. Semestral. Jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revista.ueg.br/index.php/revistahistoria/article/viewFile/2113/1870>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 28, p.55-67, 1994. Anual. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9368/6461>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANIRATO, Silvia Helena. A História Escrita: teoria e história da historiografia. **História (São Paulo)**, [s.l.], v. 25, n. 1, p.261-264, 2006. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-90742006000100014>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v25n1/a14v25n1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS DA SOCIEDADE

Giovanni de Araújo NUNES¹

RESUMO

O presente trabalho terá por principal objetivo apresentar a importância do Direito do Trabalho na sociedade brasileira através de uma análise histórica da Revolução Industrial, com enfoque na exploração do trabalho ocorrido nessa época; e de uma análise das críticas que parte da sociedade faz em relação ao Direito do Trabalho, buscando desconstruí-las e, com isso, mostrar o real sentido dessa seara do Direito. Propõe-se, também, neste artigo, realizar uma análise das verbas trabalhistas que são e que podem ser de direito do empregado a depender das particularidades do vínculo empregatício e do trabalho exercido. A sociedade brasileira possui aspectos próprios, diferentes de outras sociedades, assim como essas também os possuem. Analisá-los e, mais do que isso, analisar o que a ausência de normas trabalhistas pode gerar em qualquer sociedade, a depender da sua consciência moral, é imprescindível para compreender a importância do Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Verbas trabalhistas. Consolidação das Leis do Trabalho. Exploração do trabalho.

ABSTRACT

The main objective of this report is to present the importance of Labor Law in Brazilian society through a historical analysis of the Industrial Revolution, with a focus on the exploitation of the work that occurred at that time; and an analysis of the criticisms that society makes regarding Labor Law, seeking to deconstruct them and, with this, to show the real meaning of this legal scope. It is also proposed in this article to carry out an analysis of the labor funds that are and may be of employee's right depending on the particularities of the employment relationship and the work performed. Brazilian society has its own aspects, different from other societies, as they do. Analyzing them and, more than that, analyzing what the absence of labor standards can generate in any society, depending on their moral conscience, is essential to understand the importance of Labor Law.

KEY WORDS: Labor Law. Labor monies. Consolidation of Labor Laws. Exploitation of work.

INTRODUÇÃO

Na globalização, têm-se suscitado questionamentos acerca dos problemas sociais e econômicos decorrentes do modo de produção capitalista. Tendo em vista o desenvolvimento tecnológico, a superprodução e a má administração do Estado, problemas como o desemprego e as más relações de trabalho acabam sendo consequências dessa realidade.

Diante dos problemas e crises socioeconômicos que têm cerceado o mundo contemporâneo como um todo, o Direito surge como instrumento para solucioná-los, principalmente no que diz respeito às relações de trabalho (MASCARO, p. 290, 2014). Segundo o professor, Alysson Leandro Mascaro:

1 Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Fala, escreve e lê fluentemente em inglês.

Na verdade, o direito se constitui pela necessidade histórica de as relações produtivas capitalistas estabelecerem determinadas instâncias que possibilitem a própria reprodução do sistema. Conforme as demandas capitalistas se impunham, os instrumentos jurídicos eram criados. (p. 294, 2014).

Nesse contexto, empregadores e empresários têm reconhecido, ao longo das últimas décadas, alternativas jurídicas para crises econômicas que se sucederam desde a década de 60 e da crise do petróleo em 1973, tudo pela necessidade de se permitir a perpetuação da reprodução do sistema. Surgem demandas e o Direito se mostra como ferramenta para solucioná-las, seja criando normas, seja as extinguindo.

No Brasil, com os escândalos de corrupção revelados no ano de 2014, através da Operação Lava Jato, e em meio ao desenvolver de uma crise econômica, além de política, essas alternativas jurídicas se atrelaram muito a ideias liberais e a posições contrárias aos anteriores governos de esquerda do país, também envolvidos nos esquemas de corrupção. Dentre essas alternativas, uma das principais foi a busca pela flexibilização das leis trabalhistas, que acabou culminando na reforma da CLT, em 2017.

Nesse panorama, cabe destacar que, apesar de ainda vigente a CLT, muitas das pretensões no meio empresarial e de parte da sociedade brasileira são pela inexistência de direitos trabalhistas ou pela inexistência da Justiça do Trabalho; e os argumentos que se apresentam contrários a esse conjunto de leis específicas e a esse ramo da Justiça Federal Especializada são, em linhas gerais, os seguintes: o alto custo de um empregado, em virtude de seus direitos trabalhistas; o fato de o Brasil ser o país com o maior número de ações trabalhistas no mundo; a liberdade contratual, que deveria prevalecer sobre direitos assegurados ao trabalhador; o tempo de vigência da CLT, que a torna “antiquada” à realidade do século XXI no Brasil; e, por fim, alegações de ser a Justiça do Trabalho, em verdade, injusta.

Feitas essas considerações críticas, é de suma importância que se compreenda a inerência do Direito do Trabalho ao Brasil para que nele se possa atingir maior justiça social. Tãmanha, inclusive, é a inerência desse ramo do Direito, que, ao longo da história, as discussões e críticas a seu respeito somente floresceram na política em meio a crises econômicas, ou seja, em meio à tranquilidade social, não se tornam pauta política a validade e a justiça da CLT.

No entanto, apesar de inerente à sociedade brasileira, o Direito do Trabalho sempre foi alvo de muitas críticas, sobretudo quando perpassa o país por crises políticas ou econômicas. Nesse sentido, aponta o juiz e professor, Jorge Luiz Souto Maior, que conceitos preconcebidos existem sobre o Direito do Trabalho e que tais críticas contradizem a própria preocupação detrás delas de serem favoráveis à economia e ao mercado de trabalho. Nas suas palavras, quanto aos referidos preconceitos:

[...] o primeiro aspecto a destacar é o da grande incoerência que se verifica na sociedade brasileira de incentivar o trabalho e de negar a mesma relevância ao Direito do Trabalho. Essa visão distorcida quanto à significação dessa temática é fruto, na verdade, de uma incompreensão do que é o Direito do Trabalho e de qual é o seu papel na sociedade, partindo do necessário reconhecimento de que se trata de uma sociedade capitalista. (p. 19, 2011).

Continua, ainda, o professor dizendo que há uma ideia equivocada acerca das normas trabalhistas no Brasil: “Não se apresenta o Direito do Trabalho como um direito. Fala-se, unicamente, de aspectos pontuais da normatização jurídica, que repercutem economicamente, e pensa-se estar lidando com o Direito do Trabalho” (Idem); e prossegue:

É evidente que esse quase massacre diário sofrido pelo Direito do Trabalho gera repercussões negativas no que concerne à sua compreensão, favorecendo à formação de uma falsa ideia a seu respeito. Cada cidadão, cuja opinião é forjada a partir da desinformação, tende a ter uma “opinião” sobre os problemas ligados ao Direito do Trabalho, refletindo, em certa medida, a ideia central de que os custos do Direito do Trabalho constituem empecilho ao crescimento econômico. (Idem).

Posto isso, sobre essas críticas e conceitos preconcebidos acerca da Justiça do Trabalho no Brasil, bem como a importância desse âmbito do Direito nas relações interpessoais, é que será conduzido o presente artigo.

1. UM BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO NA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Perpassa a história do Direito do Trabalho pela própria história do Direito. Sendo assim, há de se desenvolver, primeiramente, um panorama social de como se constituíram as relações de trabalho no Estado moderno sob a forma jurídica do Estado de Direito, que é o preponderante nas democracias ocidentais.

“Do mesmo modo que o Estado moderno, sendo um terceiro da exploração entre o capital e o trabalho, faz de todos os indivíduos cidadãos, torna-os também *sujeitos de direito*. A lógica que preside o direito é intimamente ligada à lógica da reprodução do capital” (MASCARO, p. 293, 2014). Em outras palavras, tornar o indivíduo *sujeito de direito* é o que permite, no Estado moderno, a reprodução do capital.

Longe de se pretender o rompimento da lógica do Capitalismo, é evidente que, com o início da Revolução Industrial e com a industrialização de países subdesenvolvidos com histórico de escravidão e de colônia de exploração, o conceito de *sujeito de direito* concedeu, sim, liberdade aos cidadãos, mas, em via transversa, por descontrole social e pela sobreposição da economia aos direitos e liberdades do indivíduo, também perpetuou a exploração do trabalho humano.

A Revolução Industrial se inicia, segundo o professor, Fábio Conder Comparato, além de outras causas, com o aumento da demanda de mercadorias a partir do final do século XVII na Inglaterra. Assim, diz Fernand Braudel (p. 497, 1979 apud COMPARATO, p. 196, 2014):

[...] aquele país experimentou, então, uma verdadeira revolução comercial. Durante o século XVIII, enquanto as vendas industriais para o mercado nacional passaram do índice de 100 para 150, as exportações saltaram de 100 para 550. Em termos monetários, o valor das exportações inglesas passou de 7,5 milhões de libras em 1770, para 42 milhões em 1800. Ou seja, quase sextuplicou.

A respeito disso, esclarece o professor Comparato que:

[...] em toda economia, a criação e o desenvolvimento de um setor industrial dependem diretamente, entre outros fatores, do desenvolvimento do comércio. Um e outro, aliás, são elementos interdependentes de um mesmo sistema: a partir de certo estágio evolutivo, a expansão do comércio exige um aumento constante da produção industrial, para satisfazer a crescente demanda no mercado; e a produção industrial, por sua vez, para não ficar estagnada, impõe o crescimento incessante da demanda de bens e do sistema de sua distribuição no mercado. (p. 195, 2014).

Acrescenta-se, ainda, que não bastaria, contudo, possuir tal demanda. Seria necessário, além disso, riquezas suficientes para atendê-la. Fato é que houve a incidência necessária de capital para o desenvolvimento da Revolução Industrial; e, nesse sentido, excerta o professor, Jorge Luiz Souto Maior, que “O fenômeno da revolução industrial ocorreu primeiramente na Inglaterra, já em meados do século XVIII, porque foi nesse local que as condições de implementação da Revolução, especialmente a acumulação de capitais, teria se verificado mais rapidamente” (p. 109, 2011).

Além disso:

Outro fator importante que possibilitou o incremento da Revolução Industrial na Inglaterra foi a instauração da monarquia parlamentar. Com a instituição do Parlamento e a consequente redução dos poderes do monarca abriu-se o campo para que os burgueses adquirissem força política no país. (MAIOR, p. 110, 2011),

Tal fator permitira, portanto, um agir do estado favorável ao desenvolvimento do capitalismo.

Desse modo, nota-se que da necessidade por atender ao aumento da demanda do setor produtivo na Inglaterra é que adveio a Revolução Industrial. Esta, por sua vez, atendendo a essa demanda crescente, iniciou o processo de industrialização no mundo ocidental sob a marca da exploração do trabalho:

Falando de forma direta. Em menos de duas décadas o capitalismo produtivo transformou a gama de miseráveis e despossuídos, gerados durante séculos do período de transição do feudalismo para o capitalismo, em uma grande massa operária (uma enorme quantidade de trabalhadores executando os mesmos serviços nos mesmos locais), que, diante dos pressupostos jurídicos liberais, então vigentes, foram submetidos a péssimas condições de trabalho, mediante o recebimento de baixíssimos salários, advindo daí um gama de complexidades que marcaram a história do século XIX e a base da formação do Direito do Trabalho (MAIOR, p. 134, 2011).

Exemplos dessa exploração do trabalho na Inglaterra do século XIX podem ser encontrados no Livro I da obra “O Capital”, de Karl Marx, em seu capítulo 13 – *Maquinaria e grande indústria* –, como o trabalho de jovens a partir dos 10 anos de idade na mineiração, que, “incluindo o tempo gasto em ir às minas e voltar delas”, durava “normalmente de 14 a 15 horas,

excepcionalmente mais”, com base na comissão de inquérito de 1840 realizada pelo parlamento inglês (MARX, p. 565, 2013).

A mesma comissão de inquérito também identificou que os trabalhadores sofriam com acidentes causados por explosões de gases e por má ventilação das galerias das minas de carvão (MARX, p. 568, 2013). Isso, contudo, dizia respeito somente a algumas das condições de trabalho para a obtenção de matéria prima a ser utilizada na grande indústria.

Nos meios de produção, mais exploração havia: “Falando do aspecto específico das condições de trabalho, conta-se, por exemplo, que “Os fiandeiros de uma fábrica próxima de Manchester trabalhavam 14 horas por dia numa temperatura de 26 a 29°C, sem terem permissão de mandar buscar água para beber””. (MAIOR, p. 136, 2011). A jornada de trabalho de modo geral, nas primeiras décadas da revolução da indústria, durava de 14 a 16 horas (Idem).

Diante dessa situação, o governo inglês, à época em que foi realizada a supracitada comissão de inquérito, promulgou a *Mining Act* (ou “Lei sobre a mineiração”), de 1942, que passou a proibir a utilização de mulheres e de crianças menores de dez anos em trabalho subterrâneo, dadas as condições de insalubridade e periculosidade desses locais (MARX, p. 564, 2013). Posteriormente, outras inovações jurídicas se sucederam.

Hoje, na Inglaterra, levando-se em conta seu histórico de exploração da força de trabalho, encontram-se vigentes leis trabalhistas e toda uma estrutura judiciária adequada ao seu sistema para julgá-las, os chamados *Employments Tribunals*, compostos por primeiro e segundo grau especializados – *Employment Appeal Tribunal* (CARELLI, 2017).

Integrar um dos países mais desenvolvidos e industrializados do mundo não foi um posto alcançado pela Inglaterra por conta do livre mercado em sua totalidade. Da liberdade advém também responsabilidade e controle do Estado, mínimo, que seja, mas presente. Foi essa a posição adotada pelo Estado de Direito da Inglaterra e de forma alguma a impediu de se consolidar como um país desenvolvido.

2. A IMPROCEDÊNCIA DAS CRÍTICAS À CLT

No Brasil, críticas são feitas sobre o Direito do Trabalho com o propósito de não mais ser ele aplicado nas relações de emprego.

Uma delas se dá com a alegação de que a sociedade brasileira tardou a se industrializar e, ainda assim, não se encontra sequer entre os 10 países mais industrializados do mundo (World Bank, 2009). Por essa razão, questiona-se a importância do Direito e da Justiça do Trabalho, pois, na visão de tais críticos, haveria uma contradição entre o exacerbado número de ações trabalhistas e o desenvolvimento tardio da indústria no país (UOL, 2017), isto é, se não há tantas indústrias como

em outros países mais desenvolvidos e industrializados, qual o porquê de tantas ações trabalhistas no Brasil?

Também se faz uma crítica no sentido de que os países que mais se desenvolveram ao longo do século XX e XXI não possuem leis trabalhistas, o que, contudo, não passa de uma falácia, e que, na perspectiva e nas palavras do procurador do trabalho, Rodrigo de Lacerda Carelli, constitui o “Mito da Jabuticaba”:

Um mito ideológico, fruto de ignorância ou má-fé, que se repete nesses tempos de pós-verdade é que a Justiça do Trabalho é uma jabuticaba, no sentido de que seria instituição criada no Brasil e que só existe aqui. Aliás, essa é uma das formas típicas do brasileiro desmerecer a si mesmo: “só no Brasil”, costuma-se dizer, com pompa nórdica ou ares de lorde britânico, como se nada tivesse a ver com o que aqui ocorre. (2017).

E continua: “Entretanto, [...] a Justiça do Trabalho existe em diversos países do mundo, tanto em países da common law, quanto da tradição da civil law, a qual herdamos do continente europeu” (Idem). Na França, existem os *Conseils de prudhommes*, cuja função é igualar materialmente empregados e empregadores, como o modelo original brasileiro. Na Bélgica, há também Justiça do Trabalho especializada em primeiro e segundo grau de jurisdição. Na Suécia, Noruega e Finlândia também há uma corte trabalhista especializada. Na Alemanha, a existência de Justiça especializada em Direito do Trabalho data do ano de 1890, tornando-se jurisdição independente em 1953. E outros são os exemplos de países desenvolvidos que possuem em seu ordenamento jurídico o Direito do Trabalho (Idem).

Retomando o raciocínio, quanto ao Brasil não integrar o rol dos países mais industrializados do Globo e ter ele sofrido um processo de industrialização tardia, faz-se mister citar que, com base em excertos já mencionados, a exploração do capitalismo se deu, na Inglaterra, não apenas nos meios de produção, como também na extração da matéria prima a ser utilizada nas indústrias; e isso não foi razão para desconsiderar a exploração do capital sobre o trabalho nessas circunstâncias.

A exploração do trabalho no Brasil, desde o início de sua colonização, mostrou-se da mesma forma que a exploração do trabalho inglês para a extração de matéria prima, e o fato de não ser industrializado de forma internacionalmente considerável ou de ter se industrializado tardiamente não descarta os dados históricos referentes à exploração do trabalho na sociedade brasileira. Há inclusive divergências sociológicas de se o Brasil, em sua origem, possuía relações de tipo capitalista ou se era uma junção de tipo feudal com o capitalismo.

Nessa dissidência, posiciona-se o professor, Alysson Leandro Mascaro, considerando o Brasil como sendo um país capitalista desde a sua origem:

[...] o Brasil, desde o seu início, é orientado para o mercado. Por que no Brasil se plantava açúcar, sendo que o povo e o dono do canavial não vivem de comer tanto açúcar? Porque a

produção era feita para ser vendida na Europa. Assim com o algodão, o pau-brasil. Muito bem, o que temos desde o início é o fato de que o Brasil é uma sociedade orientada de maneira capitalista. (p. 173, 2009).

Enfatiza também Mascaro que “não se consolidou, no Brasil, nem sequer o mercado consumidor mínimo dos trabalhadores assalariados, porque a sociedade foi construída numa dicotomia ainda maior que a havida no capitalismo central”, ou europeu, qual seja, a do regime escravocrata (p. 174, 2009); e, nessa perspectiva, afirma que “Trata-se, pois, de um tipo de capitalismo exacerbado” (p. 175, 2009).

[...] na verdade, não se trata de dizer que faltou capitalismo no Brasil. O Brasil sempre foi capitalista e o capitalismo brasileiro é assim, peculiar pela sua exacerbação da expropriação do trabalho e de sua orientação meramente voltada ao mercado externo. Não faltou capitalismo ao Brasil; pelo contrário, houve demais. (Idem).

Apesar de arcaicas, as relações de trabalho no Brasil não constituíram um regime feudal, nem sequer a ele semelhante. Isso se justifica abaixo:

Não é uma relação entre senhor e servo porque nesta o senhor sobrevive da autonomia da produção do seu feudo. Daí que os servos produzem para o abastecimento do senhor e ficam com o excedente para sobreviver. A orientação da produção feudal não é para o exterior do feudo, isto é, não se volta à venda, à comercialização dos excedentes. Isso não é o que se vê no Brasil. Na verdade, toda a produção agrícola e extrativista brasileira, desde o seu início, está voltada à venda para o mercado estrangeiro, europeu. Não se trata de uma produção voltada à autonomia econômica de um feudo. (MASCARO, p. 174, 2009).

Desse modo, embora pouco industrializado, se comparado aos países desenvolvidos, e de industrialização tardia, considera-se sim, desde a sua origem, o Brasil como sendo um país capitalista. Além disso, com base na própria CLT, em seu art. 1º, “Esta consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas”, ou seja, a pretensão de se proteger o trabalhador de arbitrariedades em sua relação de trabalho (no caso da CLT, “relações de emprego”) toma por base tão somente a relação em si entre o trabalhador e quem paga o seu salário, não se referindo em momento algum à necessidade de ser protegido tão somente o trabalhador da indústria.

Sendo assim, inexistente qualquer relação de oposição entre a necessidade de existir o Direito do Trabalho na sociedade brasileira e o desenvolvimento tardio da indústria no Brasil.

Nota-se também que cada realidade deve ser analisada em sua particularidade social. A realidade do Brasil, a seu próprio modo, não pode ser comparada a de outros países, pois cada sociedade se comporta num determinado sentido conforme existam ou não certas normas jurídicas. Essa, inclusive, é a ótica sob a qual Montesquieu analisa a relação lei e sociedade. Montesquieu foi um filósofo cujas ideias tiveram alcance e influência sobre as posteriores constituições democráticas do ocidente. Nas suas palavras: “A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares a que

se aplica tal razão humana” (p. 26, 2010). E continua:

Devem estar relacionadas ao físico do país; ao clima [...]; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores. Devem relacionar-se com o grau de liberdade que a constituição pode tolerar; com a religião dos habitantes, com as inclinações, com as riquezas, com o número, com o comércio, com os costumes, com os comportamentos. Enfim, tais leis mantêm relações entre si; estão relacionadas à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. (Idem).

A ordem das coisas sobre a qual se estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho foi a da exploração do trabalho rural, nos grandes latifúndios, e da transição desse sistema para o início de uma industrialização mais intensificada no Brasil. (MARTINS, p. 11, 2012).

Os dados acerca da herança histórica brasileira da exploração não são pelos críticos do Direito do Trabalho negados, no entanto afirmam eles que tal realidade não mais se faz presente no cenário brasileiro do século XXI. Estão enganados.

Com base no jornal Gazeta do Povo, “Os pedidos por pagamento de horas extras, intervalo intrajornada não gozado e indenização por danos morais estão entre os mais frequentes dos processos em exame no primeiro trimestre de 2017 no Tribunal Superior do Trabalho (TST)” (2017). Mais especificamente, “Segundo levantamento divulgado pela corte, nos 249 mil processos em tramitação até o último dia 31 de março, a maior demanda é de horas extras, com 45,9 mil pedidos” (Idem).

Além disso, também retrata o supracitado jornal que:

O intervalo intrajornada vem em terceiro lugar, com 30 mil ações; e em quinto está o reconhecimento de assédio moral, com 27,6 mil (confira infográfico). A segunda e a quarta posição no ranking de processos do TST se referem a questões mais processuais: negativa de prestação jurisdicional e honorários advocatícios, respectivamente. (Idem).

Assim sendo, nota-se que, apesar de o Brasil não ser mais um país eminentemente agrícola nem escravocrata, a realidade dos vínculos empregatícios no Brasil que versam os pedidos mais suscitados em ações trabalhistas é a da exploração pura e simples do trabalho. Horas a mais trabalhadas sem serem pagas; trabalho ininterrupto sem as devidas horas de descanso; além de assédio moral – fator este, por sua vez, longe da própria relação econômica do trabalho, direcionando-se mais ao âmago do indivíduo e a sua dignidade enquanto ser humano – são um espelho do que se resulta de um contrato de emprego distante de normas trabalhistas: a exploração do trabalho humano.

A sociedade brasileira constituiu-se sob os alicerces da exploração do trabalho, seja na escravidão, seja nas lavouras e latifúndios, seja nas indústrias, seja até mesmo no comércio. Com base nisso, o ministro do TST e professor, Mauricio Godinho Delgado, aponta dados do IBGE que detectaram, em 2001, em sua Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (Pnad), dados que apresentam as condições degradantes de trabalho já ocorridas no Brasil, um deles, inclusive, de

número exorbitante de trabalhadores não remunerados:

Nesta linha, a Fundação IBGE detectou, em 2001, em sua Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (Pnad), dentro do enorme universo do trabalho não regulado normativamente no Brasil (composto por mais de 43 milhões de pessoas), nada menos do que 18,2 milhões de *empregados sem carteira assinada*, ao lado de outros 16,8 milhões de *trabalhadores autônomos*, a par de quase 9 milhões de trabalhadores *não remunerados* ou que se situam no chamado *setor de subsistência*. Ainda que se admita, como pertinente que certo percentual dos 35 milhões de pessoas pretadoras de serviço oneroso acima indicadas (18,2 milhões + 16,8 milhões) corresponda efetivamente a trabalhadores autônomos ou eventuais, não há como se refutar a presença de *dezenas de milhões de indivíduos que prestam serviços nos moldes empregatícios no Brasil, sem que lhe seja assegurado o rol de garantias e direitos trabalhistas*. (p. 57, 2009).

Depois desses dados e do respectivo posicionamento, prossegue o professor Godinho:

[...] é evidente que seria ingenuidade negar-se que o Direito do Trabalho não tenha, também e de modo concomitante, uma *função política conservadora*. Esta existe na medida em que esse ramo jurídico especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea. O reconhecimento dessa função, entretanto, não invalida o diagnóstico de que a normatividade autônoma e heterônoma justaltrabalhista é que assegurou, ao longo dos últimos séculos, a elevação do padrão de gestão das relações empregatícias existentes e do próprio nível econômico conferido à retribuição paga aos trabalhadores por sua inserção no processo produtivo. (p. 58, 2009).

Diante disso, não nega Godinho o aspecto “conservador” do Direito do Trabalho, visto regular ele as relações interpessoais no quesito da liberdade dos contratos. Contudo, reconhece a legitimidade desse âmbito do Direito pelo fato de ser ele capaz de assegurar – e assegurou, ao longo das últimas décadas – a melhoria das condições empregatícias e da contraprestação salarial pelo trabalho realizado. Em outras palavras, melhor seria se não fosse necessário o Direito do Trabalho, mas fato é que a sociedade brasileira carece de sua aplicação. Portanto, que se faça ele presente nas relações empregatícias do país.

De outro modo, as alegações de que o Brasil é o país com o maior número de ações trabalhistas no mundo não dão vazão suficiente para que se extinga o Direito do Trabalho do ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas refletem tal realidade de exploração do trabalho.

Primeiro que esses dados de que o Brasil possui cerca de 98% das ações trabalhistas do planeta não passa de uma estatística sem origem precisa. Aponta Rodrigo Trindade, presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região (AMATRA IV), através da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que, na verdade, dados mostram o contrário:

A campeã absoluta de ações é a Justiça Estadual, com 69,3% das demandas. [...] A Justiça Federal, que praticamente tem apenas um réu, possui 13,4% das ações. E, para diminuir a litigiosidade daquele lado, a fórmula fica bem mais simples: basta a União deixar de ser a maior recorrente do país e abster-se de abarrotar tribunais com recursos natimortos. A Justiça do Trabalho tem número parecido com a Federal, 14,9%, e para entender, precisamos apertar o zoom e conhecer o que ali costuma se postular. (2017).

Além disso, ainda que o Brasil fosse o país com maior incidência de ações trabalhistas no

Globo, isso não significa que a CLT ou que a Justiça do Trabalho estão a causar injustiças na sociedade brasileira, mas sim que pessoas estão descumprindo a lei. Seria o mesmo que se pretender a extinção da Justiça Comum pela incidência elevada de ações penais, de litígios de família e de ações de direito do consumidor, que de fato são as que possuem maior incidência, com base nos dados acima.

O poeta brasileiro, Manoel de Barros, escreve que “a importância de uma coisa não se mede com fita métrica nem com balanças nem barômetros etc. Que a importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa produza em nós” (p. 28, 2006). Dito isso, e parafraseando essa poesia, a importância do Direito do Trabalho há que ser medida não por seu tempo de vigência – “fita métrica” –, mas pela sua capacidade de produzir justiça social. Por essa razão, afirmações de que a CLT se encontra ultrapassada e inaplicável ao tempo presente e que, por isso, deveria não mais existir, são equivocadas. Equivocadas não só com base na ideia por trás do poema, mas com base, inclusive, nas próprias comparações realizadas entre o Brasil e outros países.

Compara-se o Brasil com países em que não há Direito do Trabalho a fim de extingui-lo de seu ordenamento, mas se esquecem os respectivos críticos de que um desses países comparados ao Brasil – os Estados Unidos – possui uma Constituição Republicana que data do ano de 1787.

Não devem ser ignoradas críticas que recaiam sobre a CLT, contanto que sejam elas a respeito do seu conteúdo e não com base em datas, tempo de vigência ou origem histórica. Aliás, outro equívoco de discussão é a comparação realizada entre a CLT e a *Carta del Lavoro*, de Mussolini, de 1927, sob a alegação de receber, a CLT, influências de fascismo e ditadura na sua redação.

O equívoco dessa crítica reside no fato de se tratar o documento *Carta del Lavoro* de uma espécie de declaração dos princípios do Estado Fascista da época e com a pretensão de se estabelecer um sentimento de classe dentro da nação italiana, aderindo, inclusive, os trabalhadores à pequena burguesia, pois o foco era o nacionalismo fascista, e a finalidade foi de levar a sociedade a uma luta de classes em âmbito internacional:

Muitos do que dizem que a legislação trabalhista brasileira é cópia da Carta del Lavoro nunca chegaram a ler a tal Carta e imaginam que se trate de uma legislação trabalhista, uma espécie de Código do Trabalho. [...] apesar do nome, a Carta del Lavoro não se refere, especificamente, às relações de trabalho e sequer tem conteúdo normativo. [...] é bem menos que um Código do Trabalho. [...] na verdade, é uma declaração de princípios do Estado Fascista, na qual se expressa “o pensamento político de Mussolini em relação ao Estado, a Nação e a Sociedade”. [...] tem sentido dentro de um regime fascista, em que se procura extrair dos trabalhadores o sentido de classe, ao menos no contexto das relações internas, transformando-os em integrantes de uma massa, à qual se adere, sem distinção, a pequena burguesia, identificada pela necessidade decorrente da fragilidade econômica, atribuindo-se a essa massa um espírito nacionalista a fim de impulsioná-la a uma nova luta de classes no âmbito internacional. (MAIOR, p. 296, 2011).

Assim sendo, não se aplicando a CLT a essa relação entre o direito do trabalho e os interesses políticos nacionalistas de um país, como se mostrou a *Carta del Lavoro*, e tendo em conta os dados de exploração do trabalho no Brasil, percebe-se que deixar ao alvedrio das partes negociar livremente as condições de labor num contrato de emprego é dar margem à exploração. Por isso da importância do Direito do Trabalho; importância essa que chega a ser inerente até mesmo à sistemática do Código Civil.

Diante das posições favoráveis ao julgamento de causas trabalhistas na justiça comum e sob o prisma da legislação civil, cabe salientar que o art. 421 do Código Civil dispõe que “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Sendo assim, ainda que coubesse ao Código Civil regular as relações empregatícias, seu art. 421 remeteria os casos concretos contratuais à necessidade de se observar sua função social, tornando necessária uma abrangência mais específica que a do âmbito civil. Seria necessária a CLT pela própria previsão contida no Código Civil de 2002.

Nessa perspectiva, expõe o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, professor e doutrinador, Carlo Roberto Gonçalves:

Segundo Caio Mário, a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer [...]. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. (p. 25, 2017).

Desse modo, contrariando a concepção clássica da liberdade sem limites nos contratos, sua função social é assegurada com a finalidade de se evitar possíveis arbitrariedades no exercício desregrado da autonomia da vontade. Sendo uma das partes desfavorável materialmente à outra, o Direito atua regulando essa relação para que não haja abuso. Com o Direito do Trabalho não é, e não pode ser, diferente:

“[...] os seres humanos devem ser tratados de forma igualitária, desde que se encontrem em situações semelhantes, mas não quando se encontram em situações diferentes. É tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares” (RODRIGUEZ, p. 441, 2000).

Assim, injustiça é se permitir a liberdade sem função social, sem limites e desregrada na contratação do trabalho humano, pois é evidente que, numa relação de emprego, aquele que detém capital suficiente para pagar os salários dos que lhes prestam algum serviço possui maior capacidade de prevalecer sua vontade na elaboração do contrato.

3. O REAL CUSTO DE UM EMPREGADO

No art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu §6º, define-se quais

são as parcelas de pagamento devidas num contrato de trabalho, isto é, as verbas a serem pagas mensalmente ao trabalhador. São elas: *I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.*

Além disso, nota-se que outro valor a ser pago pelo empregador, mas que não integra nem o salário nem as demais verbas a serem recebidas pelo empregado de imediato, é o FGTS, ou “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”; e sua disposição legal reside no §8º, art. 452-A da CLT: “*O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações*”.

Esse valor referente ao FGTS, contudo, não encontra previsão na CLT, sendo necessário, para tanto, recorrer à lei própria de tal fundo, a Lei nº 5.107/66. Nela, em seu art. 2º, está disposto que a importância é “*correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração para no mês anterior a cada empregado*”. Todavia, da época de vigência dessa lei, o FGTS era facultativo. Hoje, com o advento da Constituição Cidadão de 1988, o regime do FGTS passou a ser obrigatório.

Dessa forma, no caso de um trabalhador com um salário de R\$ 1.000,00 (mil reais) mensais, por exemplo, suas respectivas verbas trabalhistas a serem recebidas serão: férias proporcionais a esse salário somadas a 1/3 desse mesmo valor, ou seja, dividindo mil reais por 12 (doze), que é o número de meses do ano, e acrescido 1/3 desse valor, tem-se a soma de R\$ 83,30 + 27,77, que equivale a R\$ 111,07; e o 13º (décimo terceiro) salário, que corresponde a mais um salário, ou seja, R\$ 1.000,00, que, dividido pelos meses do ano, acresce-se mais R\$ 83,30,00 no valor a ser recebido mensalmente pelo trabalhador desse caso hipotético. No total, terá esse trabalhador que receber R\$ 1.194,37 (mil cento e noventa e quatro reais e trinta e sete centavos), e, além disso, terá seu empregador que desembolsar por mês também o valor equivalente a 8% do seu salário para o regime do FGTS, que corresponderá à R\$ 80,00 (oitenta reais).

Numa situação hipotética sem muitas especificidades concretas, portanto, um trabalhador cujo salário é de R\$ 1.000,00 receberá R\$ 1.194,37 por mês e seu empregador terá que pagar de custo pelo serviço o valor de R\$ 1.274,37 (mil duzentos e setenta e quatro reais e trinta e sete centavos), pois, além do custo de R\$ 1.194,37 das verbas trabalhistas do empregado, incide ainda o valor do FGTS de R\$ 80,00.

Via de regra, portanto, o custo de um empregado, tão somente pelas determinações de pagamento da CLT, não é de valor consideravelmente elevado, tendo em conta o salário base em que se pauta. No exemplo acima, por um salário de R\$ 1.000,00 mensais, o trabalhador custa, para seu empregador, ao final do mês, o valor de R\$ 1.274,37.

O problema reside no fato de que certos empregadores deixam de pagar o pouco que é devido aos seus empregados com a intenção de se auferir lucro. O resultado: pouca diferença se obtém de lucro ao final do mês, deixando de pagar essas poucas verbas devidas ao seu empregado, e o resultado na Justiça acaba sendo um valor exorbitante.

Como já visto no item anterior, no terceiro trimestre do ano de 2017, dois dos pedidos de maior incidência nas ações trabalhistas foram pelo não pagamento de horas extras e pela não concessão de intervalo intrajornada, fato esse que reflete a intenção lesiva de determinados empregadores em não pagar certas verbas trabalhistas. Disso, ao final, caso algum empregado prejudicado decida ajuizar uma ação, prejuízos financeiros recaem sobre o empregador, e isso acaba refletindo nas tantas críticas de que o Direito do Trabalho é, na verdade, injusto.

Outras especificidades do caso concreto, obviamente, irão resultar num aumento da contraprestação do empregado. Quando a lei menciona “*V - adicionais legais*”, refere-se tanto ao adicional de insalubridade quanto ao de periculosidade, os quais estão intimamente ligados aos conceitos “segurança” e “medicina do trabalho”.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins: “A segurança e medicina do trabalho são o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não tiver condições de prestar serviços ao empregador” (p. 665, 2012); e continua:

Até o início do século XVIII, não havia preocupação com a saúde do trabalhador. Com o advento da Revolução Industrial e de novos processos industriais – a modernização das máquinas –, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho. A partir desse momento, há necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente de trabalho em seus mais diversos aspectos, de modo que o trabalhador não possa ser prejudicado com agentes nocivos a sua saúde. O Direito passou, então, a determinar certas condições mínimas que deveriam ser observadas pelo empregador, inclusive aplicando sanções para tanto e exercendo fiscalização sobre as regras determinadas. (Idem).

É da preocupação com a saúde do trabalhador, portanto, que surge o campo da segurança e da medicina do trabalho, estabelecendo parâmetros mínimos para que a dignidade da vida do trabalhador seja assegurada em seu ambiente laboral. Dentre essas condições mínimas, encontra-se, no direito brasileiro, a previsão dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, que dizem respeito, respectivamente, a um adicional pela existência de “risco, a possibilidade de ocorrer o infortúnio”, no caso, algum acidente de trabalho ou mesmo a morte (MARTINS, p. 678, 2012); e a um adicional quando “o prejuízo é diário à saúde do trabalhador” (MARTINS, p. 676, 2012).

Quanto à insalubridade, mesmo sendo ela indenizada, deverá o empregador realizar as medidas que forem necessárias à diminuição dos riscos à saúde de seus empregados. É o que diz a Súmula 289 do TST:

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do

pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

No entanto, a Súmula 80 do TST aponta que “a eliminação da insalubridade pelo fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do poder Executivo exclui a percepção do adicional respectivo”. Aqui, ocorre a busca pela eliminação da insalubridade através do oferecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs). Sendo assim, todas as medidas para a proteção da saúde do trabalhador devem ser tomadas por parte do empregador, sendo o oferecimento de EPI adequado a única medida capaz de extinguir o dever do adicional de insalubridade.

Nota-se, ademais, que o oferecimento de EPI somente cessa o dever sobre o adicional de insalubridade quando tal equipamento de proteção de fato conseguir proteger a saúde do trabalhador em sua integralidade. Deixando margem para alguma incidência de risco a sua saúde, já retorna a obrigatoriedade do adicional; e os parâmetros para o adicional condizem com o nível de risco à saúde do empregado, respectivamente 10%, 20% e 40% para os graus mínimo, médio e máximo de insalubridade. Diz a lei:

Art. 192, CLT. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

A incumbência de definir quais atividades são de grau mínimo, médio e máximo de insalubridade é devida ao Ministério do Trabalho, conforme diz o art 190 da CLT, além de também estabelecer “os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes”; sendo que “Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho” (art. 196, CLT).

Quanto à periculosidade, difere-se ela da insalubridade pelo fato de constituir-se de um rol taxativo de atividades, quais sejam aquelas em que envolver: *I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial*; redação do art. 193 da CLT, o qual também inclui como atividade insalubre, em seu §4º, “as atividades de trabalhador em motocicleta”.

O supracitado artigo fala ainda em “exposição permanente” como requisito de uma atividade para ser considerada com índice de periculosidade, mas esse contato permanente tem de ser entendido como diário ainda que o trabalhador esteja sujeito ao risco por poucas horas durante o dia de labor (MARTINS, p. 679, 2012).

Do mencionado artigo da CLT a respeito da periculosidade, cabe mencionar que a porcentagem devida pelo exercício de tais atividades é no montante de 30% sobre o salário e sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa (§1º, art. 193) e que poderá o empregado também optar pelo adicional de insalubridade ao invés do de periculosidade se também lhe for aquele devido (§2º, art. 193).

Além disso, embora tenha sido mencionado o termo “salário” no caso hipotético analisado, a CLT faz menção ao termo “remuneração” em seu §6º do art. 452-A. Isso porque “remuneração” é o montante de valor total do qual fazem parte, além do salário, as gorjetas. Logo, a depender do caso concreto, se houver a previsão no contrato de trabalho pelo recebimento de gorjetas, será o valor dessas acrescido no que deve ser recebido pelo empregado. Contudo, não diz respeito esse valor a uma obrigação do empregador de pagá-lo junto do salário ao final do mês, pois gorjeta não integra salário.

Nesse sentido, diz a Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas e aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Por essa razão, não integram, as gorjetas, salário do empregado, mas remuneração.

Diferente, entretanto, são as comissões, as quais, por sua vez, integram, sim, salário do empregado e, portanto, devem ser acrescidas no montante do valor a ser recebido pelo empregado ao final do mês e servir de parâmetro para o cálculo das demais verbas trabalhistas a ele devidas.

As comissões geralmente estão presentes nos serviços realizados por viajantes, vendedores ou praticistas, que podem ter seus salários determinados à base de uma porcentagem sobre as vendas realizadas (MARTINS, p. 270, 2012). Essa porcentagem é que diz respeito à comissão. Assim, diz a lei: § 1º, art. 457 da CLT. “*Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador*”.

Outras verbas a depender do caso que podem ser acrescidas no custo do serviço de um empregado são os vales transporte e alimentação.

A previsão legal para o vale transporte reside em decreto, o de nº 95.247/87, que regulamenta a lei nº 7.418/85. Nele vem conceituado o vale transporte como sendo o “*benefício que o empregador antecipará ao trabalhador para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa*” (art. 2º), e entende-se como deslocamento “*a soma dos segmentos componentes da viagem do beneficiário por um ou mais meios de transporte, entre sua residência e o local de trabalho*” (parágrafo único, art. 2º).

Desse modo, não sendo necessário a utilização de um ou mais meios de transporte para se

dirigir ao local de trabalho, será dispensada a obrigação por parte do empregador de pagar o vale transporte, desde que, contudo, seja declarado expressamente no contrato de trabalho. Hipóteses como essa são os casos em que ou o empregado reside próximo ao seu local de trabalho, ou quando possui outro meio de transporte para se dirigir ao local.

Ademais, poderá o empregador descontar até 6% do salário básico de seu empregado pelo oferecimento do vale transporte, excluídos quaisquer adicionais ou vantagens, se assim for previsto no contrato. Essa autorização vem disposta no inciso I do art. 9º do referido decreto.

O vale transporte é, sim, obrigatório quando for ele necessário, entretanto, determina a lei nº 7.418/85, regulamentada pelo decreto citado, em seu art. 2º, que:

O Vale-Transporte, concedido nas condições e limites definidos, nesta Lei, no que se refere à contribuição do empregador: a) não tem natureza salarial, nem se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos; b) não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; c) não se configura como rendimento tributável do trabalhador”

Já no que se refere ao vale alimentação, o art. 485 da CLT é claro ao estabelecer que irá compreender o salário do empregado se assim estiver previsto no contrato, ou se pelo empregador for oferecido por força do costume e de forma habitual:

Além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Não havendo previsão expressa ou costumeira e habitual pelo fornecimento do vale alimentação, não será ele obrigatório. Entretanto, sempre que houver norma coletiva versando sobre sua obrigatoriedade, será ela devida mesmo na ausência de previsão contratual.

Com base nessas informações de previsões legais, conclui-se que o máximo que um empregado pode trazer de despesas a seu empregador pelo trabalho realizado seria se a atividade laboral envolvesse ou periculosidade ou insalubridade, se houvesse alguma forma de comissão e se fosse concedido tanto vale alimentação quanto vale transporte. Somando os respectivos valores, com base na situação hipotética de um empregado cujo salário mensal é de R\$ 1.000,00 (mil reais), tem-se o seguinte:

R\$ 1.274,37 (mil duzentos e setenta e quatro reais e trinta e sete centavos) de salário, férias acrescidas de 1/3, 13º (décimo terceiro) salário e FGTS;

R\$ 400,00 (quatrocentos reais), referente ao grau máximo de insalubridade, ou seja, 40% de R\$ 1.000,00 (mil reais), que é o salário do empregado;

R\$ 50,00 (cinquenta reais), supondo que a comissão sobre o salário é de 5%;

R\$ 20,00 (vinte reais), como valor hipotético de vale alimentação, tendo em conta o preço de uma refeição por dia, o que resulta no valor de R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais), tendo por

base uma média de 21 dias por mês;

R\$ 5,00 (cinco reais) por dia de vale transporte, que, no mês, tendo por base uma média de 21 dias, resultaria no valor de R\$ 101,00 (cento e um reais).

Somando todos esses valores apresentados acima, resulta o montante de R\$ 2.245,37, ou seja, o valor do salário do trabalhador ultrapassa o seu dobro quando acrescidas todas essas verbas trabalhistas.

Críticas a respeito dessa despesa são sempre apontadas nos meios de comunicação e na mídia pelos formadores de opinião e pela população em geral. Todavia, é um equívoco se pautar nesse valor, pois, das verbas previstas acima, duas delas dependem da vontade do empregador em concedê-las – o vale alimentação e as comissões – e outras duas dependem da situação em que se encontra o empregado no caso concreto – adicional de insalubridade e vale transporte –, ou seja, não são todos os empregos que possuem todas elas e, a respeito de duas, será facultado ao empregador optar ou não por sua concessão.

A incidência de todas essas verbas de forma concomitante é rara, pois a própria aplicabilidade das mesmas exclui umas as outras, por exemplo, o adicional de periculosidade ou de insalubridade é cabido em atividades de produção e não de comércio, sendo estas as capazes de comportar porcentagens de comissão. Logo, ambos não incidirão ao mesmo tempo.

Do mesmo modo, não será possível acrescentar adicionais de insalubridade com os de periculosidade, pois, com base no §2º do art. 193 da CLT, poderá o empregado optar por um ou outro adicional se forem ambos devidos, isto é, não poderá optar pelo recebimento de ambos ao mesmo tempo.

Outro ponto é que, sendo assegurado o fornecimento de EPI devido ao empregado, sem que prejuízo algum obste a sua saúde, deixa de ser obrigatório o pagamento do adicional de insalubridade. Isso com base na Súmula 80 do TST.

Dos valores apresentados, os que mais encarecem a contraprestação pelo trabalho do empregado é o adicional de insalubridade ou periculosidade e a concessão de vale alimentação. No entanto, carece de valor as críticas a respeito do custo dessas duas verbas.

Primeiro que é facultado ao empregado a concessão do vale alimentação, e, portanto, caso constitua um óbice ao capital de giro do empregador, basta não fornecer esse benefício em expresso no contrato de trabalho; segundo, que a insalubridade é descaracterizada com o fornecimento devido de EPIs capazes de sanar o risco à saúde dos empregados e que não são todos os trabalhos que acarretam a necessidade do adicional de insalubridade.

Quanto ao adicional de periculosidade, também não são todos os trabalhos que o torna obrigatório, mas apenas, com base nos incisos do art. 193 da CLT e em seu §4º, quando lidar com

inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; quando envolver roubos ou outra espécie de violência na atividade e for ela de segurança pessoal ou patrimonial; e quando envolver trabalho com motocicleta. A periculosidade, mais rara de ocorrer que a insalubridade, depende de enquadrar a atividade laboral num rol taxativo.

Outro ponto, e que talvez se aplique a todo o contexto das verbas trabalhistas, é que a sociedade como um todo apresenta dificuldades em reconhecer a compatibilidade dos valores que a CLT impõe como contraprestação ao trabalho, através das verbas trabalhistas, com valor real do que o trabalhador produz. Em outras palavras, e pelo que Marx denomina como “fetichismo da mercadoria”, reconhece-se o valor de uma mercadoria, mas não o do trabalho nela contido:

O caráter misterioso da forma-mercadoria consiste, portanto, simplesmente no fato de que ela reflete aos homens os caracteres sociais de seu próprio trabalho como caracteres objetivos dos próprios produtos do trabalho, como propriedades sociais que são naturais a essas coisas e, por isso, reflete também a relação social dos produtores com o trabalho total como uma relação social entre os objetos, existente à margem dos produtores (MARX, p. 147, 2013).

Em outras palavras, diz Karl Marx, nesse trecho de “O Capital”, que o mistério por trás da mercadoria reside na percepção por parte da sociedade de que seus caracteres são objetivos e próprios da forma-mercadoria, e não advindos da força de trabalho humana. Reconhece-se o valor de um produto ou do serviço obtido pela força de trabalho como inerentes aos mesmos, não como advindos do trabalho despejado. Por isso de a sociedade capitalista ter mais facilidade em atribuir valores – por vezes até exacerbados – a uma mercadoria, do que valores mínimos à dignidade do ser humano pelo labor que ele realiza.

Aplicando-se ao caso em estudo do Direito do Trabalho, reconhece-se o valor do que se quer obter através do trabalho prestado pelo empregado, seja a produção de uma mercadoria, seja a obtenção de matéria prima, seja a venda de determinado produto, mas não se reconhece o valor da força de trabalho necessária para que se obtenha determinado valor de capital.

Quando a atividade laboral é perigosa ou insalubre e há recusa no pagamento do adicional devido, torna-se ainda mais evidente o fenômeno do “fetichismo da mercadoria”, pois recusa-se reconhecer um valor mais elevado do que o simples salário quando, na verdade, está o empregado não apenas inserindo o valor de sua força de trabalho na produção da mercadoria ou do serviço, mas pondo em risco o valor de sua saúde ou até mesmo de sua vida.

Também há de se mencionar, a respeito de críticas no tocante à valoração do que seria ou não uma atividade perigosa ou insalubre, que tais definições e parâmetros são determinados com base em critérios de segurança e medicina do trabalho por especialistas nessa área, de modo a adequar o adicional devido à atividade insalubre que o empregado tenha de realizar. Tais definições e parâmetros, por sua vez, encontram-se previstos na Norma Regulamentadora de nº 15 (NR 15), da

Portaria 3.214/1987, emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Portanto, o que encarece o trabalho pelo regime celetista no Brasil não é, em si, a verba trabalhista, mas a vida do empregado. Reconhecer esse valor é reconhecer a vida de quem trabalha; e encontrar sentido no preço que a lei atribui a atividades insalubres e perigosas é reconhecer que, apesar da autonomia da vontade dos contratos, a liberdade de um indivíduo não pode prevalecer sobre o que há de ser devido a uma vida em risco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi transcrito ao longo deste artigo, a importância do Direito do Trabalho no Brasil reside no fato de que a liberdade das partes numa relação empregatícia sempre carrega a possibilidade de pender à exploração. Nem sempre há a exploração, mas, sem o Direito, lacunas são abertas permitindo que condutas antiéticas sejam praticadas. Assim foi com o início da Revolução Industrial, na Inglaterra, e assim permanece até hoje na sociedade brasileira.

Uma nação como a brasileira, a qual perpassa por vários escândalos de corrupção e que é também alicerçada pela corrupção em nível estrutural, necessita de instrumentos jurídicos capazes de regular relações que, por seu próprio alvedrio, conduziram-se ao seu próprio desequilíbrio. Nas relações laborais do Brasil, há desequilíbrio mesmo com todo um arcabouço de leis trabalhistas. É que a sociedade brasileira, para os que acreditam na justiça da inexistência do Direito do Trabalho, não é ética tal qual a de outros países, como os Estados Unidos da América.

Aqui, no Brasil, vige a hipossuficiência do trabalhador, pois, não fosse o Direito assim o considerando, a liberdade dos contratos daria vazão, no mais das vezes, a uma injustiça social: a exploração do trabalho humano.

Conclui-se também, por este artigo, que a exploração do trabalho não é o que comumente se imagina, isto é, como relações sujeitas a péssimas condições de trabalho, em locais de exacerbada periculosidade ou insalubridade, ou mesmo análogas à escravidão. Tais relações de desumanidade existem, sim, na sociedade brasileira, assim como em outros lugares, no entanto, o “simples” ato de não pagar a contraprestação que é devida ao empregado já caracteriza a exploração nesse vínculo, e, inclusive, são acerca dessa violação os pedidos mais suscitados em ações trabalhistas no Brasil.

Outro fator de relevância acerca das críticas sobre o Direito do Trabalho é que o valor da força de trabalho representado pelas verbas trabalhistas não chega a ser tão exorbitante quando dizem ser. Analisou-se, ao longo do artigo, e percebeu-se que tanto as verbas quanto a proteção da CLT são necessárias para que, numa relação empregatícia, não haja contraprestações injustas ao trabalho, nem que o trabalhador se sujeite a condições indignas e degradantes de serviço. Além

disso, para uma análise fora das condições de trabalho e focando somente no “custo” de um empregado, chegou-se à conclusão de que o que encarece o salário de um empregado são os adicionais de periculosidade e insalubridade, além da concessão de vale alimentação. Entretanto, tais verbas adicionais e tal benefício não são a regra nos contratos de trabalho.

A insalubridade deixa de acarretar no adicional se os equipamentos de proteção fornecidos ao empregador são suficientes para proteger o empregado de riscos à sua saúde. A periculosidade consitui-se de um rol taxativo, de modo a estar presente em trabalhos muito específicos. E o vale alimentação, por sua vez, será devido somente se assim quiser o empregador, na elaboração do contrato de trabalho, ou se houver a previsão do benefício em norma coletiva.

Fez-se uma análise de que a insalubridade e a periculosidade são situações que encarecem o valor do trabalho, mas que somente assim são porque dizem respeito a condições de trabalho que colocam em risco a saúde e a vida do empregado. Em hipóteses tais, é dever do Estado regular as relações interpessoais ao ponto de taxar um valor mínimo para a prestação de tais serviços, pois é a vida o bem jurídico de maior valor a ser protegido pelo Direito. Não há liberdade contratual que sobreponha a isso. Não há motivos, pois, para inexistir os adicionais de insalubridade e de periculosidade. Sendo assim, não há motivos para que o trabalho no Brasil não tenha o valor que é assegurado pela CLT.

Outros são os países, além do Brasil, que possuem em seu ordenamento o Direito do Trabalho, países que são, inclusive, considerados como desenvolvidos, a exemplo da França, Inglaterra, Alemanha e Noruega.

Se não houvesse o Direito do Trabalho, mas fosse ética a sociedade brasileira a tal ponto em que a liberdade de um indivíduo não desse vazão à contratação pela exploração, haveria, sim, justiça social no Brasil. Como não há consciência moral nos indivíduos a esse ponto, e como, mesmo que haja, nada impediria que um indivíduo ou outro realizasse um contrato de trabalho em que preponderasse a exploração, não deixa de ser necessário o Direito do Trabalho no Brasil, nem em qualquer outra sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Manuel de. Memórias Inventadas. A Segunda Infância. São Paulo: Planeta, 2006.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O mito da jabuticaba: a Justiça do Trabalho no Mundo, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. Lições de Sociologia do Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do Trabalho. Salvador: JusPODIVM, 2017.

TRINDADE, Rodrigo. Por que tantas ações trabalhistas?, 2017.

A MÁXIMA HERMENÊUTICA JURISDICIONAL E O DESCOMPASSO PRÁTICO ANTE OS DITAMES CONSTITUCIONAIS

Gustavo de Souza MANOEL¹
Gustavo H. B. SANTOS²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo relativo ao protagonismo judicial numa ótica crítica, se voltando à demonstração de que a postura jurisdicional, especialmente quando da prolação de decisão motivada pela aplicação de princípios, é inconstitucional dada a ausência de razoabilidade na utilização da matéria principiológica, fator que faz o órgão jurisdicionado, recorrentemente em sua mais alta Corte, figurar como espécie de novel constituinte, usualmente pelo artifício interpretativo. Diante tal pretensão, iniciou-se as elucubrações acadêmicas pela concepção de Estado, o poder político que o cria e o meio pelo qual se faz, para então nos debruçarmos sobre a matéria relativa aos seus órgãos e respectivos objetos e objetivos, com oportunidade de ponderar sobre a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Superadas as análises propedêuticas, fez-se detida análise da função jurisdicional, o contramajoritarismo, sua incidência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e sua (in) existência ante estudo de caso. Não obstante, a abordagem temática se voltou às minúcias dos métodos interpretativos decisórios e a postura da Corte ao utiliza-los, com reflexão acerca do neoconstitucionalismo e a crítica eminente que o cinge, que comumente denominada de panprincipiológico, resulta na inconstitucionalidade declarada nas linhas categoricamente escritas.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo judicial. Neoconstitucionalismo. Panprincipiológico. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work has the scope of the study on the judicial protagonism in a critical perspective, returning to the demonstration that the judicial position, especially when giving a decision motivated by the application of principles, is unconstitutional given the lack of reasonableness in the use of the principiological matter, a factor that makes the court, recurrently in its highest Court, appear as a kind of novel constituent, usually by the interpretive device. In the face of this pretension, academic elucubrations were initiated by the conception of the State, the political power that creates it, and the means by which it is done, and then we have to study the matter related to its organs and its objects and objectives, with the opportunity to ponder on the theory of the separation of powers and the system of checks and balances. Once the propaedeutic analyzes were over, the analysis of the jurisdictional function, countermajoritarianism, its incidence within the scope of the Federal Supreme Court and its (in) existence before a case study were analyzed. Nevertheless, the thematic approach has turned to the minutiae of interpretive decision-making methods and the Court's approach to using them, with reflection on neoconstitutionalism and the eminent critique that girds it, commonly referred to as panprincipiological, results in unconstitutionality stated on the categorically written.

-
- 1 Discente na faculdade de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo - Presidente Prudente/SP; Membro integrante do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão (CEPE) do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo - Presidente Prudente/SP 2016/2017; Pesquisador pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP 2018.
 - 2 Atualmente é estagiário - Ministério Público Federal. Tem experiência na área de Direito. Discente do curso de Direito no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Modalidade Iniciação Científica (2017-2018).

KEY WORDS: Protagonism judicial. Neo-constitutionalism. Panprincipioligism. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

A estruturação dos poderes e suas funções partem de uma comunidade politicamente organizada, delineada por um documento jurídico, advindo de ordem política que inaugura um novo Estado, com instituição de direitos e deveres basilares à sociedade e previsão de órgãos necessários para a execução, controle e aperfeiçoamento deles. Esse documento é denominado de Constituição.

Existiam diversas concepções para a efetiva formação do Estado, alguns acentuavam elementos espirituais quando da figura do governante enquanto outros concentravam-se em elementos materiais acerca da subordinação dos mais fracos aos mais fortes. Nessa toada, alguns ainda relacionavam a formação estatal com explicações contratualistas, outros institucionalistas e funcionalistas³.

Entretanto, nos parece mais acertada aquela concepção de Jorge Miranda ao definir o Estado como sendo a “organização de governantes e de governados ou comunidade dos cidadãos⁴”.

Nessa oportunidade, precitado autor realiza considerações sobre duas perspectivas do Estado: i) o Estado Comunidade, que consiste na ideia de considera-lo como ente de quem emana o poder para a realização dos fins comuns, tendo por escopo o resguardo dos direitos fundamentais e o; ii) Estado Poder, destinado a cumprir os fins políticos manifestados pelas relações de autoridades delegadas aos seus órgãos, com o fito de uma organização de política estatal⁵.

Segundo o raciocínio do professor Jorge Miranda, não existe Estado sem Direito, pois é ele “que transforma os homens em cidadãos, que estabelece as condições de acesso aos cargos públicos, que confere segurança às relações entre os cidadãos e entre eles e o poder⁶”.

O Direito responsável por criar o Estado é inerente à Constituição, portanto, o Direito Constitucional é o principal responsável pelo estudo da ordem jurídica que rege o Estado. Em resumo, é ele o “ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado⁷”.

Nesse prisma, a Constituição se define como sendo o conjunto de normas necessárias à estruturação e organização do Estado. Essas normas são responsáveis por trazerem o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo, situando os indivíduos e grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder, definindo, por consequência, a titularidade do poder, as

3 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, p. 1.

4 Op. Cit.

5 Op. Cit.

6 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, p. 2.

7 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 34.

formas de organização e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta necessita e os atos em que se concretiza⁸.

Santi Romano, em sua visão *jusfilosófica* diz que a Constituição “é o início de todo direito do Estado e cada um dos ramos deste o pressupõe, sendo, por assim dizer, gerados e amparados por ele, sem que com ele possam ser confundidos⁹”.

Com base nesses preceitos iniciais pretendemos demonstrar a importância do estudo que apresentaremos a seguir.

Para tanto, com fins voltados à estruturação da empreitada, imprescindível a abordagem do poder constituinte e reformador, matéria que sustentando tópico sequente que se refere à separação, independência e harmonia das funções do Poder Estatal, oportunizará a apreciação do modelo adotado na seara jurídica nacional e o sistema de freios e contrapesos que o cinge.

Em momento seguinte, após se firmar as balizas científicas para a jornada principal e se fixar o modelo atual de tripartição de poderes o necessário sistema de equilíbrio, iremos nos debruçar sobre a matéria relativa à função judicial e o dito protagonismo que emana de si.

Não obstante, persistindo a necessidade da boa conceituação da função minuciosamente abordada, nos apresentara de grande valia a dissecação de atributo comumente denominado de contramajoritarismo, que inerente ao poder judicial, serve como fator distintivo dos demais.

Nesta toada, de elevada importância ao estudo se realizará as pontuações do adjetivo judiciário em sede de exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal.

Ato contínuo às ponderações da qualidade contramajoritária da função judicial, far-se-á breves comentários acerca da conduta (contra) majoritária da Suprema Corte face ao julgamento da presunção de inocência.

Alcançando longo assento na pesquisa científica, os métodos interpretativos decisórios serão categoricamente apreciados com fito de corroborar a postura (in) constitucional do Supremo Tribunal Federal, com a demonstração de que a máxima hermenêutica jurisdicional encontra-se em descompasso prático ante os ditames constitucionais.

Nesta esteira, objeto legitimador da assertiva veiculada no presente feito, iremos dissecar o conceito de neoconstitucionalismo e a negativa ocorrência de sua imprudente utilização, ora adotada de panprincipiologismo.

Ademais, findada as noções preambulares do presente trabalho, mister discriminar que o resultado apresentado será pautado na utilização dos meios de pesquisa qualitativo em complementariedade ao quantitativo, de natureza básica, cujo objetivo é explicativo na

8 Op. Cit.

9 ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, p. 10.

oportunidade da identificação dos fatores que contribuem para a ocorrência fenomênica, mas antes, necessariamente descritivo quanto a necessidade da descrição de fatos e fenômenos de determinada realidade, fundados, num todo, em procedimento bibliográfico, solidamente amparado nas obras nacionais e estrangeiras.

2. DO PODER CONSTITUINTE E REFORMADOR

A ideia do poder que cria a Constituição nasceu à época da Revolução Francesa, com o pensamento de Emmanuel Sieyès¹⁰, num panfleto intitulado: *¿Qué és el tecer Estado?*.

Partimos da premissa de que o Estado é criado pela Constituição, e esta, por sua vez, pelo estado democrático de direito, é criada pela manifestação do poder constituinte¹¹ com o fito de criar ou recriar uma nova ordem jurídica¹².

Bidart Campos¹³ traz consigo o seguinte raciocínio sobre o poder constituinte:

Se por '*poder*' entendermos uma competência, capacidade ou energia para cumprir um fim, e por '*constituinte*' o poder que constitui ou dá Constituição ao estado, alcançamos com bastante precisão o conceito global: *poder constituinte* é a competência, capacidade ou energia *para* constituir ou dar Constituição ao estado, é dizer, para organizá-lo.

Quanto a sua natureza jurídica, relevante discussão envolve a matéria, ora se considera o poder constituinte como sendo poder de direito (para os jusnaturalistas) ora poder de fato (para os positivistas). Essa questão gera consequências práticas, pois da precisa definição de sua natureza jurídica que podemos fixar definitivamente seu titular, e da fixação da titularidade do poder é que teremos as premissas para desvendar os interesses e necessidades a serem atendidos pelo futuro Estado (re) criado.

Distinto do titular, é o agente do poder constituinte, que é aquele que elabora a Constituição. O agente não é órgão do Estado ou Constituição, é órgão da sociedade¹⁴.

Carlor Ayres Brito assevera que, exercido sua função, ou seja, promulgada a sua obra legislativa, o agente do poder constituinte se extingue¹⁵.

Nota-se a distinção entre titular e o agente do poder constituinte pela evidente consideração realizada acima; o agente tende a morrer ao término de sua obra, enquanto o titular jamais deixa de existir, ele apenas não edita a Constituição.

10 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué és el tecer Estado ?*.

11 José Afonso da Silva aponta quatro modos do exercício do poder constituinte pela via democrática: a) exercício direto do poder constituinte; b) exercício indireto do poder constituinte; c) forma mista de exercício do poder constituinte; d) exercício pactuado do poder constituinte. SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular, p.70-72.

12 FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional, p.48.

13 BIDART CAMPOS, German J. Filosofia del Derecho Constitucional, p. 161-162.

14 *Op. Cit.* p.51.

15 BRITO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição, p.45.

Entende-se o poder constituinte como sendo inicial, incondicionado e ilimitado. Inicial por instituir uma nova ordem jurídica; Incondicionado porque ele não está condicionado a nenhuma regra jurídica preexistente, pois ele quem cria as regras de acordo com as quais vai atuar; Ilimitado, pois não tem limites para agir, sendo livre para escolher os valores que pretende assegurar na Constituição.

Diferente desse é o poder reformador, que se presta a realizar reformas constitucionais com a inexorável observância das regras impostas pelo poder constituinte, portanto, têm natureza de Direito, devendo, pelo princípio da supremacia constitucional, observar o disposto pelo constituinte como “*parâmetro material intrínseco*”¹⁶ para o exercício de sua função. Por conseguinte, a este poder é atribuído, dentre outros atributos, a característica de sê-lo limitado e condicionado.

É *limitado* por dever inexorável respeito àquilo descrito pelo legislador constituinte, no que tange à sua modificação; e *condicionado* por haver imperativa observância às formalidades previamente determinadas para alteração do texto constitucional (no caso do processo de emenda).

Os titulares do poder reformador são dois: a) o órgão estatal, no caso brasileiro, o Congresso Nacional; b) o próprio titular do poder constituinte, que é o povo.

Entretanto, o agente do poder reformador é o órgão estatal indicado pelo poder constituinte, que no caso seria o Congresso Nacional, que não padece ao exercê-lo, sendo que a forma de manifestação é dada através de propostas de emendas à Constituição.

3. A SEPARAÇÃO, INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DAS FUNÇÕES DO PODER ESTATAL

Ao se manifestar, o poder constituinte busca disciplinar as normas de interesse e necessidade de seu titular e, para obter suas pretensões cria-se órgãos com funções para tanto.

Na ordem jurídica atual, a Constituição Federal contemplou o princípio da Separação dos Poderes, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, §4, inciso III). Os “poderes” assim são divididos entre o executivo, legislativo e judiciário.

A Constituição Federal, no parágrafo único de seu art. 1º, predispõe que o poder emana do povo, que o exerce pelos ditames ali esculpidos. Emanado do povo, o poder é uno e indivisível, o que nos leva a definir que o que há, é a separação de funções, não de poderes.

A separação das funções é justificada pela então inviabilidade que se fez evidente historicamente ao concentrá-las nas mãos de uma só pessoa ou órgão.

Os pensadores mais importantes que se debruçaram sobre o estudo do tema foram Aristóteles (385 a. C.-322 a. C), John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755).

16 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 246.

Aristóteles¹⁷ afirmou que em todo governo devem existir três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente acomodaria da maneira mais conveniente. Esses três poderes seriam o deliberativo, o executivo e o judiciário. Essas funções eram empregadas a uma só pessoa.

John Locke¹⁸ tratou da existência de quatro poderes, o legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, sendo que todos deveriam ser submissos a um único, o legislativo.

Montesquieu¹⁹ baseou sua ideia de separação dos poderes observando que quando na mesma pessoa, ou mesmo órgão de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não há liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente; tampouco existiria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do legislativo e executivo: a) se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador; b) se unido ao executivo, teria força de opressor. Assim, optou-se em separar os “poderes” entre estes órgãos de forma distinta, afirmando o filósofo francês, que tão só dessa forma é que se pode alcançar a efetiva liberdade do homem.

“O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em equilíbrio²⁰”, o que em verdade trata-se, mesmo que timidamente à época, da ideia de harmonia entre os “poderes”.

3.1. O Modelo Atual e o Sistema de Freios e Contrapesos

A lição de Montesquieu acima reportada foi incorporada, excetuando-se a de 1824 que detinha o poder moderador, a todas as outras constituições nacionais, inclusive está presente na Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 2º positiva esse ideal.

Percebeu-se, contudo, que a independência entre os órgãos não correspondia a uma pura separação das funções, foi onde consagrou-se o chamado sistema de freios e contrapesos, com suporte ainda nas ideias de Montesquieu.

O filósofo, embora considerasse “nulo” o poder de julgar, conclui pela necessidade de ingerência dos poderes (das funções) entre si, *v.g.* concedendo ao poder executivo o poder de veto sobre matéria relativa ao legislativo, pois se fosse de modo contrário, o legislativo tornar-se-ia despótico, podendo atribuir para si todo o poder, destruindo os demais poderes²¹.

17 ARISTÓTELES. A política. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127.

18 LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. p. 518.

19 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. p. 167-168.

20 GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. p. 230.

21 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. p. 169-171.

Atualmente, como predispõe a Constituição, há um controle evidentemente limitado entre as funções dos órgãos estatais, principalmente no que tange às suas funções típicas, com o intuito de se manter a harmonia. Entretanto, não incide esse controle recíproco tão intenso quando diante das funções atípicas de cada órgão, a fim de manter sua organização, viabilizar seu funcionamento e efetivar sua independência²².

4. A FUNÇÃO JUDICIAL E SEU PROTAGONISMO

A Constituição Federal estabeleceu a organização do Poder Judiciário brasileiro (arts. 92 a 126). Dentre os dispositivos constitucionais relativos à sua organização encontram-se normas de natureza constitucional, processual e regimental.

A visão mais ampla acerca dos atos do judiciário é ensinada por Luiz Flávio Gomes²³ que, calcado pelos ideais do modelo Democrático do Estado de Direito, acredita ter o órgão judicial cinco funções, sejam elas: a) de aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) autogovernar-se; c) concretizar direitos fundamentais; d) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito; e) controlar os demais poderes.

A principal e mais antiga função do judiciário é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto; desse modo verifica-se a existência de norma jurídica e sua incidência na discussão fática, aplicando-a para solver o litígio. Como reconhece Fachin²⁴, a função judicial hoje, transcende a ideia de pura aplicação do texto legal, pois detém elevada carga valorativa.

O autogoverno se dá em razão do princípio da independência das funções estatais. É o que permite certa autonomia administrativa, financeira e funcional do órgão judiciário.

Quanto a função de se concretizar direitos fundamentais, pode-se afirmar que encontra-se em curso a “era dos direitos humanos e fundamentais²⁵”, nessa perspectiva, o judiciário deveria atuar, suprindo “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes²⁶”.

A função de garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito está impregnada no próprio modelo democrático. O modelo democrático permite a limitação do poder pelo Direito.

Por última função temos aquela de controlar os demais poderes, o que se consubstancia na ideia do sistema de freios e contrapesos outrora citado, mas aqui na vertente do judiciário em si.

22 BRAGHIN, Renan. A expansão da Jurisdição Constitucional frente às limitações dos Direitos Fundamentais Sociais. p. 48.

23 GOMES, Luiz Flávio. A Dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. p. 15-118.

24 FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. p. 472.

25 *Op. Cit.* p. 474.

26 ESTEVES, João Luiz M. Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal. p. 75-76.

Luiz Flávio Gomes assevera “que todos os atos lesivos (por ação ou omissão) praticados pelos demais poderes estão sujeitos ao controle jurisdicional²⁷”.

Com essa informação, imperioso que abordemos em especial a característica distintiva mais relevante da função judicial das demais, atributo bastante para bem discriminar seus objetivos das outras funções estatais.

4.1. O Contramajoritarismo Judicial

Para entender em que consiste o contramajoritarismo judicial, é necessário compreender a estrutura do nosso regime político democrático, que tem como base a própria democracia e, portanto, conta com a interação do povo, concretizada seja pela via direta, com sua efetiva participação popular ou pela via indireta, quando da escolha de seus representantes políticos ocupantes das funções estatais legislativa e executiva, que vão realizar atos políticos em nome da soberania popular, atingindo os interesses e ideias de toda a sociedade ou da maioria dela, coadunada no brocardo de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Assim entendido, essas funções estatais são consideradas majoritárias.

O Estado também é o responsável por efetivar esse ordenamento jurídico em prol da vontade da maioria, é ele mesmo que o faz por sua função de julgar, no que consistiria numa imposição de validade do ordenamento jurídico sempre que houvesse necessidade²⁸.

Ocorre que, por se tratar de um sistema majoritário cuja carga volitiva não representa a totalidade da sociedade, acaba não abrangendo todos os setores e classes da mesma. Nessa esteira, em virtude do caráter representativo do sistema majoritário que rege essas funções estatais, apenas a função judicial tem o condão de tutelar os direitos fundamentais de forma abrangente, e é dotado de uma característica fundamental para isso, o contramajoritarismo.

O contramajoritarismo do poder judiciário tem a finalidade de proteção dos direitos fundamentais, no que tange ao direito das minorias. Deste modo, temos o executivo e o legislativo exercendo o majoritarismo pautado na representatividade e o judiciário com o contramajoritarismo, atuando em nome dos demais que não são englobados pela política majoritária.

A vinculação social a qual são submetidos os membros dos poderes políticos majoritários não se repete no sistema de escolha dos membros do poder judiciário, haja vista sua escolha através de concurso de provas e títulos, quando não, pelo quinto constitucional.

Por derradeiro, a ausência de participação da sociedade no processo de escolha dos membros do Poder Judiciário possibilita o exercício da função contramajoritária, com fundamento,

27 GOMES, Luiz Flávio. A Dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. p. 58.

28 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. p. 510.

principalmente, na garantia dos direitos fundamentais constitucionais, isto porque, como leciona Eduardo Cambi:

Os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. **Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática**²⁹. (Grifos nossos)

Nesse sentido, por serem escolhidos pelo povo para satisfazerem vossos interesses, o executivo e legislativo guardam reverência, pois atuam em favor daqueles que os elegeram, estando preocupados com os horizontes políticos, visto que se entenderem que erraram, o sistema democrático permite que os substituam, assim não arriscam em novas políticas públicas³⁰.

A *contrario sensu*, como visto, o poder judiciário detém maior discricionariedade no que tange a tomada de suas decisões, pois não há o temor de represálias por parte da insatisfação da opinião pública e o risco de os tirarem de seus cargos³¹.

Ainda sobre o tema, imperioso destacar os apontamentos de Luís Roberto Barroso³², *in verbis*:

Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. (...) O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. **É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria.** Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. **Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado.** (Grifos nossos)

É oportuno destacar que atualmente, a função do judiciário atuando como fiscalizador das funções majoritárias vem tendendo a influenciar até mesmo no direito das maiorias tuteladas pelos poderes políticos, pois em que pese a disposição de freios e contrapesos entre os poderes, é possível verificar que o poder judiciário exerce essa tarefa sobre os outros poderes de forma demasiada, porém a ingerência destes para com o judiciário é muito mais tênue, motivo pelo qual nos últimos tempos é possível se notar o chamado “protagonismo judicial”, que gera amplo debate entre aqueles que entendem de bom grado a intervenção judicial exacerbada e aqueles que são contrários a tal situação.

5. O CONTRAMAJORITARISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em se tratando de contramajoritarismo do poder judiciário, é possível notar que essa

29 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. p. 25.

30 *Op. Cit.* p. 278.

31 *Op. Cit.*

32 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 384, 389-390.

característica é muito mais acentuada nos juízos de primeira instância, pois são os únicos totalmente divorciados dos poderes políticos.

Em segunda instância, por exemplo, em que pese à grande maioria dos desembargadores serem juízes de carreira, há aqueles que entram pelo quinto constitucional, dentre membros do Ministério Público e advogados, onde quem vai dar a palavra final sobre quem vai ingressar no Tribunal é o chefe do executivo. Deste modo, quando escolhido pelo chefe do executivo, que por sua vez é dotado de poder político e atua em nome do povo, o desembargador naturalmente carrega consigo essa carga de politização, uma vez que tende a declinar para os interesses daquele que o indicou, e conseqüentemente para aquela maioria que ele representa.

No Supremo Tribunal Federal essa carga de politização é ainda maior, haja vista que seus ministros são escolhidos pelo Presidente da República, observadas as solenidades de praxe para o empossamento do cargo. Nesse jaez, fica claro como a Suprema Corte está eivada de carga política, talvez seja por isso que suas decisões são, em maioria, travadas em debates complexos e opiniões divergentes.

Pois bem, no que tange ao contramajoritarismo do STF, mesmo com toda essa carga política por trás de sua composição, verificamos que ele não pode e não deve ser um órgão de vontade das maiorias, e sim das minorias, como é de característica da função do judiciário.

A problemática se instala quando passamos a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal federal, onde é possível observar cada vez mais que não está se valendo dessa característica e está decidindo de forma a atender aos anseios públicos.

E não é só.

Há decisões onde se está quebrando totalmente paradigmas e passando por cima de princípios e direitos fundamentais consagrados pela *Lex Max*. Consigna-se que não é fato isolado, poderíamos destacar vários casos no presente trabalho, porém, pela limitação nos restringiremos a utilizar como paradigma o julgamento do HC 126292 e das ADCs 43 e 44, atinente ao princípio da presunção de inocência.

5.1 A Conduta (CONTRA) Majoritária da Suprema Corte Frente ao Julgamento Acerca da Presunção de Inocência

O Supremo Tribunal Federal é por certo o guardião da Constituição Federal, e tem sido prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro que lhe atribui essa missão.

Porém, nos últimos anos algumas de suas decisões vêm demonstrando demasiado abuso desses misteres que o próprio ordenamento jurídico lhe prescreve. Não é incomum ver notícias em que a Corte Suprema proferiu decisões contrárias a relevantes direitos e princípios da própria

Constituição e, ainda, contrários até mesmo a entendimentos há tempos consagrados pelo próprio Tribunal.

Deste mesmo modo ocorreu no julgamento do HC 126292 e das ADCs 43 e 44, que travam discussão acerca da possibilidade de execução provisória da sentença condenatória, mesmo quando pendente de recurso nos Tribunais Superiores, o que fere o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/88).

Com a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos (art. 9º), em 1789, o princípio da presunção de inocência ganhou repercussão e importância universal, seguida pela declaração dos direitos humanos da ONU (1948 – art. 11), bem como o Pacto de São José da Costa Rica (1969 – art. 8º, inciso I), a fim impossibilitar a execução equivocada de uma pena.

Aderidos a cada época pelo Brasil, o disposto nos documentos internacionais só fora introduzido como norma constitucional no ordenamento nacional com o advento da CF/88, inclusive com o status de CLÁUSULA PÉTREA, vez em que se encontra no art. 5º.

O art. 5º, inciso LVII, tem a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”.

Repisa-se, a norma diz: “(...) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e como se sabe por simples lição processual penal, pendente recurso, não se pode ter o trânsito em julgado da sentença condenatória (a exceção da execução se dava quando diante de recurso extraordinário, como dispunha o artigo 637 do CPP, mas o texto foi vencido por mutação constitucional).

E desse modo entendia o STF, que no ano de 2009, decidiu que um acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC 84.078). Essa decisão reafirmou o conteúdo expresso da Constituição Federal, e ao determinar que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução de sentença condenatória, estava atribuindo, por consequência, efeito suspensivo tanto aos recursos especiais como aos extraordinários.

Tratava-se, por conseguinte, de decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, comprometido com respeito à segurança jurídica, com a concepção de que somente a sentença judicial definitiva, isto é, transitada em julgado poderá iniciar o cumprimento de pena imposta e principalmente, e decisão coerente com as garantias constitucionais, com o texto literal da Constituição e com a real intenção do legislador constituinte.

Ocasão possibilitada pela mutação constitucional, matéria que é entendida como a alteração do sentido de um texto, comumente realizada em razão da modificação de um contexto. José Gomes Canotilho assevera que é apenas uma nova leitura do texto constitucional, nada mais do

que isso, porém, com uma transformação da realidade constitucional subjacente³³.

Luís Roberto Barroso afirma que:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento Constitucional pode decorrer de uma mudança de realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, pela soberania popular³⁴.

Em que pese os apontamentos do catedrático, o que vemos na prática são mudanças de interpretações no que se refere à Constituição Federal sem mudança alguma de contexto, assim como fez o Supremo Tribunal Federal na decisão sobre a execução provisória da sentença pendente de recurso.

Ao contrário do que assevera Barroso, as demandas sociais e apelos da sociedade, por si só, não podem ensejar releituras substanciais do texto constitucional como vêm ocorrendo, pois cravar como verdadeiro o que diz Barroso (*in fine*) é ir contra a característica contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que esse modo de hermenêutica denominado mutação constitucional sofre limitações, assim como destaca J.J Gomes Canotilho:

Muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretam alterações não permitidas pela Constituição³⁵.

Voltando-se para a decisão supramencionada, verificamos que apesar de ser uma corte contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que atender os anseios da sociedade, que há tempos clama pelo fim da impunidade, querendo ver os supostos agentes ofensores cada vez mais rapidamente respondendo pelos delitos imputados (e será que a proporção não aumentou pela hodierna fase que se vive diante da corrupção no país?).

Devemos consignar que em alguns casos é de bom grado como Guardião da Constituição Federal, que o STF adote posturas “*pro societate*”, porém, essa postura autoritária que vem assumindo ultimamente, como órgão plenipotenciário, não o transforma em uma instituição mais identificada com a sociedade. Pelo contrário, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os bons sentimentos democráticos e republicanos e gera insustentável insegurança jurídica na sociedade brasileira, além de invariavelmente transcender a vontade do constituinte alterando de tal

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.

34 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 126-127.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 1101-1102.

modo a intenção de uma norma (em vezes autoexplicativa) por mera aplicação de uma ilegítima mutação constitucional.

6. OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DECISÓRIOS E A POSTURA (IN) CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como anteriormente destacado, o Supremo Tribunal Federal cada vez mais vem proferindo decisões revolucionárias no tocante a interpretação da Constituição, com o pretexto de alinhar o texto constitucional à dinamicidade social, e exercendo a pura hermenêutica jurídica deixando de lado a dogmática, o Supremo tem proferido decisões e cravado entendimentos que ferem a própria Constituição Federal.

Voltamos especial atenção para o STF por dois motivos principais: a) sua condição de guardião da Carta Magma; b) e o fato de sua função apresentar um poder vinculador nos demais tribunais, podendo conferir repercussão geral a determinada discussão para que possua efeito *erga omnes*, ademais, não podemos esquecer-nos de mencionar a possibilidade de edição de súmulas que podem vincular determinado entendimento ou norteá-lo.

O STF exerce a interpretação constitucional de várias formas, utilizando-se para tanto de métodos e princípios, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência através de critérios ou premissas que são reciprocamente complementares.

A doutrina criou os mais diversos métodos de interpretação como o método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico problemático, método hermenêutico concretizador, método científico espiritual, método normativo estruturante, método da comparação constitucional, e, quanto aos princípios, podemos encontrar o Princípio da Interpretação Constitucional, Princípio da Unidade da Constituição, Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, Princípio da Correção Funcional, Princípio da Eficácia Integradora, Princípio da Força Normativa da Constituição, Princípio da Máxima Efetividade, Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade.

Destarte, verifica-se a diversidade dos métodos e princípios que podem ser utilizados pelos intérpretes ao exercer os referidos administrativos, porém, essa variedade nos faz pensar sobre até que ponto a utilização dos mesmos poderia dar azo para interpretações equivocadas e de certa forma, até arbitrárias, inconstitucionais.

Extraí-se relevante conteúdo de Inocêncio Mártires Coelho oportunamente citando Giuseppe Zaccaria:

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e

paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha de seus instrumentos de trabalho, nem resolver os conflitos entre tais instrumentos, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendem alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementação e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor de justiça, em permanente configuração³⁶.

Data máxima vênia, é o que ocorre com nossa Suprema Corte em muitas de suas decisões, por isso é necessário que se estabeleça parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação, pois estão envolvidos os princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos com a atribuição de qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Como lembra Inocêncio Mártires Coelho agora citando Mauro Cappelletti:

Uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam conflitos de interpretação –, e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas virtudes passivas ou limites processuais que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política e que milênios de sabedoria humana consagraram em fórmulas lapidares, tais como *Nemo iudex in causa propria*, *Nemo iudex sine actore*, *ubi non est actio*, *ibi non est jurisdictio* e *audiatur et altera pars*, entre tantas outras de idêntica inspiração³⁷. (Grifos nossos)

Assim como asseverado, não há como evitar a criação judicial do direito, pois os operadores têm essa autonomia interpretativa, isso faz parte da característica dinâmica da ciência jurídica, porém, devem fazê-lo em observância a limites. Não se pode admitir que com o pretexto de interpretar a Constituição Federal, acabe se vilipendiando as próprias normas que ali estão consagradas, como ocorreu com a presunção de inocência e podendo ocorrer sob qualquer matéria pela liberalidade que tem a função judiciária de interpretar.

Quando a função judicial comete o anacronismo de ir à contramão de um mandamento Constitucional, podemos observar que utiliza de vários artifícios para justificar sua decisão, seja invocando os vários modos de interpretação constitucional, já destacados, seja utilizando-se exageradamente de “princípios”, para justificar a deflagração do texto Constitucional. Por isso passaremos a abordar esta nova/velha prática recorrente no poder judiciário.

7. O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PANPRINCIPIOLOGISMO

O resultado da Segunda Grande Guerra fez nascer uma nova posição jurídica, com reflexos mundiais. Essa nova posição pregava pela necessidade de uma interpretação legal que garantisse o

36 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. *Apud*. ZACCARIA, 2004, p. 129-130.

37 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. *Apud*. CAPPELLETTI, 1993.

alcance do fim último do Direito, onde a lei não podia ser mais considerada nos limites de seu texto, sendo imprescindível a adição de valores até então qualificados como estranhos ao Direito. Embora exista toda uma ocorrência de debates acerca do assunto, fora dessa forma que surgiu o neoconstitucionalismo como novo paradigma jurídico e, utilizando como núcleo essencial os direitos fundamentais, esse paradigma propõe um novo ver da filosofia jurídica e política, bem como da teoria da norma, entretanto, sem negar a historicidade que o antecede³⁸ e, essa nova ótica sob o Direito atualmente se dá pela precípua atenção empregada aos princípios.

Para entendermos a incidência e influência dos princípios no que se refere às decisões da função estatal judicial sob esse novo paradigma jurídico, é necessário que se faça uma breve distinção entre princípios e regras: as regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção – enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”, ou a regra regula a matéria em sua plenitude ou é descumprida; já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação³⁹, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade.

Nesse sentido, Robert Alexy assevera que:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas⁴⁰.

É crível salientar como a função judiciária vem utilizando desse último para “fundamentar” suas decisões, muitas vezes deixando de lado o texto legal que é claramente em sentido diverso.

Não queremos afirmar que a postura do aplicador do direito deve ser eminentemente positivista e engessada, porém, se faz necessário evitar exageros.

38 ISHII, Caio Shiguemy Cassiano. A Evolução da Interpretação dos Direitos Fundamentais: Do Constitucionalismo Liberal ao Neoconstitucionalismo.

39 De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito.

40 ALEXY, Robert, Teoria de los derechos fundamentales, p. 86.

O que se quer é demonstrar que a função judicial deve agir limitadamente, respeitando seus atributos naturais, pois dependendo da forma com que se emprega um princípio a uma norma constitucional, entendendo serem antagônicos, o judiciário estará usurpando a função legislativa constituinte, disferindo golpes à real intenção do texto.

Quando falamos nessa proliferação de princípios, verificamos que essa circunstância pode acarretar sério enfraquecimento da autonomia do Direito, bem como da força normativa da Constituição. Tratando desse intrincado tema, Lenio Streck tece severas críticas ao uso exacerbado de princípios na fundamentação de decisões judiciais, veja-se:

É preocupante, contudo, o fato de alguns princípios estarem sendo usados como artifícios teóricos para escamotear a discricionariedade e a subjetividade de decisões judiciais. Instalou-se, no dizer de Streck, uma fábrica de princípios, que são manejados casuisticamente pelo julgador, seja pela reprodução acrítica de *Standards*, seja pela criação específica de um princípio para reger um caso concreto⁴¹.

E não é só o uso descomedido dos princípios que preocupa. Parte da doutrina também vem tecendo severas críticas à exacerbação dos pseudoprincípios, ou seja, a criação de princípios de acordo com o sentimento ou vontade de cada julgador, de modo arbitrário, em decisões solipsistas (seguindo sua própria orientação pessoal), e o pior, em violação à Constituição Federal. Condutas deste naipe podem levar a discricionariedade, prerrogativa de nosso judiciário, a um inaceitável e antidemocrático decisionismo, sem fundamento algum, ensejando o surgimento de decisões contraditórias, fragilizando a isonomia e a própria Ordem Constitucional.

Essa problemática vem sendo denominada de “panprincipiologismo”, tendo como um de seus principais expoentes o jurista Lenio Streck, que critica paulatinamente essa prática por parte dos interpretes e aplicadores do Direito. Streck⁴² define panprincipiologismo como “uma verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade”, muitas vezes “construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos em sua maioria com a deontologia do direito”.

Essa preocupação de aderência a essa tendência referindo-se ao Supremo Tribunal Federal ganha relevância com a posição que a Suprema Corte adquiriu após a CF/88 e, mais recentemente, com a reforma do Judiciário, tudo em razão da inegável hiperconstitucionalização e reconstrução do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida esse modelo fez surgir aquilo que a doutrina denominou de “supremocracia”, tanto no tocante a autoridade que o STF assume em relação às instâncias superiores, como no deslocamento da Corte para o centro do arranjo político, observando-se a inegável expansão de sua autoridade em detrimento das demais funções estatais.

Em alusão ao caso concreto já exposto nesse trabalho, atinente à discussão sobre a

41 STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum: o pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*.

42 Op. Cit.

mitigação da presunção de inocência, pensamos que o Supremo ao interpretar o dispositivo constitucional, assumiu essa roupagem que a doutrina lhe deu, exercendo de fato a famigerada “supremocracia”, uma vez que foi totalmente contra a sua característica contramajoritária, vilipendiando normas constitucionais relevantes. Além disso, é notável no voto dos Ministros o quanto vem utilizando princípios e textos sem contexto para justificar suas posições. Ao decidir de tal modo, o STF sobrepôs a efetividade da norma penal ao princípio da presunção de inocência, elencando valores como a moral, propriedade, entre outros? Parece-nos um tanto anacrônico. É o que se pode observar em trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a idéia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida [...] De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. **Mediatamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológicos, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros**⁴³. (Grifos nossos).

Notório, desde já, qualquer respeito ao dogma constitucional.

Notório o descompasso da função judicial. Transcende a ideia do razoável impregnada pelo neoconstitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando-se aclarar a ideia do Estado, chegou-se ao poder que o cria, de forma única, exclusiva e substancial, o poder constituinte, que o faz por intermédio da Constituição. Tomada a Constituição como documento regente e estruturador do Estado, é ela quem cria direitos e deveres, além dos meios para perquiri-los da melhor forma. Assim, distribuiu as funções estatais em basicamente três órgãos, o legislativo, executivo e judiciário, cada qual exercendo fiscalização entre si, consagrando o sistema de freios e contrapesos.

Ademais, focando-se nos atributos inerentes à função judicial, precipuamente no que toca

43 Supremo Tribunal Federal, HC 126294, Rel. Min. Teori Zavascki, inteiro teor do acórdão, Data de publicação DJE 17/05/2016 - ATA Nº 71/2016. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016, p. 40.

ao Supremo Tribunal Federal, constatamos sua incrível importância, entretanto, seu prejudicial protagonismo em face das demais funções estatais, elencando ainda as situações críticas de se ter o judiciário funcionando como órgão majoritário (contrário à sua natureza), exemplificado pelo paradigma da presunção de inocência, com azo à análise sobre os métodos de interpretação para a resolução de matéria constitucional.

Ato contínuo, ponderando sobre o neoconstitucionalismo, pudemos destacar a utilização dos princípios como responsáveis pela carga valorativa das regras, suas aplicações razoáveis e, vencido tal matéria, dedicou-se a análise do que hoje convém se denominar de “panprincipiologismo” pelas motivações fáticas que nos envolvem.

Em derradeiras linhas, fazendo-se a crítica quanto à postura da Suprema Corte no julgar desarrazoado das demandas constitucionais antagônicas ao próprio texto da Constituição da República Federativa de 1988 com o subterfúgio de dar ênfase a princípios (?), pôde-se vislumbrar que tal conduta judicial, tentando dar sentido (totalmente) diferente à obra constituinte, seria inconstitucional, por estar usurpando um poder alheio às suas competências, a de criar leis constitucionais por interpretações plenamente desconexas com a realidade, fugindo às intenções do constituinte.

Dessa forma, corroborando as linhas do parágrafo antecedente, a conclusão extraída de todo o conteúdo aventado se direciona a declaração da patente inconstitucionalidade que acomete a postura da mais alta Corte nacional nos julgamentos impulsionados pela desarrazoada utilização principiológica, revelando seu negativo protagonismo, e com isso, se fazendo figurar como verdadeiro, porém ilegítimo constituinte no viés interpretativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: MARTINS FONTES, 2000.

BIDART CAMPOS, German J. **Filosofia del Derecho Constitucional**, Buenos Aires: COCIEDAD ANÔNIMA EDITORA, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGHIN, Renan. **A expansão da Jurisdição Constitucional frente às limitações dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em:

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2867/2645>. Acessado em: 25/10/2016.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: FORENSE, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: ALMEDINA, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6º ed. Coimbra: ALMEDINA, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: MÉTODO, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 3º ed. São Paulo: MÉTODO, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, 7ª ed. São Paulo: MALHEIROS, 2008.

ISHII, Caio Shiguemy Cassiano. **A Evolução da Interpretação dos Direitos Fundamentais: Do Constitucionalismo Liberal ao Neoconstitucionalismo**. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v.2, n.1, 2013. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/viewFile/4048/2133>. Acessado em: 30, out. 2016.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: MARTINS FONTES, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: SARAIVA, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição, ???**

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: MARTINS FONTES, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: EDITORA ATLAS, 2010.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1977.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **¿Qué és el tecer Estado ?**, Madrid: AGUILAR, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI,

Luigi *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso Incomum: o pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.** Mar. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 27. Out. 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 18. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**, São Paulo: MALHEIROS, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. Ed. São Paulo: MALHEIROS, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 126294, Rel. Min. Teori Zavascki, inteiro teor do acórdão, Data de publicação DJE 17/05/2016 - ATA Nº 71/2016. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016.

A PESSOA JURÍDICA FRENTE AO MEIO AMBIENTE E SUA RESPONSABILIDADE PENAL

João Roberto Alves de LIMA¹
Ligia Maria Lario FRUCTUOZO²

RESUMO

Dependendo do tratamento atribuído ao meio ambiente, ele pode se apresentar profícuo, isto é, benigno ou ainda nocivo, ou seja, não agradável para se habitar. A qualidade de vida de seres que residem em um local com características boas, por simetria, será também favorável. A mesma lógica é válida para aqueles que são envolvidos por elementos negativos, onde, por simetria, serão afetados negativamente. Tanto pessoas físicas quanto jurídicas praticam atos atentatórios ao meio ambiente, cada qual na sua dimensão. Via de regra, o impacto causado pelas pessoas naturais são menores do que àqueles que resultam de ações de empresas, por uma questão de proporcionalidade. Dessarte, há pertinência em discutir formas de proteção deste relevante bem jurídico. Diante disso, o presente trabalho visou primordialmente promover reflexões sobre o papel negativo exercido pelas pessoas jurídicas perante o meio ambiente e a possível aplicação do instituto da responsabilidade da pessoa jurídica na seara criminal como forma de coibir suas práticas destrutivas. Para sua confecção os recursos utilizados foram a legislação nacional e doutrinas extraídas de obras de notáveis autores. Tais recursos foram aliados ao método histórico-evolutivo e a abordagem dedutiva, por meio da técnica de documentação indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Direito Ambiental. Pessoa Jurídica. Responsabilidade da Pessoa Jurídica.

ABSTRACT

Depending on the treatment attributed to the environment, it can be profitable, that is, benign or even harmful, that is, not pleasant to inhabit. The quality of life of beings residing in a place with good characteristics, by symmetry, will also be favorable. The same logic is valid for those who are surrounded by negative elements, where, by symmetry, they will be adversely affected. Both natural and legal persons practice acts that threaten the environment, each one in its dimension. As a rule, the impact caused by natural persons is lower than those resulting from corporate actions, as a matter of proportionality. Thus, it is pertinent to discuss ways of protecting this relevant object of law. Therefore, the present work aimed primarily at promoting reflections on the negative role played by legal entities in relation to the environment and the possible application of the institute of the responsibility of the juridical person in the criminal sector as a way to curb their destructive practices. For its preparation the resources used were national legislation and doctrines extracted from works by notable authors. These resources were allied to the historical-evolutionary method and the deductive approach, through the technique of indirect documentation.

KEY WORDS: Environment. Environmental Law. Juridical Person. Responsibility of the Juridical Person.

1 INTRODUÇÃO

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

2 Mestranda pela UNICESUMAR de Maringá-PR; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo; Supervisora de Prática na mesma instituição. Advogada.

É de conhecimento comum que o meio ambiente é de suma importância para a sobrevivência humana, tanto que nos últimos anos uma das grandes preocupações globais tem sido a preservação ambiental. Ouve-se muito em sustentabilidade, isto porque, a partir do momento em que há um desequilíbrio, todas as formas de vidas são afetadas de modo negativo. Conquanto, em contrapartida a preocupação de alguns, existem ainda as figuras delituosas, isto é, em que pese o conhecimento comum da degradação ambiental trazer prejuízos a todos, seja de forma imediata, mediata ou para gerações futuras, há pessoas, sejam elas naturais ou físicas, que persistem em ter condutas e atividades que lesionam este nosso relevante bem jurídico.

Deter um alto capital na nossa sociedade tem sido sinônimo de qualidade de vida, entretanto, os mesmos que buscam qualidade de vida através da riqueza, são os que passam por cima da saúde ambiental para alcançarem suas finalidades. Deste modo, vislumbra-se um gigantesco paradoxo.

Sorrateiramente o conflito entre homem e meio ambiente foi se fincando através do tempo. O homem com sua sede de desenvolvimento econômico e tecnológico não tem dado a devida importância à integridade ambiental, devastando todo um ecossistema essencial para a manutenção da harmonia da vida na terra.

A partir do momento que este importante bem jurídica, crucial para manutenção de uma boa qualidade de vida é depredado, o Poder Público deve movimentar engrenagens para assegurar o seu bom estado.

Frente a toda esta situação o legislador cria mecanismos nos diversos âmbitos do direito na tentativa coibir estas práticas. Deste modo, há o ramo específico do Direito Ambiental que possui contribuições em regulamentações no Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário e em leis extravagantes.

Partindo do pressuposto de ser possível responsabilizar pessoas jurídicas que são grandes vilãs neste cenário de degradação ambiental, a imputação de sanções penais a elas, teoricamente, é uma das formas de coibir estas práticas horrendas. Sendo o Estado capaz de fazê-la, haja vista ser detentor do poder punitivo.

Feitas estas considerações introdutórias relativas às ações frente ao meio ambiente, é de bom grado examinar o bem tutelado em questão com mais profundidade.

2 MEIO AMBIENTE

Com o intuito de obter uma melhor compreensão do que vem a ser Meio Ambiente, esta primeira seção se ocupa a discorrer acerca de seu aspecto terminológico, definição legal e doutrinária.

2.1 Terminologia

Trate-se agora de discorrer o coceito de meio ambiente.

Em uma análise terminológica, “ambiente” quer dizer aquilo que nos circunda, refere-se aquilo que envolve, isto é, está ao redor de algo. Ao passo que a palavra “meio” pode ser considerada sinônimo de “ambiente”. Destarte, acaba por ser redundante utilizar as duas palavras juntamente.

O emprego da expressão meio ambiente é amplamente criticado no direito em razão deste pleonasma, entretanto, é o termo consagrado pelo legislador brasileiro tanto constitucionalmente quanto naquilo que encontramos em corpos infraconstitucionais. Por este motivo, também será utilizado no presente artigo.

Vale mencionar, que diversamente dos brasileiros, para expressar o que se entende por meio ambiente, os italianos utilizam a palavra de forma exclusiva “ambiente”.

José Afonso da Silva em sua obra Direito Ambiental Constitucional (2013, p. 19) elucida que comumente não se usa, por exemplo, a expressão Direito do Meio Ambiente, mas sim Direito Ambiental, pois esta prática linguística foi desprezada por sua redundância.

Além disso, explica o respeitável doutrinador a razão pela qual ainda vige a expressão Meio Ambiente (SILVA, 2013, pag. 19):

[...] essa necessidade de reforçar o sentido significante de determinados termos, em expressões compostas, é uma pratica que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar aos textos legislativos a maior precisão significativa possível; daí porque a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão “meio ambiente”, em vez de “ambiente”, apenas.

Verifica-se que a tal expressão aos poucos foi sendo inserida no linguajar brasileiro, ao ponto de o termo ambiente isolado não indicar mais popularmente o significado que possui. Consequentemente, o legislador nacional também absorveu esta concepção.

Todavia, é plausível o uso da expressão “meio ambiente” ao se visualizar do ângulo que “ambiente” exprime o sentido de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, na qual a interação destes elementos condiciona o “meio” em que se vive, perfazendo, portanto, uma expressão mais ampla.

2.2 Definição Legal e Doutrinária

O artigo 3º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1986, intitulada de Política Nacional do

Meio Ambiente, despende sobre o que seria meio ambiente.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Insta salientar, que mesmo sendo uma concepção inclusa em um corpo normativo anterior a carta constitucional brasileira de 1988, acabou por ser recepcionada, conduzindo a uma definição legal ainda válida.

Segundo o que defende uma fração maior da doutrina, a definição apresentada faz alusão a uma ótica restrita do que vem a ser meio ambiente, limitando-se a abordar o meio ambiente natural, que doravante será elucidado. Estão entre seus filiados Marli T. Deon Sette (2010, p. 34) e José Afonso da Silva (2013, p. 21). Para esta corrente o artigo 3º, inciso I da Lei nº 6.938/81 deve ser somado ao artigo 225 da Constituição Federal, para se alcançar um conceito mais completo. Neste diapasão, de modo a amplificar a formulação feita pelo legislador infraconstitucional, a Suprema Corte Brasileira acolheu algo que já vem sendo levantado por diversos juristas há algum tempo, que é a pluralidade de aspectos ambientais. Destarte, são indicadas pela doutrina e pelo STF ao menos quatro subdivisões, quais sejam o meio ambiente natural, artificial, cultural e o do trabalho, todos de alguma forma entremeados no artigo 225.

Não se deve olvidar da corrente menos expressiva, defensora de que o artigo 3º, inciso I, da mencionada lei federal por si só engloba todas as outras facetas de meio ambiente, indicando-o como um conceito jurídico indeterminado. Ela tem como partidários, Paulo Afonso Leme Machado (2014, p. 59), Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 61) e Robinson Nicácio de Miranda (2010, p. 32).

O último doutrinador citado ensina que (2010, p. 31):

O ambiente integra um conjunto de elementos que condicionam o meio em que se vive. Em razão da interação de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, o conceito de meio ambiente deve ser abrangente, de tal sorte que albergue todos os aspectos possíveis que lhe são correlatos.

A percepção posta está em consonância com o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, ao entender meio ambiente deve abarcar todas as variáveis existentes, ressalvado a não menção ao meio ambiente do trabalho, que é reconhecido pelo nosso supremo órgão do poder judiciário.

Neste compasso, bem estabelece José Afonso da Silva, ao dizer que meio ambiente (2013, pag. 20) “[...] é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Ao esmiuçar o seguinte conceito, é possível extrair o entendimento de que meio ambiente é

gênero do qual possui espécies, quais sejam, o meio ambiente artificial, cultural e natural.

Tradicionalmente, utiliza-se para fazer esta diferenciação de espécies o termo “classes”. Porém, a aluna Montanhasi apud Silva (2013, pag. 21/22), suscitou a inadequação do termo, argumentando que o vocábulo “aspectos” é mais apropriado em razão de expor uma discriminação dentro de um contexto unitário. O notável jurista ambiental que a mencionou, acolheu seu entendimento, assim como também será utilizado no presente trabalho.

A singularização de tais aspectos do meio ambiente é relevante, à medida que cada um compreende um regime jurídico.

Tem-se então, o meio ambiente artificial, que nada mais é do que o resultado de construções humanas, que ainda é subdividido em privado e público. Pode-se citar os edifícios como exemplificadores.

O meio ambiente cultural, por sua vez, não se confunde com o artificial, apesar de também se referir em regra a obras humanas. A diferenciação se dá pelo fato de que a estas obras é conferido um valor social. Elucida Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 64):

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.

Outrossim, é possível que bens naturais se transmutem em culturais a partir do momento que o ser humano concede algum valor a eles. Como bem tece Marli T. Deon Sette (2010, p. 33), alguns deles, em razão de particularidades são tombados como patrimônio cultural, como é o caso da Cachoeira do Véu da Noiva, na chapada dos Guimarães – MT.

Outra semelhança entre o meio ambiente artificial e o cultural está no fato de que ambos são tutelados pelo artigo 225 de forma mediata através da expressão qualidade de vida.

Por fim, há o natural, denominado também por físico. Trata-se do tradicional, no qual, quando se diz em meio ambiente, é este que o senso comum imagina, apesar de não se resumir a ele. Por conseguinte, relaciona-se as águas, a flora, o solo, o ar e etc. Este possui tratamento expresso nos incisos I, III e VII, § 1º do artigo 225.

De forma breve trataremos do meio ambiente do trabalho não mencionado no conceito utilizado anteriormente que, no entanto, é levantado pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, como antes explanado.

Aludida fraseologia é autoexplicativa, pois versa sobre o ambiente de trabalho, conjunto de elementos contidos no local onde se desempenham funções laborais, englobado pelo artificial.

Este preceito do meio ambiente recebeu pela Magna Carta, em seu artigo 200, inciso VIII, uma abordagem especial:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Faz-se necessário mencionar tal faceta, pois mesmo não sendo o objeto direto da presente pesquisa científica, ele está indiretamente interligado, isto porque proteger o meio ambiente do trabalho é também proteger os demais meios ambientes. A título de exemplo, é em muito deles que se concentram produtos poluentes que se armazenados inadequadamente, podem dispersar-se e afetar ambientes externos.

Assim sendo, ao entender que todos estão em contato direto com o meio ambiente, é preciso que ele seja mantido em um bom estado, pois do contrário a vida humana e não humano é afetada negativamente.

Todos os apontamentos foram feitos para dimensionar a magnitude do meio ambiente, e qual a relevância de sua tutela nos múltiplos âmbitos do direito, em especial no Direito Penal, enfoque desta dissertação. Percebe-se que um grande amparo constitucional foi usado na tentativa de explicar o que é o meio ambiente. Este é um indicativo de sua essencialidade e grandiosidade, isto por que a carta magna em regra debruça sobre questões básicas para guiar nossa sociedade.

2.3 Alcance do Meio Ambiente

Meio ambiente está inserido nos direitos conhecidos por difusos e transindividuais, portanto, não se enquadra como um bem público nem privado. Seu encaixe vai muito além, ele extrapola estes dois obstáculos que fazem parte do direito clássico.

Este caráter transcendental emana da Lei maior brasileira de 1988 ao preceituar em seu artigo 225 que “Todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo [...]”.

Utilizando-se de uma interpretação sistemática da carta política, numa visão mais restrita o entendimento majoritário é de que a terminologia “todos” se refere aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, conforme dispõe o artigo 5º caput.

De modo diverso, há quem compreenda ser o artigo 1º, inciso III, aplicável ao caso. Dispositivo este que dá uma conotação mais abrangente ao termo “todos” ao sugerir a pessoa humana como destinatário deste bem, incluindo, portanto, todos aqueles considerados brasileiros, os estrangeiros residentes no país e também os não residentes.

Neste contexto, acerca da expressão bem de uso comum do povo assevera o exímio doutrinador ambiental Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p.50) que nasceu um terceiro gênero de bem, inclusive explana que:

Isso passa a exigir do intérprete uma nova compreensão da estrutura apresentada pelo artigo

20 da Constituição Federal, que estabelece quais os bens da União, porque diversos deles possuem características de bem ambiental, como os lagos, rios, ilhas, fluviais, e o próprio mar territorial, cabendo à União não a sua propriedade, porquanto o bem difuso é insuscetível de apropriação, mas sim a possibilidade de “gerenciá-los”.

Neste sentido, corrobora Marli T. Deon Sette (2010, p. 43):

É um bem que não pode ser fracionado, nem pela sua natureza, nem pela lei e muito menos pela vontade das partes. É igualmente indivisível em relação aos titulares, pois não é pertencente ao Estado, nem ao particular, mas sim à coletividade, representada pelas presentes e futuras gerações, sendo todos esses detentores de tal bem (assim, não se confundem nem com os bens privados, em com os públicos).

Logo, em observância a tal exegese o meio ambiente é um bem que não faz parte da propriedade de ninguém especificamente, é de todos aqueles que constituem nossa nação, contudo deve ser gerenciado pela União e cuidado por todos, pois afeta a todos, no qual, manter sua integridade, está intimamente relacionado ao postulado da dignidade da pessoa humana.

3 DIREITO AMBIENTAL

Esta seção se restringe a tratar da ciência jurídica encarregada por tutelar o meio ambiente, qual seja, o Direito Ambiental. Neste momento, foi feita também uma contextualização histórica evolutiva acerca deste ramo de estudo, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

3.1 Conceito

Agora será divagado a respeito do Direito Ambiental, que tem por objeto o Meio Ambiente, que acabou de ter esgotado todas suas nuances.

No que concerne a sua terminologia, no universo jurídico, fora Direito Ambiental, há quem prefira o chamar de Direito Ecológico, ou ainda, Direito da Natureza.

Estas duas últimas nomenclaturas se limitam ao estudo do meio ambiente natural. Como visto em linhas pretéritas, sustentando-se no entendimento do STF e da corrente majoritária, o ideal é que meio ambiente tenha por respaldo a maior amplitude possível. É por essa razão que Direito Ambiental vem a ser mais pertinente. Por este motivo que referida expressão é utilizada de forma praticamente uníssima pelos estudiosos deste ramo do Direito.

Seu objetivo é tutelar o meio ambiente e por consequência o bem estar de todas formas de vida na terra, principalmente a humana.

Tido como uma ciência autônoma, o Direito Ambiental possui princípios norteadores próprios, bem como um conjunto de normas exclusivas. Inclusive, possui uma capitulação destinada somente a ele em nossa sublime Constituição Federal, posicionada no artigo 225.

Assim o conceitua Milaré apud Miranda (2010, p. 34).

[...] complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do meio ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.

Pode-se dizer que sua autonomia é relativa, isto é, não é uma autonomia geral. Conseguimos estudá-lo de forma apartada, bem como sistematizá-lo de forma apartada e legislar de forma apartada. Em síntese, sua autonomia é didática, legislativa e científica, nada obstante, não está desvinculado totalmente de outras ciências.

Na pirâmide elaborada pelo grande influente do direito Hans Kelsen (SLAIBI FILHO, 2009, p.23), tem-se todas as normas, uma se interligando com a outra de forma horizontal e vertical, tanto que uma norma encontra fundamento na outra. O ramo do Direito Ambiental não é diferente, normas federais encontram fundamento na lei básica e assim em diante. O Direito ambiental se comunica com os demais ramos do direito, ele se apodera de fenômenos de outras searas, como do Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Internacional, Direito Penal, Direito Tributário, dentre outras e se sobrepõe. Ademais, nas palavras de José Afonso da Silva (2013, p. 45) a disciplina em questão “se apropria dos setores que até então não constituíam objeto de qualquer ramo do Direito, nem estavam ligados a qualquer disciplina jurídica determinada (poluições e degradações, natureza, monumento e sítios)”.

O Direito penal, que é o centro do presente trabalho é uma das esferas que mais se associam ao Direito Ambiental, se não aquela com mais efetividade. Esta é uma contestação axiomática, conforme exprime Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 834):

O Poder Judiciário, a quem caberá aplicar a sanção penal contra a pessoa jurídica, ainda tem garantias que o funcionário público ou o empregado da Administração indireta não possuem, ou deixaram de ter.

A experiência brasileira mostra uma omissão enorme da Administração Pública na imposição de sanções administrativas diante das agressões ambientais.

Vê-se que o Direito Administrativo, por mais, que trate densamente do Direito Ambiental, comparado ao Direito Penal, padece de eficácia, em razão de este possuir alguns instrumentos de coerção que aquele não detém.

3.2 Histórico Mundial e Nacional

No início da humanidade os impactos ambientais causados pelo ser humano eram inócuos ou até mesmo inexistentes, haja vista que só era retirado da natureza o mínimo essencial para subsistência humana, além do que, não havia máquinas que permitiam a exploração em massa do ambiente.

Afirma Luis Carlos Aceti Júnior (2007, p. 26) que tudo começou com a Revolução Técnico-industrial do século XIX que ocasionou uma explosão econômica. Foi quando males

começaram a ser causados ao meio ambiente em grande escala. Nasceu junto à preocupação para frear estes atos danosos através de leis.

O bem em tela passou a ser olhado com outros olhos pela comunidade jurídica, até que deram a ele um caráter de direito fundamental, pois eram e são óbvias as consequências desencadeadas por sua degradação.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano ou ainda conhecida Declaração de Estocolmo por ter sido sedimentada em conferência realizada em Estocolmo, capital da Suécia em 05 a 16 de junho de 1972, é uma espécie de extensão da Declaração Universal dos Direitos do Homem. É um documento de suma importância, pois nele é que o meio ambiente foi reconhecido como direito fundamental. Da sua leitura se extrai uma porção de princípios que almejam a conservação ambiental em proporção internacional, sendo um divisor de águas quanto à consciência ambiental, tanto que posteriormente a esta conferência inúmeras reuniões para tratar do tema meio ambiente foram realizadas.

No panorama nacional Marli T. Deon (2009, p. 45) assevera que é possível fragmentar a história normativa ambiental em três momentos: exploração desregrada, fragmentada e por fim a holística.

O primeiro conhecido por exploração desregrada é caracterizada pela omissão legislativa, segundo o que confirma Antônio Herman V. Benjamin (1999, p. 14). Sua gênese é o “descobrimento” do Brasil, que perdura até o final da década de 20.

A despeito de ser caracterizada pela omissão legislativa, neste período encontramos algumas regras isoladas em determinados diplomas de origem portuguesa, ou seja, inicialmente de forma tímida tivemos na época da colonização no Brasil indícios de disposições protetoras ao meio ambiente.

Vigou no início do “descobrimento” do Brasil as Ordenações Afonsinas (1446), onde encontrávamos normas que dispunham sobre a repressão do corte de árvores frutíferas (Livro V, Título LVIII).

Posteriormente foi editada as Ordenações Manuelinas (1521), que versavam sobre o impedimento de se caçar perdizes, lebres e coelhos com objetos que lhe causassem sofrimento (Livro V, Título LXXXIII). Foi um documento precursor quanto a zoneamento ambiental, pois estabelecia zonas que eram permitidas ou não a caça.

Por fim, houve as Ordenações Filipinas (1603) que repugnava a poluição das águas (Livro LXXV, Título LXXXVIII, parágrafo sétimo).

O autor Geraldo Ferreira Lanfredi (2004, p. 03) ressalta que referente a tal legislação “destacam-se relativamente à matéria ambiental questões urbanísticas, entre as quais programas de

obras publicas, como construção de calçadas, plantio de árvores e terrenos baldios”. É perceptível, portanto, em seu conteúdo, uma preocupação em entrelaçar o desenvolvimento urbanístico com a proteção ambiental, uma vez que era estimulada a plantação de árvores.

Por evidência em face da extensão territorial, a dificuldade de levar informações a todos e a de locomoção para fins fiscalizatórios, culminaram na falha aplicação das regras impostas por tais ordenações.

O segundo estágio, denominado fragmentado ou ainda setorial, de acordo com Edis Milaré (2004, p. 134) não revela uma preocupação tão acentuada com o meio ambiente, todavia, é mais perceptível do que na primeira. Esta fase teve seu início no final da década de 20, que perpetuou até 1981.

Ela se caracteriza pela instituição de normatizações espalhadas. Dentre os diplomas legais deste período que continham no seu bojo algo que fizesse referencia a proteção ambiental, podemos citar como aqueles com mais relevância o Código Florestal (Decreto 23.793, de 23 de janeiro de 1934), revogado pela Lei 4.771 de 1965; Código das Águas (Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934); Código de Pesca (Decreto-lei 794, de 19 de outubro de 1938); Estatuto da Terra (lei 4.504 de 1964); Código de Caças (lei 5.197/1967); Decreto-lei 248, de 28 de fevereiro de 1967, que concebeu a Política Nacional de Saneamento Básico e o Decreto Lei 303 de 1967, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental.

Até que em 1981 é sedimentada a Lei nº 6.938, Política Nacional do Meio Ambiente, que se apresentou como um marco histórico no regime pátrio. A partir de então, adentramos na terceira fase, a holística, tendo em vista que a referida lei trouxe consigo uma sistematização inovadora e consistente. Através dela foram estabelecidos princípios, diretrizes e instrumentos que favoreciam o meio ambiente. Esta lei deu um grande passo, pois diversamente do que acontecia nos outros textos normativos que tratavam do meio ambiente pontualmente, este destinou seu corpo integralmente a defesa ambiental

Em outros momentos do trabalho, como no tópico 2.3 que delineia sobre o alcance do meio ambiente, já fora ressaltado que o meio ambiente ganhou status constitucional com o advento da carta política brasileira de 1988. Pela magnitude deste relevante bem jurídica, era mais do que esperado que isto acontecesse. Além de possuir capítulo reservado a ele, referências ao meio ambiente estão espalhadas por toda Constituição Federal. Ao fazer uma busca, encontra-se menção ao termo 17 vezes respectivamente nos seguintes dispositivos: artigo 5º, inciso LXXIII; artigo 23, inciso VI; artigo 24, inciso VI e VIII; artigo 129, inciso III, artigo 170, inciso VI; artigo 174, §3º; artigo 186, inciso II; artigo 200, inciso VIII; artigo 220, §3º, inciso II e demasiadamente no artigo 225 e em seus parágrafos e incisos.

Todas as citações feitas são comandos que visão de alguma forma fomentar o amparo ao meio ambiente.

Não menos importante, por fim, tem-se a legislação que serve de total parâmetro para o que será visto com mais detalhes a diante, a lei 9.605, denominada Lei de Crimes Ambientais, promulgada 10 anos após a implantação da Carta Magna de 88, em 12 de fevereiro de 1998. Ela não é nada mais do que um desdobramento do artigo 225. A temática mais inovadora que ela trouxe a tona foi possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica no âmbito criminal.

3.3 Meio Ambiente e a Terceira Geração de Direitos

Sendo o meio ambiente um direito fundamental, de forma a contextualizar esta abordagem histórica, é valido debruçar sintetizadamente sobre as renomadas gerações de direitos que é lecionada ao estudante de direito desde o seu primeiro ano do curso.

Como dito, os direitos fundamentais podem ser divididos em gerações. Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.55) e outros doutrinadores entendem como mais adequada à expressão “dimensão de direitos”, tendo em vista que esta gradação não ocorreu simultaneamente em todo o mundo.

Primeiramente, advêm da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 os direitos fundamentais de primeira dimensão, que são consequências da Revolução Francesa. Conforme dispõe Marcelo Novelino (2009, p. 362) buscou-se neste momento a liberdade, relacionada à redução da intervenção estatal e também a igualdade, que teve também como corolário desta percepção à sistematização dos direitos políticos e civis.

Posteriormente derivaram da Revolução Industrial os denominados direito individuais e sociais de segunda dimensão. A intervenção do Estado que foi rechaçada anteriormente, passou a ser necessária, pois com o crescimento econômico a complexidade social aumentou. Para George Marmelstein (2008, p.50) surgiu o dever ao Estado de ser mais presente para possibilitar as pessoas uma melhor qualidade de vida.

O Estado então sai da sua inercia e volta a intervir com mais intensidade nas relações interpessoais. É neste momento que os direitos econômicos, sociais e culturais ganham amparo e a liberdade que antes era prioridade, é ofuscada pela igualdade.

Logo em seguida, chega-se aonde era pretendido, nos direitos difusos e coletivos de terceira geração. Iniciam-se ofensas a estes direitos, e com elas vem à preocupação com a coletividade. Nestas circunstâncias que o princípio da solidariedade foi solidificado, com o intuito de preponderar o direito coletivo ao individual. É nesta dimensão que se enquadra o direito a viver em um meio ambiente propício.

A respeitável jurista Marli T. Deon Sette (2010, p.49) vai além ao entender que o direito ao meio ambiente é muito mais do que fundamental. Para ela seus reflexos transcendem os limites do território nacional e não é por menos que gradativamente o meio ambiente tem sido pauta de debates da comunidade internacional, ao ser objeto de tratados.

Vale lembrar que as gerações são cumulativas, não excluem umas a outras.

4 PESSOA JURÍDICA

Em que pese ser de conhecimento comum que o meio ambiente é de suma importância para o equilíbrio da vida na terra, ainda assim há aquelas que por diversos motivos insistem em não observar os cuidados necessários e acabam por agredir este nosso relevante bem.

Esta atenção defasada se dá principalmente pela sede de crescimento econômico. Diante disso, uma constatação axiomática é que impactos ambientais maléficos decorrentes de condutas e atividades de entes coletivos em regra são mais devastadores e frequentes do que aqueles provenientes de práticas de pessoas naturais. É um fato inegável conforme elucida o conceituado jurista ambiental Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 834) “Nas últimas décadas, a poluição, o desmatamento intensivo, a caça e a pesca predatória não são mais praticados só em pequena escala. O crime ambiental é principalmente corporativo”.

Neste diapasão, corrobora Dias apud Machado (2014, p. 844) “as maiores e mais graves ofensas à integridade do ambiente provêm atualmente, sem dúvida, não da pessoa individual, mas da pessoa coletiva”.

Ante o exposto, é flagrante a necessidade dar uma maior atenção aos atos de empresas que são as maiores vilãs neste cenário.

4.1 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Destarte, nota-se ser compreensível o motivo pelo qual a carta básica brasileira de 1988 vigente prevê expressamente a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em seu § 3º, artigo 225. In verbis:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifo nosso)

A plausibilidade da responsabilização se dá pelo fato de que condutas negativas em face ao meio ambiente que geram reflexos a todo um conjunto de seres precisam ser obstruídas, e uma

forma de barrar estas práticas lesivas é a fixação de regras seguidas de consequências aos agentes causadores.

Tem-se ainda, na Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispositivos que tonificam a ideia e imputação de infrações penais a empresas. Senão vejamos o principal:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (grifo nosso)

Não paira divergências quanto à responsabilidade de agentes jurídicos no terreno civil e administrativo, todavia, embora a carta magna expressamente disponha sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ecológicos em seu §3º do artigo 225, doutrinariamente juristas divergem sobre o assunto.

A discussão suscitada no que tange a responsabilidade da pessoa jurídica se dá ao passo que o Direito Penal foi criado essencialmente para auferir sanções à pessoa físicas, permeado *a priori* pelo princípio *societas delinquere non potest*, que foi rompido com o advento da Constituição Federal em decorrência do dispositivo que aduz viabilidade da responsabilização desta espécie de agentes. Esta permissibilidade causou certo desconforto em parte da doutrina.

Logo, de um lado se posicionaram aqueles favoráveis a responsabilização, entre os defensores estão Anselmo Von Feuerbach, Bernardino Alimena, Enrique Pessina, Eugênio Florian, Francesco Carrara e outros (KIST, 1999, p. 100) e do outro os desfavoráveis a ela, entre os defensores estão Aquiles Mestre, Carlos Cossio, Enrique Aftalión, Frans Von Liszt, James Goldschmidt, Jorge Jellinek, Julio Cueto Rua, Otto Gierke (KIST, 1999, p. 106). Nesse cenário, duas teorias se sobressaíram, a teoria da ficção e a da realidade.

A teoria da ficção é aderida pelos partidários contrários a imputação criminal a pessoas jurídicas. Relativamente a este teoria leciona Regis Prado (KIST, 1999, p. 100):

Denominada ficção, foi criada por Savigny, afirmando que as pessoas jurídicas tem existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio lícito da autoridade soberana, sendo portanto, incapaz de delinquir.

Deste ensinamento, extrai-se o entendimento de que quem realmente comete delitos são as pessoas físicas, estas sim reais e suscetíveis a sanções penais, onde as entidades jurídicas são imaginárias, somente conduzidas por aquelas.

Complementa ainda Sheila Jorge Selim de Sales (PRADO, 2001, p. 201):

Para tal teoria, as pessoas jurídicas são entidades fictícias, criadas pelo Direito, não possuindo consciência e vontade própria, isto é, as condições psíquicas capazes de determinar o “querer”. Não possuem, portanto, capacidade de ação, e conseqüentemente, não são passíveis de punição na esfera penal, uma vez ausentes os pressuposto sobre os quais se assenta o moderno Direito Penal da culpa.

Diversamente, a teoria da realidade é adotada por aqueles que sustentam ser admissível a aplicação de referido instituto em nosso sistema jurídico. Relativamente a ela transcorre Sheila Jorge Selim de Sales (PRADO, 2001, p. 201):

A oposta teoria da realidade sustenta que as pessoas jurídicas são seres reais, reconhecidos e regulados pela lei, possuindo potencialidade para serem sujeitos ativos de condutas puníveis, uma vez consideradas como portadoras de vontade real.

Considerando o raciocínio apontado, percebe-se a contrariedade entre uma teoria e outra. A da realidade vislumbra que as corporações são pessoas verdadeiras, capazes de ocuparem o polo ativo em crime ambiental.

Aliás, internamente a corrente favorável à aplicação do predito instituto no Brasil, há um embate secundário acerca da necessidade ou não de simultaneidade de imputação de crimes a pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício e a pessoa jurídica. O Superior Tribunal de Justiça se vincula a doutrina que condiciona a responsabilização da pessoa jurídica à criminalização da pessoa física, enquanto que o Supremo Tribunal Federal defende a possibilidade de responsabilização apartada de um ente e outro.

4.2 Pessoa Física e Pessoa Jurídica

É no Direito Civil que encontramos a concepção de pessoa física, também denominada pessoa natural para alguns.

Pode-se se dizer que pessoa física é aquela revestida de direitos e deveres conferidos pela lei. Ademais, são racionais e possuem personalidade jurídica. Nos ditames da renomada civilista Maria Helena Diniz, (2012, v.1, p. 162) “[...] “pessoa natural” é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”.

O homem quando só, em algumas ocasiões, possui limitações para alcançar seus objetivos. Juntar-se com outros sujeitos que miram no mesmo alvo é um facilitador para atingir-se o que almeja, e esta é uma das razões pelo qual indivíduos se agrupam.

Isto posto, o direito percebeu a necessidade de atribuir a estes coletivos, assim como a pessoas naturais, direitos, deveres e por consequência personalidade e capacidade jurídica. É neste momento que agrupamentos passam a ter responsabilidade por seus próprios atos.

A vinculação de pessoas que possuem o mesmo fim por si só não é o bastante para que esta união seja dotada de personalidade jurídica. Três elementos cumulativos são necessários para personalização da pessoa jurídica, quais sejam: o elemento volátil, que se perfaz pela vontade humana, a observância aos preceitos legais para sua formação e licitude de seus objetos.

Em suma, conforme dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, v.1, p.

228) “podemos conceituar pessoa jurídica como o grupo humano, criado na forma da lei, e dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns”.

Com efeito, os próprios autores fazem uma ressalva ao conceito por eles explicitado no que diz respeito à parte “grupo humano”. Porquanto existem empresas individuais de personalidade limitada, relativas às sociedades de uma pessoa só e as fundações, que se resumem a atribuição de personalidade a um conjunto patrimonial.

Nessa esteira, exprime Pereira apud Aceti Júnior (2007, p. 16), que pessoas jurídicas nada mais são do que:

Entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

Diante do exposto, repara-se que por mais que os entes jurídicos sejam conduzidos por pessoas naturais, suas personalidades não se confundem, ou seja, ainda que sejam instituídas pelo homem, possuem direitos e deveres distintos deste.

Ademais, de forma apertada, faz-se necessário tecer observações relativamente a classificações existentes das pessoas jurídicas.

Referida figura pode ser composta por bens ou pessoas.

Quando integrada por bens, recebe o nome de fundação. Assim sendo, o objetivo dela se distingue de seus membros. A contrário senso, existem as associações que são sociedades de pessoas.

Pessoa jurídica é gênero, da qual se subdivide em pessoa jurídica de direito público e privado.

No tocante as de direito privado, há uma classificação quanto a sua nacionalidade, podendo ser nacional ou estrangeira. Logo, para identificarmos seu enquadramento, é necessário sabermos sua origem, isto é, se foi instituída com base no ordenamento jurídico pátrio ou alienígena.

Ainda há uma ramificação quanto às de direitos público, que podem ser de direito interno e externo, assim delineados a luz do artigo 41 e 42 do Código Civil.

5 CONCLUSÃO

A sociedade como um todo, objetiva o desenvolvimento econômico e muitas das vezes esquece das consequências de uma progressão sem freios. É cediço que o desenvolvimento econômico e ambiental deve caminhar concomitantemente, contudo não é o que acontece sempre.

Aos poucos os sinais de que nossa conjuntura ambiental esta adoecida salta aos nossos olhos. Gradativamente o meio ambiente tem demonstrado indícios de que não está bem, dando

gritos de socorros. São evidentes, a título de exemplo, alterações drásticas climáticas, alguns locais mais do que outros, bem como a extinção de espécies animais.

O instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ganhou relevância pelo fato de ser um mecanismo eficaz contra a degradação ecológica, levando em consideração que o maior “predador” do meio ambiente são as pessoas jurídicas.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, no ordenamento jurídico pátrio não havia disposição que tratava da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Desta forma, nossa lei maior inovou ao abordar referente situação em seu artigo 225, § 3º, conquanto, previamente a sua promulgação já houvesse discussão a respeito.

Neste compasso, a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, reforça a sedimentação constitucional.

Assim, conclui-se que há amparo legal para responsabilização das pessoas jurídicas, em que pese haver aqueles que se utilizam de argumentos contrários a tal possibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACETI JÚNIOR, Luis Carlos; VASCONCELLOS, Eliane Cristine Avilla; CATANHO, Guilherme. **Crimes ambientais: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: doutrina, legislação, jurisprudência.** [s.l.]: Imperium, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Introdução ao direito ambiental brasileiro.** Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Brasília, DF: 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Ed. 29ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva: 2011. v.1.

KIST, Ataiades. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LANFREDI, Geraldo Ferreira et al. **Direito Penal na Área Ambiental: os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos.** [s.l.]: Juarez de Oliveira, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 22. ed. [s.l.]: Malheiros, 2014.

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

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Robinson Nicácio de. **Direito ambiental**. 2. ed. Editora: Rideel, 2010.

SETTE, Marli T. Deon. **Direito Ambiental**. São Paulo: MP, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

SETTE, Marli T. Deon. **Direito Ambiental**. São Paulo: MP, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. [s.l.]: Malheiros, 2013.

SLAIBI FILHO, Nagib, **Direito Constitucional**, E.d. 3ª [s.l.]: Forense, 2009.

ANÁLISE CRÍTICA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: DOCENTES NEGROS NOS CURSOS DE DIREITO

Éverton Neves dos SANTOS¹
Larissa Aparecida COSTA²

RESUMO

O presente estudo busca analisar o papel que os docentes negros e seus descendentes estão sujeitos no ensino superior, em particular, no curso de direito e como isso afeta a construção de sua identidade pessoal e profissional. Adotando-se como referencial teórico Giorgio Agamben, além do método de pesquisa dedutivo, propõe-se investigar de que forma a discriminação racial e a exclusão social se verificam no ambiente acadêmico a partir dos mecanismos biopolíticos de controle social. Destacamos a memória como uma importante fonte de pesquisa, uma vez que pode contribuir para reconstruir a trajetória da vida acadêmica de professores negros antes e depois de se tornarem docentes do ensino superior, a fim de, compreender as razões da imprescindibilidade das políticas públicas afirmativas, enquanto *conditio sine qua non* para o pleno acesso a cidadania e a consolidação de uma sociedade plural em consonância com as premissas que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: negros; discriminação; trajetória acadêmica; docente do curso de direito.

ABSTRACT

The present study seeks to analyze the role that black teachers and their descendants are subject in higher education, in particular, in the course of law and how this affects the construction of their personal and professional identity. Adopting as a theoretical reference Giorgio Agamben, in addition to the method of deductive research, it is proposed to investigate how racial discrimination and social exclusion occur in the academic environment from the biopolitical mechanisms of social control. We emphasize memory as an important source of research, since it can contribute to reconstruct the trajectory of the academic life of black teachers before and after they become teachers of higher education, in order to understand the reasons for the imperative of affirmative public policies, while *conditio sine qua non* for full access to citizenship and the consolidation of a plural society in line with the premises that underpin the Democratic Rule of Law.

KEY WORDS: black; discrimination; academic trajectory; legal course professor.

INTRODUÇÃO

A abolição da escravatura aconteceu no Brasil em 1808, no entanto, a discriminação e o preconceito em relação aos negros e seus descendentes se fazem presentes no Brasil até os dias atuais.

Neste contexto, o Estado nunca assumiu suas responsabilidades em face ao preconceito e à discriminação racial no país e, assim, se produziu no Brasil, historicamente, um quadro de

1 Doutorando em Sociologia pela UFSCAR. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso. Coordenador dos Cursos Jurídicos da FAMMA/UNEMAT. Advogado. e-mail: .everton.neves@unemat.br

2 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Professora da disciplina de Prática Penal no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. e-mail: larissac.adv@gmail.com .

desigualdades entre negros e brancos que, oficialmente, foi sendo considerado normal, como se a democracia fosse garantia de oportunidades para todos, independentemente da cor.

A negação das desigualdades raciais começou a ser desmantelada de forma mais contundente, no Brasil, nas primeiras décadas de 1990, por meio de estudos de vários autores de renome internacional como Pires (2014), Damasceno e Martins (2017), Xavier (2014), entre outros.

Há inúmeros caminhos para se compreender o sistema de desigualdades baseado na questão racial e o porquê de políticas públicas de afirmação só começarem a ser propostas a partir do século XXI.

No entanto, nos limites deste estudo, interessa-nos abordar aspectos específicos relacionados a esta problemática, a saber inicialmente será exposto de que forma a memória e etnicidade vem sendo construída, para então discutirmos a educação superior no Brasil, e após um breve histórico, analisar a formação dos professores universitários. Essas premissas são fundamentais para então analisar o perfil docente no curso de Direito, a partir de pesquisas sobre a temática.

Adotando-se como referencial teórico Giorgio Agamben, além do método de pesquisa dedutivo, propõe-se investigar de que forma a discriminação racial e os padrões biopolíticos atuam no ambiente acadêmico, tendo em vista o reduzido acesso dos negros ao ensino superior e o baixo índice de docentes negros na universidade.

Em razão da discriminação racial, ainda intrínseca a cultura e a sociedade brasileira, cumpre analisar os enfrentamentos indispensáveis dos pesquisadores negros, postos enquanto instrumentos para se libertar da herança escravocrata marcante, que ainda afasta os negros da academia.

A questão de estudo formulada para analisar o papel das políticas públicas, na inclusão dos negros no ensino superior, e a partir daí figurar como docente nos cursos de Direito, passa pela análise da trajetória e experiências de docentes negros, e das teorias críticas do Direito que vislumbram os processos de exclusão social.

1. MEMÓRIA, IDENTIDADE E ETNICIDADE

O modo como os colonizadores das Américas retrataram os negros, justificou a barbárie perpetrada contra uma raça humana e alimentou a discriminação e o preconceito como instrumentos de poder, que se fazem presentes até a atualidade em relação a seus descendentes.

Certo que, até a segunda metade do século XX, a discriminação e o preconceito ocorriam de forma velada, e aí está a maior dificuldade de reconhecer o racismo no Brasil como mostra Schwarcz (1998): “uma das dificuldades principais em reconhecer o racismo existente no Brasil é

que a discriminação é remetida ao nível individual e não é assumida como elemento arraigado do cenário nacional” (Schwarcz, 1988; In: Silva, 2000, p. 100).

Neste contexto, se queremos compreender como se deu os processos identitários de grupos sociais afrodescendentes, é importante aprofundar estudos sobre memória individual e coletiva, pois, segundo “o neurocientista Gilberto Xavier, professor do Instituto de Biociência da Universidade de São Paulo (USP), uma pessoa sem memória não tem identidade” (XAVIER, 2014, p. 1).

Nesta perspectiva, obviamente, devemos considerar os acontecimentos que negros viveram pessoalmente ou em grupo e que seus descendentes revivem ou rememoram gerações após gerações das mais diferentes formas, pois todas contribuíram para a construção de memórias individuais e coletivas que só começaram a ser consideradas por historiadores e cientistas como uma importante fonte de informação e formação no século XX. Afinal, trata-se de um grupo étnico a quem devemos

(...) a mais generosa contribuição para a construção do Novo Mundo, alimentando o poder e o luxo dos escravocratas locais e extraindo o ouro e o diamante que faziam a riqueza do Velho Mundo, mas que tiveram como legado o cativeiro, a tortura de seus corpos, o aniquilamento do patrimônio de sua cultura sagrada e a exclusão histórica (ARAÚJO, 2004, p. 2).

Mas, o processo de globalização, os progressos científicos e tecnológicos que marcaram os finais do século XX, provocaram resultados paradoxais: por um lado, questões alarmantes em relação a um desenvolvimento capitalista, a violência e segregação de grupos sociais e étnicos sem precedentes; por outro, esperança para aqueles que defendem a equidade, a justiça, a igualdade e a autonomia, reconhecendo, no homem, o ser social e histórico que ele é, por quem e para quem se desenvolvem o mundo e a ciência, enfim, pela construção de uma nova ordem social.

Uma realidade cuja construção deve contar, de forma muito particular, com as contribuições da Universidade no que diz respeito à mudança na lógica da construção e socialização do conhecimento.

A partir de então, a realidade escamoteada sobre a questão racial no Brasil e intencionalmente deturpada já não “poderia mais ser desconsiderada pela história oficial” (ARAÚJO, 2004, p. p. 12), porque, mesmo considerando que “a memória não tem compromissos com verdades (...) pode guardar fatos, ocultar, esquecer e mesmo silenciar” (LEMOS, 2015, p. 4), assim ela passou a ser valorizada, assim como a cultura popular. A História Oral se tornou, então, uma importante fonte para a construção da história social.

Como a história oficial transformou personagens como Chica da Silva, Chico Rei e Zumbi dos Palmares em lendas ilustres, enquanto outros foram simplesmente renegados ao esquecimento, os estudos sobre memória contribuíram para

(...) resgatar entre os negros uma certa auto-estima e uma imagem que nos sirva de padrão de orgulho por nossos heróis (...) [Afinal] precisamos ter orgulho dos feitos de nossos

homens e mulheres que, a despeito do estigma herdado da escravidão, marcaram seu lugar na nossa história, como cientistas, engenheiros, poetas, escritores, doutores, escultores, pintores, historiadores (ARAÚJO, 2004, p.8).

Nesta perspectiva, a memória passa a ser considerada como um elemento constituinte do sentimento de identidade por meio da construção que o sujeito faz a partir das experiências passadas, no presente.

Podemos portando dizer que *a memória é um elemento constituinte do sentimento de identidade*, tanto individual como coletiva, na medida em que ela é também um fator extremamente importante do sentimento de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo em sua reconstrução de si (POLLAK, 1992, p. 5 - destaques do autor).

Importante destacar as contribuições de Ricoeur (2007), apontadas por Torino no que diz respeito a três tipos de memória: “*memória obrigada* (abusos políticos) (...) *memória manipulada* (memória e identidade impostas ideologicamente), e *memória impedida* (envolve recalçamento de lembranças) (TORINO, 2013, p. 1 – destaques nossos). Mas é Candau (2011) quem apresenta uma concepção dialética das relações entre memória e identidade. Segundo Candau (2011; In: TORINO, 2013, p. 1).

(...) a memória, ao mesmo tempo em que nos modela, é, por nós, modelada e isso resume perfeitamente a dialética da memória e da identidade que se conjugam, se nutrem mutuamente, se apoiam uma na outra para produzir uma trajetória de vida, uma história, uma narrativa.

Considerando, pois, que tais contextos são complexos, contraditórios e dinâmicos é de se supor que a identidade seja formada e modificada na interação entre o eu e a sociedade, como preconizam Stuart Hall (2011), Zygmunt Bauman (2005) e Antônio da Costa Ciampa (1984), autores que desenvolveram interessantes estudos sobre este tema, segundo Wonsoski (2015).

(...) para Stuart Hall não se pode subestimar o papel do processo de globalização na construção das identidades culturais, uma vez que o pertencimento a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas sentem o impacto que ela causa na desvinculação de lugares, tempos, histórias e tradições (WONSOSKI, 2015, p.1).

Antônio da Costa Ciampa não foge à regra de seus colegas, mas acrescenta um conceito novo: a identidade como metamorfose.

(...) possuímos várias identidades utilizadas separadamente, em diferentes momentos. Mas é importante considerar que mesmo com as diferentes identidades e as constantes mudanças (metamorfose) a nossa identidade é uma totalidade. Uma totalidade contraditória, múltipla e mutável, no entanto una.” (CIAMPA, 1984, p.61; In: WONSOSKI, 2015, p.1).

Mas, qual seria a relação entre etnicidade e identidade? Segundo Rodrigues (2017, p. 1) “há um grande número de pessoas que veem em sua etnia uma parte enorme de sua identidade individual”, uma vez que etnia inclui traços físicos, práticas e construções culturais que diferenciam um grupo dos demais, ou seja, padrões e características que fazem parte de um determinado povo e que compartilham cotidianamente em defesa de interesses comuns.

Complementa Rodrigues que “é um processo contínuo de transmissão cultural entre diferentes gerações a partir do contato e da participação no meio social em que a etnia se configura” (RODRIGUES, 2017, p. 2).

Outro autor que se dedica ao estudo do conceito de etnia é Fredrik Barth (1976) diz Villar, para quem, “as categorias étnicas são uma ‘forma de organização social’, termo que Barth entende como a situação na qual ‘os atores utilizam as identidades étnicas para categorizar a si próprios e a outros, no propósito de uma interação’” (BARTH, 1976; In: VILLAR, 2017, p. 8).

Em síntese, se memória e identidade mantêm uma relação dialética entre si, nutrindo-se mutuamente, a etnicidade associada às práticas e construções culturais, que diferenciam um grupo dos demais, está intimamente associada a esse processo com o propósito de uma interação social.

2. EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: A FORMAÇÃO DOS PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS

Vieira (2016) informa que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o percentual de negros no nível superior quase dobrou entre 2005 e 2015. No entanto, considerando o atraso escolar é maior neste grupo do que no de alunos brancos, trata-se, ainda, de um crescimento tímido. A prova disso é o relatório divulgado, em 2007, pelo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de que menos de 3% de jovens negros com mais de 16 anos frequentavam uma faculdade. Um dado corroborado dez anos após pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP):

Em outras palavras, as políticas públicas afirmativas implementadas a partir da primeira década do século XXI, como o Programa Universidade para Todos (ProUni), reservas de vagas nas instituições públicas direcionadas aos alunos de diferentes perfis (Cotas), aumento do financiamento estudantil (FIES) contribuíram para ampliar o acesso da população negra ao ensino superior, embora continue sendo a metade do verificado entre os brancos.

Nesse cenário, cumpre apresentar de forma breve um histórico sobre o surgimento da universidade. A Universidade nasce na Idade Média e cresce “assimilando gradativamente o paradigma da modernidade, que se consagrou com a fundação da Universidade de Berlim na primeira década do século XIX” (PACHANE, 2009, p. 27-28).

Pensada como um espaço de ensino a partir da lógica científica, da racionalidade técnica e da liberdade, a formação dos professores que atuavam nesse nível de ensino não era uma preocupação no até finais do século XIX. Partia-se do pressuposto de que “quem soubesse, saberia automaticamente ensinar” (MASETTO, 1998, p. 11; In: PACHANE, 2009, p. 27).

No Brasil, cursos para a formação de burocratas e de profissionais liberais (Direito,

Medicina, Farmácia e Engenharia) necessários ao Estado, sob o modelo da Universidade de Coimbra, começaram a ser criados em 1808, quando o rei D. João VI e a corte portuguesa transferiram-se de Portugal para o Brasil.

Como as bases teóricas e metodológicas da Universidade de Coimbra se assentavam no paradigma da modernidade, o desinteresse em promover uma formação pedagógica específica para o professor do ensino superior no Brasil permaneceu até 1930.

Mudanças mais significativas começaram a ser identificadas com a criação do Ministério da Educação e Saúde no Brasil (1930) e os esforços pela definição e condução de políticas públicas para a educação que acabou estimulando um grupo de 26 educadores e intelectuais a esboçarem um programa educacional que se tornou conhecido como Manifesto dos Pioneiros (1932), cujo propósito, entre outros, era a defesa de novos ideais de educação.

Novas mudanças se seguiriam a partir da expansão da indústria brasileira e o surgimento da ideologia nacionalista, predominante no período 1945-1964, pois tiveram impacto nas instituições de ensino superior e no processo de formação de professores universitários.

O desafio era garantir professores qualificados e a saída foi um avanço quantitativo nas ações de formação de professores universitários por meio da ampliação dos programas de mestrado e doutorado e a aprovação da Lei 5.540³, em 28 de novembro de 1968, foi decisiva para uma mudança na identidade da universidade brasileira.

A partir de então, “a universidade foi se configurando como um espaço da produção de ciência, de cultura e de tecnologia, dando novo significado ao ensino” (PACHANE, 2009, pp. 31-32).

De toda forma, o importante a destacar é que o avanço tecnológico também instigou novas posições sobre o sentido da pedagogia universitária. Assim, mesmo em um contexto ainda marcado pelos resquícios da ditadura militar, surge, na década de 1980, um movimento pela reformulação do Curso de Pedagogia e Licenciatura, influenciado pelas ideias da Pedagogia Progressista Libertadora de Paulo Freire, que defende o princípio da “docência como base da identidade profissional de todos os profissionais da educação” (SILVA, 2003, p. 68 e 79).

O Decreto presidencial nº. 6.755/2009 também foi um marco no processo de Formação de Profissionais do Magistério da Educação Básica, pois foi instituído como Política Nacional exatamente para esse fim, além de dispor sobre a atuação do CAPES (Coordenação de

3 (...) a lei nº 5.540/68 e a reforma universitária trazida em seus artigos, entende-se como um grande acontecimento que marcou a história no âmbito universitário do Brasil, haja vista seu objetivo de modernizar as universidades e coaduná-la com o projeto econômico vigente na época, além de trazer para a ditadura certa segurança que se afigurava imprescindível para os interesses do governo (Conf. em: ANDRADE, Ana Paula Cavalcante Luna de. **Breves Considerações Acerca do Tratamento Conferido ao Ensino Superior nas Leis**. PORTAL EDUCAÇÃO, 2010. Disponível na internet em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/idiomas/breves-consideracoes-acerca-do-tratamento-conferido-ao-ensino-superior-nas-leis/15901> - Acesso em 02/06/2018).

Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) para o fomento a programas de formação inicial e continuada e equalizar nacionalmente as “oportunidades de formação inicial e continuada dos profissionais do magistério” (art. 3º, incisos II e III).

Em decorrência destas mudanças a política de formação de professores do Ministério da Educação (MEC) também é redirecionada incluindo bolsas de estudo e de pesquisas para professores. Inovações que, contudo, vão de encontro a interesses e representações tradicionais que contribuíram para impregnar representações arcaicas nas mentes de profissionais da educação que limitam, quando não impedem, as mudanças necessárias gerando mais tensão entre acadêmicos, tecnólogos e educadores do que entendimento.

Consequentemente, a criação de Fóruns Estaduais Permanentes de Apoio à Formação docente não foi suficiente para romper a dicotomia entre os discursos democráticos e includentes, de um lado, e sistemas duais de ensino de outro (uma escola propedêutica para a elite e uma escola técnico profissionalizante para a classe menos abastada).

Dados revelados por duas pesquisas coordenadas por Bernardete Gatti, uma em 2008 e outra em 2009, sobre a formação dos docentes no Brasil, devem ser considerados nesta oportunidade. Isso porque em ambas as pesquisas os autores consideraram como variável as razões para a escolha do curso; faixa etária; renda mensal da família; escolaridade dos pais; tipo de ensino médio concluído; tipo de material utilizado durante o curso; instrumentos de avaliação utilizados predominantemente pelos professores; os currículos das licenciaturas e sexo e, sem novidade, confirmaram as estatísticas anteriores, que 75,4% dos licenciandos são mulheres.

Obviamente, concordamos com Tardif e Lessard sobre o valor inestimável de tais pesquisas para a discussão que se propuseram a fazer: “torna-se mais do que relevante considerar os dados de pesquisa aqui trazidos (...) sinaliza um cenário preocupante sobre a resultante dessa formação (...) é necessária uma verdadeira revolução nas estruturas institucionais formativas e nos currículos da formação” (TARDIF e LESSARD, 2005; In: GATTI, 2014, p. 1.375). Porém, do nosso ponto de vista, uma variável importante foi desconsiderada por estes pesquisadores: a questão étnica-racial. Isso porque, conforme Carvalho e Silva (2014, p. 48) “a história de acesso da população negra ao Ensino Superior, é marcada por ausências e invisibilidades (...) para uma história de exceções”.

Espelhando, pois, as dinâmicas de desigualdade que movimentam a formação histórico-social brasileira

(...) a história da escolarização da população negra no Brasil, e em São Paulo em particular, é um processo pouco conhecido e pouco explorado no conjunto das pesquisas sobre relações raciais. Um dos fatores é a precariedade, ou mesmo ausência de dados oficiais sobre a cor/raça da população escolar; além disso, a bibliografia sobre “a educação do negro” é pouco sistematizada ou voltada para “análises de outras dimensões” (PINTO,

Damasceno e Martins (2017) fazem referência a uma pesquisa desenvolvida pela doutora Viviane Angélica sobre o perfil étnico-racial dos professores da USP a partir da fundação da Faculdade de Direito, no ano de 1827. Segundo as autoras (2017), o baixo índice de docentes negros na universidade está relacionado a dois fatores fundamentais: às bases da educação fundadas na ideia de branquitude e às formas de ingresso relacionadas à herança familiar.

3. O CURSO DE DIREITO NO BRASIL E O PERFIL DOCENTE

Os cursos jurídicos no Brasil “foram criados por Dom Pedro I, com o intuito de criar quadros para o novo Império a partir da Lei de 11 de agosto de 1827” (OLIVEIRA, 2017, p. 3), ou seja, para atenderem aos interesses políticos do Estado.

Nesta perspectiva, as grades curriculares dos cursos de direito eram voltadas à formação tecnicista e normativa; a prática da pesquisa ou de inovações metodológicas eram extremamente incomuns. Uma configuração que atendia aos interesses do Estado, mas não às necessidades sociais ou mesmo jurídicas da sociedade.

Inovações no ensino jurídico no Brasil só começaram a ocorrer a partir da década de 1930, quando houve um crescimento significativo da classe média no país, que via no curso de direito um instrumento de ascensão social.

A partir de então, a crítica mais contundente recai no fato da formação pedagógica nunca ter sido considerada elemento essencial ao exercício da atividade docente.

O Ministro da Educação e do Desporto, no uso das atribuições do Conselho Nacional de Educação, na forma do artigo 4º da Medida Provisória nº 765, de 16 de dezembro de 1994, considerando o que foi recomendado nos Seminários Regionais e Nacional de Cursos Jurídicos, e pela Comissão de Especialistas de Ensino de Direito da SESu - MEC, resolve fixar as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico, promovendo uma verdadeira revolução neste sentido, como pode ser observado no conteúdo do Art. 3º. da Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994:

Art. 3º- O curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão interligadas e obrigatórias, segundo programação e distribuição aprovadas pela própria Instituição de Ensino Superior, de forma a atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em direito

Art. 4º - Independentemente do regime acadêmico que adotar o curso (seriado, crédito ou outro), serão destinados cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares ajustadas entre o aluno e a direção ou coordenação do curso, incluindo pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno (BRASIL SESu – MEC, 1994).

Tais mudanças na legislação ocorreram com base na premissa de que o exercício da

docência pressupõe a formação de profissionais aptos a operar o direito como prática social, produto de um processo argumentativo e democrático e acessível a todos, interdisciplinar, voltado para o desenvolvimento de pesquisas e não apenas sob um viés técnico e prático ou voltado apenas para os interesses do Estado ou do mercado.

O que se passa a perseguir a partir de então, ao menos em tese, é garantir que os alunos dos cursos jurídicos não só conheçam bem as leis e a estrutura lógica das mesmas dentro do sistema, mas procurem estudá-las e compreendê-las em perspectivas, o que exige: um novo modo de ensinar e de aprender.

Quanto ao perfil dos professores dos cursos de direito no Brasil, um grupo de pesquisadores do Observatório do Ensino de Direito (OED), criado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV), analisaram informações do Censo de Educação Superior de 2012, do Inep, e descobriram que

(...) o professor de Direito é homem, branco, com título de mestre e trabalha em regime parcial. A maioria dos cursos está em instituições privadas e as Regiões Sudeste e Sul concentram as ofertas. Na relação por milhão de habitantes, no entanto, é o Centro-Oeste que registra o maior percentual de cursos (SALDAÑA, 2013, p. 1).

Ou seja, mesmo sendo a “terceira carreira com mais alunos no Brasil, os cursos de Direito têm menos professores com doutorado do que na média do ensino superior” (EXAME DA ORDEM, 2017, p. 1). Além disso, fica a pergunta, não há negros nos cursos de direito? A Doutora Viviane Angélica que se propôs a traçar um perfil étnico-racial dos professores da USP aponta “dificuldades para iniciar sua pesquisa devido à ausência de um censo racial dos professores, principalmente pela baixa incidência de negros na docência” (DAMASCENO E MARTINS, 2017, p.1).

Lima e Cordeiro (2008), por sua vez, fazem referências às cotas que o STF só reconheceu a constitucionalidade em 26 de abril de 2012, representando um primeiro passo para o processo de inclusão e democratização do ensino superior, num claro movimento de respeito às diferenças e luta contra o racismo, garantindo, assim, o ingresso do negro na graduação.

Sobre o tema nos coloca Pacheco e Silva (2007, p.1):

Afirmar que o racismo no Brasil é sutil, significa fechar os olhos para a crueldade a que foi historicamente submetida a população negra. Verificam-se, então, dois mecanismos que se conjugam, traduzindo algumas das facetas do racismo brasileiro. Por um lado, temos a quase invisibilidade da questão racial. Embora os inúmeros dados demonstrativos da situação injusta e crítica vivenciada pelos negros no Brasil estivessem disponíveis há décadas, somente nos últimos anos eles foram trazidos a público, no bojo dos debates sobre a implementação de políticas de ações afirmativas, em decorrência das iniciativas do movimento negro. Por outro lado, coloca-se a crença no mito da democracia racial e na idéia de que o Brasil teria superado a escravidão e o racismo por meio de um processo de miscigenação que, por sua vez, nos teria livrado de problemas existentes apenas em outras paragens, tais como os Estados Unidos ou a África do Sul. Desconhecer a existência de um problema é um eficaz mecanismo de evitar o seu enfrentamento. Sutilmente, basta contar

com a inércia, para que se mantenha a situação de brutal desigualdade aqui descrita.

Sobre o egresso de negros na universidade, o estudo desenvolvido pela doutora Viviane Angélica traz uma questão instigante: “Estão formando docentes negros muito bem capacitados por essa universidade [USP]. E depois, fazem o que com esses doutores negros?” (DAMASCENO E MARTINS, 2017, p.1).

Frente a esse panorama, analisando a figura do negro enquanto intelectual e pesquisador, Petrônio Domingues (2018, p.6) nos coloca a seguinte indagação:

Existe ou existiu um pensamento negro no Brasil? Semelhante indagação foi feita para literatura, poesia e arte em seus respectivos campos de estudos e teóricos. Literatura negra? Poesia negra? Arte negra? Não vou seguir o caminho das falsas polêmicas quanto a racializar trajetórias, discursos, ações ou pensamentos. Num país –ao mesmo tempo moderno, cosmólita e atlântico –da escravidão e da pós-emancipação das últimas décadas do século XIX e o alvorecer do século XX se constituiu formas de pensar e refletir a partir das perspectivas de inserção, exclusão e preterimento de intelectuais negros e negras. É comum se falar num pensamento social moderno, desde a geração de 1870 com personagens, influências, circulação, mimetismo e repercussões com ideais positivistas e/ou românticos. Mas como inserir inúmeros e inúmeras intelectuais negros/negras em espaços cercados de exclusão, ideais de modernidade e circulação de idéias? Também no século XX, como considerar expressões artísticas, literárias, sociológicas e filosóficas de negros/negras, muitos dos quais filhos e netos de escravos, libertos, africanos e crioulos das primeiras gerações da Abolição? Embora seja impossível – posto que complexo –localizar essências, vale a pena exercícios analíticos –sincrônicos e diacrônicos --de acompanhar trajetórias que revelem projetos e memórias de intelectuais negros e negras.

De forma a elucidar de que modo se dá a exclusão do negro de diversos contexto sociais e a apropriação da vida pelo Estado nas sociedades pós-modernas, nos valem das contribuições de Agamben, a fim de desnudar a atuação biopolítica na gestão da vida dos indivíduos.

Podemos considerar que para Agamben (2002, p. 138) um dos traços marcantes da biopolítica em tempos contemporâneos é a contínua e interminável necessidade de se redefinir o limite que separa aquilo que é incluído daquilo que é excluído dos fenômenos jurídico-políticos.

Para Florestan Fernandes (1979, p.72):

[...] as estruturas raciais da sociedade brasileira só poderão ser ameaçadas e destruídas quando ‘a massa de homens de cor’, ou seja, todo elemento negro, puder usar o conflito institucionalmente em condições de igualdade com o branco e sem nenhuma discriminação de qualquer espécie, o que implicaria em participação racial igualitária nas estruturas de poder da comunidade política nacional.

Por anos a fio, a exclusão e a discriminação racional a que o negro esteve, e ainda permanecesse submetido, foi afastado das análises jurídicas e acadêmicas, como se quisessem negar a realidade que nos bate a porta.

De acordo com Silvério (p. 23):

A exclusão dos negros brasileiros da educação e do trabalho tem sido confirmada em estudos provenientes de diversas áreas do conhecimento. Indicadores socioeconômicos elaborados por instituições de pesquisa, tais como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, IBGE, Organização das Nações Unidas ONU, etc., descrevem a clara

inferioridade dos negros no mercado de trabalho e na educação no Brasil.

Enquanto a raça, vista como construção sociológica, ainda figurar como impeditivo ao pleno acesso aos direitos fundamentais, o Direito deve ser chamado a atuar. Em relação às raças Hanchard, (2001, p.30) assevera:

[...] refere-se ao emprego das diferenças fenotípicas como símbolos de distinções sociais. Os significados e as categorias raciais são construídos em termos sociais, e não biológicos. Esses símbolos, significados e práticas materiais distinguem sujeitos dominantes e subordinados, de acordo com suas categorizações raciais.

A população negra tem baixa representação no ensino superior, nos programas de pós-graduação, mestrado e doutorado, cenário que não pode ser atribuído ao acaso. A raça figura enquanto construção social, entre a cultura e a estrutura social brasileira.

Dessa maneira, os negros precisam de figuras representativas nos espaços de produção científica, sem que a genialidade seja atribuída em razão da cor da pele, e as cotas raciais, favorecem esse processo, uma vez que atuam de frente para a problemática em questão, desnudando a falaciosa democracia racial do Brasil.

4. TRAJETÓRIAS DE DOCENTES NEGROS NOS CURSOS DE DIREITO

A situação e condição de desvantagem dos negros e seus descendentes no Brasil começa a se tornar insustentável nas últimas décadas do século XX.

Assim, após um período de grandes reivindicações e contestações políticas de representantes dos interesses dos negros e de políticas de ação afirmativas por parte do governo brasileiro, a existência do racismo no Brasil foi, finalmente, reconhecida durante o Seminário Internacional Multiculturalismo e Racismo promovido pelo Ministério da Justiça, realizado em 1996, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Porém, a questão racial só entrou definitivamente na agenda nacional cinco anos depois, após a realização da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em Durban (PIRES, 2014, p. 3).

No entanto, apesar dos avanços das políticas públicas, entendidas como “ações, políticas e programas adotados pelo Estado (...) dentre as quais as ações afirmativas que representam os programas e medidas especiais (...) para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (PIRES, 2014, p. 17), a presença negra em espaços e cargos de chefia ou na docência do ensino superior, por exemplo, permanece reduzido.

Nem mesmo a criação do “ProUni (Programa Universidade para Todos), que estabelece bolsas em estabelecimentos de ensino superior comunitários e particulares para alunos oriundos de escolas públicas e bolsistas de escolas particulares, sendo 30%, das bolsas, reservado para negros e

indígenas” (PIRES, 2014, p. 6) foi suficiente para mudar a realidade supramencionada, uma vez que universitários negros continuam sentindo o peso do estigma da cor da pele e experimentando situações de não-pertencimento e de exclusão dentro das universidades impedindo-os de uma vida universitária plena.

O resultado é o grande número de evasão e o escasso número de professores negros nos cursos do ensino superior, em particular, nos cursos de direito. Estudos e pesquisas sobre a trajetória de docentes negros no curso de direito como os desenvolvidos por Pires (2014); Santos; (2006); Lima e Cordeiro (2013); Arboleya e Meucci (2016); Damasceno e Martins (2014); Garcia (2010); Moreira, Paula, Gomes e Limai (2012); Santos (2010); Silva (2009); Crisostomo E Reigota (2010); Carvalho e Silva (2014) e Damasceno e Martins (2017), entre outros, comprovam essa assertiva.

Interessada na revisão epistemológica do conhecimento construído e perpetuado no interior da academia, que vem mantendo valores discriminatórios em nome de uma suposta universalidade no que diz respeito as condições de ingresso na vida universitária aos alunos negros e à necessidade das conquistas já alcanças serem garantidas e protegidas, Pires (2014), cita estudos sobre a sub-representação de negros nas universidades (seja no quadro discente ou docente) como os realizados por Santos (2011), Belletati (2011), Laborne (2006) e Souza, (2006), Said (2007), Boaventura de Sousa Santos (2008), entre outros, e, antes mesmo de discutir os resultados de sua própria pesquisa envolvendo depoimentos de três professores universitários de instituições públicas, apoiada em afirmações de Munanga (2005), afirma que

(...) não existem leis no mundo que sejam capazes de erradicar as atitudes preconceituosas existentes nas cabeças das pessoas. (Munanga, 2005, p.17), se faz necessária uma nova prática docente que, somada às exigências teóricas, implique no encontro e compartilhamento de experiências, projetos e histórias de vida, refletidos no contexto político e conjuntural do processo educativo. A quem caberia esse processo? Uma possibilidade de resposta: aos docentes, em especial aos docentes negros, num trabalho de resistência no sentido de conscientizar um número maior de professores e alunos negros (e não negros) da importância histórica da construção de uma nova universidade, pela sua presença questionadora e por uma proposta alternativa de construção de conteúdos didáticos (PIRES, 2014, p. 13.)

Interessante destacar que segundo a Professora Ana Paula⁴, uma das entrevistadas por Pires (2014, p. 156): “não é porque se é negro que se luta por uma causa (...). Não necessariamente ter mais negros na universidade garantirá um pensamento menos eurocêntrico (...), mas só o fato de estarem lá (...) é uma mudança significativa”. Carlos Benedito Rodrigues da Silva⁵, outro entrevistado por Pires (2014) por sua vez, afirma que “Desde que esses profissionais (professores universitários negros) estejam comprometidos com o respeito à pluriétnicidade brasileira, poderão

4 Ana Paula Silva, nascida no Rio de Janeiro. Doutora em Antropologia Cultural pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ.

5 Carlos Benedito Rodrigues da Silva¹⁵: nascido em Campinas (SP), possui Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas, Mestrado em Antropologia Social pela Universidade Estadual de Campinas e Doutorado em Ciências Sociais - Antropologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

construir novos referenciais de positividade sobre as contribuições negras no Brasil” (PIRES, 2014, p. 156). Finalmente, o terceiro entrevistado por Pires (2014), Isidoro Cruz Neto⁶, afirma que “um maior número de professores negros provocará um novo olhar sobre os negros (...). Os professores negros ou brancos têm que instigar os debates” (PIRES, 2014, p. 156).

Posição corroborada por Santos (2006) de que, mesmo ascendendo profissional e socialmente professores negros continuam enfrentando discriminação, assim, se conquistar uma posição de destaque já é difícil, permanecer nela também não é fácil. Ser reconhecido como qualquer homem branco é ainda mais difícil, “já que o preconceito no Brasil se dá a partir da pigmentação da pele, pelo tipo de cabelo e traços corporais” (SANTOS, 2006, p. 4).

Em estudo sobre a presença negra nos cursos de graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de avaliar os resultados da presença dos negros cotistas, bem como os percalços enfrentados e as conquistas realizadas por estes, Lima e Cordeiro (2013) concluem que

A pouca representatividade negra nos bancos universitários no Brasil e, em especial, no curso de Direito, referendada por dados estatísticos, legitima a necessidade do sistema de cotas para o ensino superior (...). As cotas refletem a ideia de inclusão social (...) (LIMA e CORDEIRO, 2013, p. 245).

Os docentes entrevistados por Garcia (2010) revelam que em diferentes situações foram vítimas de falas e brincadeiras que revelam atitudes de discriminação e preconceito, seja em relação ao quesito “cor da pele”, “tipo” de cabelo ou características físicas como olho e boca. Atitudes estas bastantes comuns entre colegas durante a graduação e que não cessaram após assumirem o cargo de docentes, apenas se tornaram mais sutis. Garcia (2010) chega a afirmar que há um racismo disfarçado no ambiente educacional e que os docentes entrevistados, entre outros, tão habituadas a serem tratados de maneira diferenciada desde a infância acabam não percebendo que estão sendo discriminados.

No que diz respeito ao método adotado na pesquisa Garcia (2010, p. 97) conclui que “Através das memórias, pudemos conhecer os nossos sujeitos e entender como em meio à opressão social, existente na sociedade brasileira contra os afro-brasileiros”.

Estudo realizado por Damasceno e Martins (2017) sobre pesquisa desenvolvida pela doutora Viviane Angélica da USP também confirma que o baixo índice de docentes negros na universidade “se deve também às formas de ingresso”, uma vez que “o processo de ingresso também funciona como uma forma de herança” (VIVIANE ANGÉLICA In: DAMASCENO e MARTINS, 2017, p. 1).

Enfim, a trajetória de docentes negros no curso de Direito não difere substancialmente

⁶ Isidoro Cruz Neto, nascido em Santos (SP), possui graduação em Educação Física pela Faculdade de Educação Física de Santos, Especialização na Universidade de São Paulo e Universidade do Amazonas

daquela vivenciada por descendentes desta etnia em qualquer outro nível de ensino.

Considerando os depoimentos oferecidos nos diversos estudos apresentados, no ensino superior a discriminação e o preconceito continuam presentes de forma sutil. Em consequência, os negros se vêm pressionados a negarem sua etnia ou a lutarem por ela esforçando-se para alterar o paradigma que impõem a segregação racial.

5. CONCLUSÃO

O estudo realizado nos permite considerar a importância da História Oral para conhecermos a trajetória da vida social, cultural e escolar de negros e seus descendentes no Brasil e, assim, traçar um perfil de como construíram sua identidade, se sentem e se posicionam política, étnica e pedagogicamente nos cursos de direito em nosso país. Afinal, submetidos a um processo contínuo de discriminação e preconceito, mesmo que de forma velada, precisam lutar incansavelmente, mais que qualquer pessoa de outra etnia, para conquistar a consideração e o respeito de seus alunos e colegas de trabalho.

Como o número de negros ainda é pouco representativo no ensino superior, tanto na graduação, como na docência, a manutenção de cotas segue sendo um caminho promissor para garantir seu ingresso e visibilidade em um espaço que até bem pouco tempo reservado apenas a uma elite.

Além disso, é importante ampliar as políticas afirmativas para que garantam, também, a permanência dos negros na universidade e impeçam práticas de discriminação e preconceito, que não contribuem em nada para a formação de operadores do direito com senso de igualdade e justiça.

A formação dos professores universitários no Brasil passou por profundas mudanças desde a década de 1930. Contudo, muito ainda há para ser feito para melhorar a qualidade desta formação, tanto no âmbito legal, quanto na superação de mentalidades arcaicas que ainda predominam no interior das instituições de ensino, servindo, direta ou indiretamente, para justificar, reforçar e manter políticas de exclusão, sobretudo, daqueles que, como os negros, mulheres e índios tiveram seus interesses e necessidades historicamente desconsiderados.

Neste sentido, a consolidação de políticas afirmativas como cotas, bolsas de estudo e de pesquisa, bem como manifestações em prol de mais investimentos na educação e na formação pedagógica de professores universitários, devem ser ampliadas e discutidas por todos, uma vez que o acesso à educação e a permanência de docentes negros no ensino superior, em especial no curso de Direito, constitui-se como importante mecanismo de representatividade e verdadeira inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ana Paula Cavalcante Luna de. Breves Considerações Acerca do Tratamento Conferido ao Ensino Superior nas Leis. PORTAL EDUCAÇÃO, 2010. Disponível na internet em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/idiomas/breves-consideracoes-acerca-do-tratamento-conferido-ao-ensino-superior-nas-leis/15901> - Acesso em 02/06/2018).

ANDREWS, G. Negros e brancos em São Paulo: 1888-1988. São Paulo: Edusp, 1998.

ARAÚJO, Emanuel. Negras memórias, O imaginário luso-afro-brasileiro e a herança da escravidão. Estud. Av. vol.18 no.50 São Paulo Jan./Apr. 2004. Disponível na internet em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100021 – Acesso em 20/05/2018.

ARBOLEYA, Simone e MEUCCI, Arilda. Trajetórias de docentes negros no ensino superior brasileiro e a construção de significados para o mérito “incomum”. 2016 Disponível na internet em: http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gts_download/Arilda%20Arboleya%20-%201020301%20-%203590%20-%20corrigido.pdf – Acesso em 18/05/2018.

BORGES, Maria Célia; AQUINO, Orlando Fernández e PUENTES, Roberto Valdés. Formação de professores no Brasil: história, políticas e perspectivas. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.42, p.94-112, jun2011 - ISSN: 1676-2584

BRASIL SESu – MEC. PORTARIA Nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Disponível na internet em: <http://www.oab.org.br/visualizador/20/legislacao-sobre-ensino-juridico> - Acesso em 05/06/2018.

CARVALHO, Marília Pinto de e SILVA, Viviane Angélica. Ser docente negra na USP: gênero e raça na trajetória da professora Eunice. P O I É S I S – Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Educação – Mestrado – Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul, Tubarão, v.8, n.13, p. 30 - 56, Jan/Jun 2014.

CRISOSTOMO, Maria Aparecida dos Santos e REIGOTA, Marcos Antonio dos Santos. Professoras Universitárias Negras: Trajetórias e Narrativas. Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 15, n. 2, p. 93-106, jul. 2010.

DAMASCENO, Victoria e MARTINS, Leandra Rajczuk. Perfil racial dos docentes da USP analisa baixo índice de professores negros. USP/SP, 2017. Disponível na internet em: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/03/23/perfil-racial-dos-docentes-da-usp-analisa-baixo-indice-de-professores-negros/> - Acesso em 14/05/2018.

DOMINGUES, Petrônio. Intelectuais Negros e Negras, Séculos XIX-XXI: Desafios, Projetos e Memórias. Revista da ABPN • v. 10, n. 25 • mar –jun 2018, p.04-07DOI 10.31418/2177-2770.2018.v10.n.25.p04-07. Disponível em: <http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/603/532>. Acesso em 10 de jul 2018.

EXAME DA ORDEM. Direito concentra o maior número de estudantes universitários do Brasil.

2017. Disponível na internet em: <https://blogexamedeordem.com.br/numero-de-estudantes-universitarios-do-brasil/> - Acesso em 05/06/2018.

GARCIA, Hagrays Rosa. O docente afrobrasileiro na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul: memórias escolares. Disponível na internet em: <http://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/MESTRADO-DOCTORADO-EDUCACAO/HAGRAYZS%20ROSA%20GARCIA.pdf> - Acesso em 06/06/2018.

GATTI, Bernardete. Formação De Professores no Brasil: características e problemas. Educ. Soc., Campinas, v. 31, n. 113, p. 1355-1379, out.-dez. 2010 1355. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br> - Acesso em 02/06/2018.

GOMES, J. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social; a experiência dos EUA. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

GOMES, Jesilene Brandão e LIMAI, Renata Honório Barbosa. A trajetória escolar de professores negros do município de Alto Alegre dos Parecis e os desafios encontrados na sua formação acadêmica. REVISTA LABIRINTO – Ano XII, nº 17 – dezembro de 2012.

GUIMARÃES, A. S. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados democráticos contemporâneos. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

LEMOS, Maria Teresa Toribio Brittes. As estratégias da memória e a construção da identidade. MTTB, 2015. Disponível na internet em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/17996-58936-1-SM.pdf> - Acesso em 21/05/2018.

LIMA, Aires David de e CORDEIRO, Maria José de Jesus Alves. A Presença Negra nos Cursos de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul: Análise do Percurso após Ingresso Pelas Cotas. 2013. Disponível na internet em: <https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/viewFile/3191/2793> - Acesso em 06/06/2018

MARTINS DA SILVA, L.F. . Estudo sócio-jurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: Aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado, MEC-SEPPPIR. 2004.

MOREIRA, Danúbia Fernanda da Rocha de Souza; PAULA, Eliane de Jesus;

OLIVEIRA, Sienna Cunha de. O perfil pedagógico dos docentes do curso de direito e a transdisciplinaridade: estudo de caso em instituição privada em Manaus/AM. 2017. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f05a5279ad8f888d> – Acesso em 05/06/2018.

PACHANE, Graziela Giusti. Formação de Professores para a docência universitária no Brasil: uma introdução histórica. Cad. de Filosofia e Psic. da Educação Vitória da Conquista Ano VII n. 12 p. 25-42 2009.

PACHECO, Jairo Queiroz. SILVA, Maria Nilza da (orgs.) O negro na universidade : o direito a inclusão. Brasília, DF : Fundação Cultural Palmares, 2007.

PIRES, Mara Fernandes Chiari. Docentes negros na Universidade Pública Brasileira: docência e pesquisa como resistência e luta. Campinas, 2014 - Tese de Doutorado/ Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação.

POLLAK, Michael. Memória e Identidade Social - Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 200-212. Disponível na internet em: <http://www.pgedf.ufpr.br/memoria%20e%20identidadesocial%20A%20capraro%202.pdf> – Acesso em 21/05/2018.

ROFRIGUES, Lucas de Oliveira. Raça e etnicidade. 2017. Disponível na internet em: <https://alunosonline.uol.com.br/sociologia/raca-etnicidade.html> - Acesso em 20/05/2018.

SALDAÑA, Paulo. Apenas 25% dos professores de Direito têm doutorado. Jornal O Estado de São Paulo, 2013. Disponível na internet em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,apenas-25-dos-professores-de-direito-tem-doutorado,1090952> – Acesso em 05/06/2018.

SANTOS, Tereza Josefa Cruz dos. Professores universitários negros: uma conquista e um desafio a permanecer na posição conquistada. In: OLIVEIRA, Iolanda de (org.). Cor e Magistério. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: EDUFF, 2006.

SILVA, Maria Nilza da. O negro no brasil: um problema de raça ou de classe? Revista Mediações, Londrina, v. 5, n. 2, p. 99-124, jul.-dez. 2000. Disponível na internet em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9162-33741-1-PB.pdf> - Acesso em 21/05/2018.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa: Fundação Carlos Chagas, São Paulo, v.117, 2002.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa: uma política pública que faz a diferença. Disponível em: http://www.uel.br/neab/pages/arquivos/palmares_livro_2007_JQPacheco_MNdaSilva.pdf. Acesso em 03 de jul de 2018.

TORINO, Isabel Halfen da Costa. A memória social e a construção da identidade cultural: diálogos na contemporaneidade. Universidade Federal de Pelotas, 2013. Disponível na internet em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/26/memoria-social.html> - Acesso em 21/05/2018.

VILLAR, Diego. Uma abordagem crítica do conceito de "etnicidade" na obra de Fredrik Barth. Mana vol.10 no.1 Rio de Janeiro Apr. 2004. Disponível na internet em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132004000100006 – Acesso em 19/05/2018.

WONSOSKI, Wanessa. O Conceito De Identidade Em Antônio Da Costa Ciampa, Zygmunt Bauman e Stuart Hall. V SEMINÁRIO DE PRÁTICA DE PESQUISA EM PSICOLOGIA ISSN: 2317-0018 Universidade Estadual de Maringá 18 a 19 de Fevereiro de 2016. Disponível na internet em: <http://www.eventos.uem.br/index.php/spp/vsppp/paper/viewFile/2459/1633> - Acesso em 08/06/2018.

XAVIER, Gilberto. A importância da memória na formação da identidade do indivíduo. 2014. Disponível na internet em: <http://redeglobo.globo.com/acao/noticia/2013/03/importancia-da-memoria-na-formacao-da-identidade-do-individuo.html> - Acesso em 21/05/2018.

A PRISÃO: REFLEXÃO CRÍTICA A PARTIR DE SUAS ORIGENS

Mariana de Mello ARRIGONI¹

RESUMO

Durante a passagem dos séculos XVIII-XIX, houve uma mudança na maneira de punir, externada pela substituição da prática dos suplícios, símbolo do poder soberano, para o exercício do poder disciplinar. Os castigos corporais foram substituídos pela disciplina do corpo, seu adestramento e contenção. A principal forma de punição, a partir de então, passou a ser a prisão, instituição disciplinar por excelência. Ocorre que, conforme constatado pelo filósofo Michel Foucault, desde sua criação a prisão foi uma instituição fracassada, que não se prestava a cumprir com os objetivos que a legitimavam, como a ressocialização e a transformação positiva dos detentos. Portanto, as falhas observadas atualmente no sistema prisional podem ser verificadas desde o momento em que ele foi implantado, sendo que a análise histórica da prisão pode auxiliar na compreensão dos problemas enfrentados atualmente e orientar para possíveis mudanças. As teorias da criminologia atuais também giram em torno do fracasso da prisão, buscando novas maneiras de punir e de enxergar a relação entre o sistema prisional, a sociedade e o modo de produção capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: História; Poder soberano; Suplício; Poder disciplinar; Prisão; Criminologia.

ABSTRACT

During late 18th century and early 19th century, there was a change in the way of punishing, expressed by the substitution of capital punishment practices, symbol of sovereign power, to the exercise of disciplinary power. Corporal punishments were replaced by body discipline, its training and containment. The main form of punishment since then turned to be prison, disciplinary institution for excellence. However, as noted by the philosopher Michel Foucault, since its creation prison was a failed institution, which have not served to accomplish the goals that legitimize it, as resocialization and positive transformation of the inmates. Therefore, the failures currently observed in prison system can be verified ever since the moment it was implemented, once that a historical analysis of prison may help to comprehend the problems faced nowadays and guide to possible changes. The current theories from Criminology are also focused in prison system failure, chasing new ways to punish and perceive the relation between prison system, society and the capitalist mode of production.

KEY WORDS: History; Sovereign power; Capital punishment; Disciplinary power; Prison; Criminology.

INTRODUÇÃO

Entre os séculos XVIII e XIX ocorre uma modificação na maneira de punir. Até meados do século XVIII, o poder centrava-se no corpo do rei, sendo aplicado aos súditos conforme a sua vontade. Os crimes cometidos pelos súditos, dessa forma, atingiam, além do objeto do delito, o corpo do soberano de forma direta, pois as atitudes contra a sociedade eram também ofensivas ao seu proprietário, o monarca.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Graduada em História pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Assim, a punição era uma forma de demonstrar o poder do rei sobre aquele que ousava atentar contra o seu próprio corpo. Os crimes graves cometidos eram considerados regicídio e punidos com crueldade pelo soberano, a fim de fazer o delinquente servir de exemplo a toda sociedade.

O castigo, portanto, era aplicado diretamente sobre o corpo do criminoso, uma vez que este atingira, diretamente, o corpo do rei. Os castigos físicos ocorriam na forma de espetáculos e infligiam todo tipo de sofrimento ao corpo supliciado.

A partir da metade do século XVIII, a punição mudou de forma. Ainda aplicava-se aos corpos, mas não com o objetivo de feri-los. O corpo passou a ser objeto de uma forma de poder que o disciplinava, o submetia a novas rotinas, novas práticas, novos valores. O crime era visto, a partir de então, como um atentado contra a sociedade, por isso o criminoso deveria ser separado, controlado e adestrado. Nesse contexto surge a prisão como o instrumento punitivo disciplinar por excelência.

Entretanto, a prisão não cumpriu com os fundamentos que a legitimavam, como a transformação positiva dos indivíduos, a ressocialização, a prevenção da reincidência ou a diminuição da criminalidade. Assim, por meio de uma análise histórica, que partirá da obra de Michel Foucault – especialmente o livro “Vigiar e punir” –, se buscará verificar os problemas que acometem o sistema prisional, com o objetivo de possibilitar a reflexão sobre possíveis soluções. Para tanto, serão analisadas também teorias oriundas da Criminologia acerca do crime e da pena de prisão.

O método de abordagem a ser utilizado é o método indutivo, uma vez que se partirá de premissas particulares, explicitadas na análise do desenvolvimento das penas, dos tipos de poder e do estabelecimento da pena de prisão, bem como do seu fracasso, para alcançar uma reflexão crítica acerca das possíveis soluções para o problema da deslegitimação e insucesso da prisão.

Quanto ao método de procedimento, será utilizado o método histórico, para que se possa compreender as falhas existentes no sistema punitivo atualmente existente e o motivo de a prisão ter fracassado em seus objetivos legitimadores.

Será realizada ainda pesquisa bibliográfica, com o estudo interdisciplinar de autores do Direito e da História.

1 O PODER SOBERANO E A PRÁTICA DO SUPLÍCIO

A primeira forma de poder analisada por Michel Foucault é o poder soberano. Ao analisar essa modalidade, ele afirma que não pretende analisar o rei em sua posição central, e sim os súditos

em suas relações recíprocas², conforme a microfísica do poder.

De modo geral, no Ocidente, o exercício do poder é estudado a partir do rei, sendo que este ocupa papel central nessa dinâmica. Fala-se desse poder de duas maneiras: ou se enaltece como o monarca encarnava o corpo vivo da monarquia ou, de modo contrário, se tentava mostrar a necessidade de limitar tal poder, a que regras ele deveria se submeter e dentro de quais limites deveria exercê-lo para conservar sua legitimidade³.

Portanto, o poder soberano é a expressão do poder do monarca, remontando aos Estados absolutistas e às sociedades existentes até a Revolução Francesa. Observa-se, portanto, que a análise do poder realizada por Foucault se circunscreve na Europa, mais especificamente em seu país, a França.

A Revolução Francesa não é definida por Michel Foucault como marco histórico sem razão: da Antiguidade até a Revolução, o princípio fundamental residia na ideia de que todos são diferentes perante a lei, uma vez que os indivíduos eram, por natureza, desiguais. Após a Revolução, se verificou no Ocidente uma mudança na essência do direito, que passou a se fundamentar na ideia de igualdade perante a lei⁴.

O absolutismo caracterizou-se pela grande concentração de recursos de poder na monarquia. Desta feita, o modo como o poder funcionava estava relacionado a um processo de contração de recursos e forças no centro, que se distendia para alvos periféricos (os súditos) e, posteriormente, retornava ao centro. Trata-se de um poder de ação intermitente, cujo objetivo era esmagar, aniquilar o seu alvo⁵.

Durante esse período histórico, o poder era totalmente visível, sendo que sua eficácia dependia de sua visibilidade⁶. Isso se deve ao fato de que era necessário que a sociedade sentisse a força do príncipe sobre si, de modo que não duvidasse do seu poder e acreditasse não existir meios de se escapar dele.

O poder absoluto do rei era tornado visível de maneira muito clara por meio da aplicação das penas físicas, entre elas os suplícios. Em que pese estes últimos não fossem a modalidade de pena mais frequente, no século XVIII, até a Revolução Francesa, grande parte das penas não corporais era acompanhada a título acessório de castigos que possuíam uma dimensão de suplício: exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete, entre outras⁷.

2 FOUCAULT, Michel. **Soberania e disciplina**, In: *Microfísica do poder*, 2006, p. 181.

3 *Ibidem*, p. 180-183.

4 SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Prisão cautelar**: o suplício pós-moderno!, 2013, p. 181-182.

5 ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. **Michel Foucault e a teoria do poder**, 1995, p. 107.

6 PANIAGO, Maria de Lourdes Faria dos Santos. **Das sociedades de soberania às sociedades de controle**: uma abordagem foucaultiana, 2005, p. 05.

7 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 36.

Logo, o suplício, apesar de raramente ser aplicado como pena principal, era amplamente utilizado de forma acessória às penas não corporais (como banimento, condenação às galeras, multa). O poder real deveria ser sentido em todas as modalidades de punição, posto que, se no absolutismo o Estado se confundia com a pessoa do monarca, todo crime era identificado como uma ofensa pessoal ao rei.

O suplício pode ser definido como a pena aplicada sobre o corpo do condenado, e deve obedecer a três critérios principais⁸. Primeiramente, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar. Nesse sentido, a morte é um suplício na medida em que não é apenas a privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos.

Além disso, essa produção é calculada. O suplício correlaciona o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do delinquente, o nível social das vítimas. Logo, há um código jurídico da dor: a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco, mas é calculada de acordo com regras detalhadas (número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda, tipo de mutilação imposta).

Por fim, o suplício faz parte de um ritual e obedece a duas exigências: em relação à vítima (supliciado), ele deve ser marcante; pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, como um triunfo, constatado por todos. O excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória. Por isso, os suplícios se prolongavam mesmo após a morte (cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas). A justiça, portanto, persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível.

Posto isso, se tem que os suplícios não eram aplicados ao acaso, apenas para que o criminoso sofresse o peso da vingança real. Havia toda uma economia aplicada a essa modalidade de castigo corporal, uma conta de cada sofrimento infligido ao corpo do condenado.

Não bastava que se condenasse o criminoso à morte, o que importava era que ele sentisse em sua pele toda a ofensa causada pelo seu ato ilegal à própria pessoa do soberano, e que ele percebesse o quanto o poder do rei era grandioso se comparado ao delito por ele cometido. Os suplícios, desse vértice, também possuíam o condão de servir de exemplo para toda a sociedade, para que o crime não se repetisse.

Assim, o suplício não desempenhava o papel de reparação moral. Antes, tinha o sentido de uma cerimônia política. O crime devia ser considerado como um desafio à soberania do monarca,

8 Os critérios dos suplícios estão descritos em FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 36-37.

pois ele perturbava a ordem de seu poder sobre os indivíduos e as coisas⁹.

Desde a Antiguidade até o século XVIII, é possível constatar a ocorrência de diversas modalidades de penas de suplício. A mais popular talvez seja a crucificação, enquanto o momento de maior emprego do suplício como punição foi a Inquisição medieval. Isso porque, durante as Idades Antiga e Medieval, as questões religiosas confundiam-se com as questões de Estado¹⁰.

Na história brasileira, o exemplo mais notório de aplicação de uma pena corporal foi o suplício de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que se tornou o principal personagem da Inconfidência Mineira.

Durante esse período, as jazidas de ouro em Minas Gerais apresentaram escassez, ocasionando uma brusca redução do montante enviado a Portugal. Em razão disso, o governo português enviou àquela Capitania o Visconde de Barbacena, como novo governador, com o desígnio de realizar a Derrama. Um grupo formado por integrantes da elite local e de estratos médios da sociedade aurífera, insatisfeito com o governo do Visconde, passou a conjurar contra a Coroa portuguesa¹¹.

O governador suspendeu a Derrama após delação realizada por Joaquim Silvério dos Reis, acalmando os ânimos dos revoltosos. Porém, após a investigação, os suspeitos foram presos. Tiradentes foi citado em muitos depoimentos e acabou por admitir o levante e sua participação, passando a ser o único réu confesso nos autos.

As autoridades do Rio de Janeiro e de Vila Rica entraram em um conflito de competência para julgar o caso, razão pela qual a rainha, D. Maria I, por meio da Carta Régia de 17 de julho de 1790, determinou a composição de uma Alçada (espécie de tribunal coletivo e ambulante), cuja competência para julgamento era de desembargadores de Lisboa.

Os réus (eram vinte e nove) alegaram não ter cometido nenhum crime, uma vez que a insurreição foi abortada em seu início, com a suspensão da Derrama. Não obstante, em data de 18 de abril de 1792, a sentença prolatada pela Alçada foi publicada, condenando onze réus à morte (na prática, apenas dez destes sofreriam a pena, já que Cláudio Manuel da Costa suicidou-se no cárcere). Os demais insurgentes receberam penas de açoite e degredo eterno.

Entretanto, dez dos condenados à morte (com a exceção de Tiradentes) tiveram sua pena comutada para o degredo. O pedido de clemência de Tiradentes foi negado pela rainha. Há duas explicações para tanto: a primeira é a de que ele não era nobre e não gozava de influência na Corte;

9 MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação à edição brasileira, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. XXIII.

10 SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Prisão cautelar: o suplício pós-moderno!**, 2013, p. 181-182.

11 Toda a história do julgamento de Tiradentes foi retirada de VAL, Andréa Vanessa da Costa; VIANA, Carine Kely Rocha; COSTA, Hélio. **A sentença condenatória de Tiradentes e a construção do mito: nota histórica**, 2008, p. 16.

a segunda se deve a Tiradentes ter sido o único réu confesso, sendo visto pela rainha como um vassalo rebelde. Ademais, seu nome foi citado diversas vezes nos depoimentos como o propagador das ideias sediciosas, o que fez dele alguém politicamente perigoso.

Destarte, a sentença à pena capital proferida a Tiradentes pela Alçada manteve-se íntegra. A Carta Régia de 15 de outubro de 1790 recomendava clemência aos Inconfidentes, com exceção de Tiradentes, que foi condenado em 18 de abril de 1792, nos seguintes termos¹²:

Portanto condemnam o réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da capitania de Minas, a que com barço e pregão seja conduzido pela ruas públicas ao lugar da forca, e n'ella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada à Vila Rica, aonde em o lugar mais público d'ella será pregada em um poste alto até que o tempo a consuma; o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho de Minas, no sitio da Varginha e de Seboas, aonde o réo teve suas infames praticas, e o mais nos sitios de maiores povoações, até que o tempo tambem os consuma. Declaram ao réo infame, e infames seus filhos e netos, tendo-os, e seus bens aplicam para o fisco e camara real, e a casa em vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, e que nunca mais no chão se edifique, e sendo proprias, serão avaliadas e pagas ao seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memoria a infamia d'este abominável réo.

O caso apresentado demonstra a prática do suplício no Brasil, em uma época em que era colônia de Portugal, país este comandado por uma monarquia absolutista. É possível perceber na sentença as características dos suplícios descritas por Foucault, em especial o modo como o castigo infligido ultrapassa a mera pena de morte. A pena imposta a Tiradentes não condenou a ele apenas, mas também à sua casa, aos seus bens, aos seus filhos e netos.

A sua execução se inscreve na liturgia do poder que se materializava nas práticas penais do Antigo Regime. A violência sobre o corpo do condenado se exerce depois da morte pela forca e o atinge de forma desdobrada com o corte da cabeça, o esquartejamento e a exposição, atingindo ainda sua família e sua memória¹³.

À vista disso, Foucault explana que o suplício se inseriu de maneira tão forte na prática judicial por revelar a verdade e ser agente do poder. Ele promove a articulação do escrito com o oral, do secreto com o público, do processo de inquérito com a operação de confissão. Permite que o crime seja reproduzido e voltado contra o corpo visível do criminoso. Além disso, faz do corpo do condenado o local de aplicação da vingança soberana, o ponto sobre o qual se manifesta o poder, a ocasião de afirmar a desigualdade das forças¹⁴.

2 O PODER DISCIPLINAR E AS PRISÕES

A partir da segunda metade do século XVIII, ocorre uma mudança significativa nas

12 COSTA, Luiz Henrique Manoel da. **A Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal**, 1998, p. 252.

13 MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação à edição brasileira, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. XXV.

14 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 56.

técnicas punitivas. A prática dos castigos corporais dá lugar a um tipo diferente de punição, com outros objetos e outros objetivos: a prisão.

Até esse momento, a prisão não era vista como forma típica de pena. As reclusões praticadas entre os séculos XVII e XVIII permaneceram à margem do sistema penal, ainda que lhe fossem próximas. As detenções realizadas até então eram de dois tipos: prisão-fiança, praticada pela justiça durante a instrução de um caso criminal pelo credor até o pagamento da dívida, ou pelo poder real ao temer um inimigo (trata-se mais de apoderar-se de uma pessoa do que propriamente de punir); e prisão-substituto, que era imposta àquele que não é passível de justiça criminal – seja por causa da natureza de suas faltas, que correspondem à ordem da moralidade ou da conduta, seja por um privilégio de estatuto (religiosos, mulheres, entre outros) ¹⁵.

Também quando implantada no Brasil, a prisão apresentou utilização variada – alojamento de escravos e ex-escravos, asilos para menores e crianças de rua, hospício ou casa para acolher doentes mentais, fortaleza para encerrar inimigos políticos¹⁶. Não era, outrossim, símbolo de punição criminal.

A prisão, portanto, já existia em caráter acessório às penas corporais, de banimento ou de multa, ou com diversas finalidades segregadoras. Ela passou a figurar como forma de punição (e não apenas de contenção) a partir do momento em que os suplícios entraram em decadência.

Na segunda metade do século XVIII, eclodem protestos contra os suplícios por toda a parte na Europa. Era preciso punir de outro modo, de forma que a justiça penal aplicasse punições sem se vingar. O suplício se tornou intolerável: revoltante, da perspectiva do povo, na qual ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir; vergonhoso, da perspectiva da vítima, que é reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga o céu e seus juízes por quem parece abandonada; e perigoso, pelo apoio que nele encontram a violência do rei e a do povo, uma contra a outra¹⁷.

Essa mudança no modo de punir, entretanto, não se deveu tanto a um sentimento de humanidade, de piedade para com o acusado. Vários fatores contribuíram para que os suplícios fossem deixados de lado e substituídos pela prisão, especialmente de caráter econômico.

Em primeiro lugar, a partir do século XVIII, foi constatada uma diminuição nos crimes de sangue na Europa, prevalecendo os delitos praticados contra a propriedade (roubos, furtos, fraudes fiscais, entre outros). Portanto, ocorreu uma suavização dos crimes antes de uma suavização das

15 FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva, In: **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**, 1997, p. 28.

16 PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**, 1997, p. 121-122.

17 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 73.

leis¹⁸.

A pena se torna mais leve para equilibrar a diminuição da gravidade dos delitos cometidos. Os crimes voltados à propriedade não eram vistos como os crimes violentos, que atingiam diretamente a figura do monarca e por isso deveriam ser severamente punidos. Logo, a punição não expressava mais a vingança do rei.

Além dessa razão política, no século XVIII se modificou também o sistema econômico europeu. A Europa deixa de ser feudal e torna-se industrial. A prisão, como castigo institucionalizado pelo Direito Penal aparece nesse contexto, para regulamentar o mercado de trabalho, a produção, o consumo de bens e para proteger a propriedade da classe social dominante¹⁹.

A prisão foi idealizada, naquele momento histórico, como forma de disciplinar os delinquentes, haja vista a necessidade constante de mão-de-obra na sociedade fabril. O corpo do condenado não pode mais ser desperdiçado pelo suplício, mas deve ser otimizado para servir às demandas de trabalho das fábricas.

A finalidade da prisão é suprir a necessidade das indústrias incipientes, cuja consequência é a valorização do corpo. Expressa, assim, uma resposta à necessidade de utilização racional e intensa do trabalho humano. A prisão foi uma alternativa ao problema da reorganização da classe popular, sem repressão física, posto que a economia industrial necessitava da conservação e manutenção da eventual mão-de-obra²⁰.

Percebeu-se, nesse momento, que segundo a economia do poder, vigiar é mais rentável e eficaz do que punir²¹. O poder soberano foi substituído por novas dinâmicas, uma nova microfísica, cujo objetivo era não mais expressar todo o poder do monarca sobre os súditos, e sim tornar os corpos dominados dóceis ao exercício do poder. Essa nova modalidade recebe a denominação de poder disciplinar.

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até às singularidades necessárias e suficientes²².

Posto isso, o poder disciplinar é baseado em uma microfísica, uma economia que busca controlar os indivíduos, esmiuçar suas ações e aperfeiçoá-las, fazer com que o corpo sirva de maneira adequada e eficiente às necessidades do poder.

18 Ibidem, p. 75-76,

19 GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. **A prisão e a condição humana do recluso**, 2011, p. 136.

20 SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Prisão cautelar: o suplício pós-moderno!**, 2013, p. 184.

21 FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: **Microfísica do poder**, 2006, p. 130.

22 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 167.

Como aparelho disciplinar, a prisão é uma instituição completa e austera. Deve exercer a disciplina de modo exaustivo: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições. Muito mais do que a escola, a oficina ou o exército, a prisão é “onidisciplinar”²³.

A partir de então, o modelo ideal de sociedade foi imaginado a partir da prisão. Todas as instituições sociais deveriam ter como fundamento a disciplina fundada no sistema de punição e gratificação das prisões, se tornando instituições disciplinares²⁴.

Dessas instituições de sequestro (escolas, conventos, prisões, hospitais, etc.) e do modo em que nelas se ativam processos de vigilância tendentes a adestrar as forças dos indivíduos e a transformar seu tempo em tempo útil emergiu um tipo de saber que os próprios indivíduos produziam, por exemplo, ao operar as máquinas ou ao realizar suas práticas cotidianas. Ali também nasceu um saber de observação, um saber de alguma forma clínico, como o da psiquiatria, da psicologia, da psicossociologia, da criminologia²⁵.

Destarte, o poder disciplinar envolve uma série de técnicas e instrumentos, aplicados aos corpos para deles extrair suas forças e seus movimentos. A disciplina não pode ser identificada com uma instituição ou com um aparelho. Ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos. Ela é uma física, ou uma anatomia do poder, uma tecnologia²⁶.

A prisão, como instituição disciplinar por excelência, é o único lugar em que o poder pode se manifestar em estado nu, nas suas dimensões mais excessivas, e se justificar como poder moral. Nela, o poder não se esconde, não se mascara, se mostra como tirania levada aos mais ínfimos detalhes. Ao mesmo tempo, ele é puro, ele está inteiramente justificado, já que pode se formular inteiramente no interior de uma moral que enquadra seu exercício; a sua tirania bruta aparece como dominação serena do Bem sobre o Mal, da ordem sobre a desordem²⁷.

Assim, a prisão foi bem sucedida em controlar, dominar e adestrar os condenados por possibilitar o exercício total do controle dentro de seus domínios. Não há limites para o exercício do poder dentro de seus muros: suas disciplinas penetram os espaços, o tempo, o corpo e a alma do preso.

O triunfo da prisão se deve, desse modo, à complexidade do seu funcionamento:

A força da prisão é incessante capilaridade que a alimenta e esvazia; ela funciona graças a todo um sistema de comportas, grandes e pequenas, que se abrem e se fecham, aspiram,

23 Ibidem, p. 228.

24 SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Prisão cautelar**: o suplício pós-moderno!, 2013, p. 184.

25 BENENTE, Mauro. **Poder disciplinario y derecho en Michel Foucault**: notas críticas, 2014, p. 223.

26 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 208.

27 FOUCAULT, Michel. Os intelectuais e o poder, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. 40.

escarram, despejam, derrubam, engolem, evacuem. Ela está colocada em uma confusão de ramificações, de correntes, de vias de retorno, de caminhos que entram e saem. Não se deve ver nela a altiva fortaleza que se fecha sobre os grandes senhores da revolta ou sobre uma sub-humanidade maldita, mas sim a casa-coador, a casa de passe, o inevitável motel²⁸.

Disso se conclui que o aparecimento da prisão a partir da metade do século XVIII está relacionado ao modo de produção da época, que demandava a produção de indivíduos dóceis e úteis, possuindo razões de ordem econômica mais do que humanitárias.

Esses dados analisados por Michel Foucault acerca do surgimento da prisão na França e na Europa podem ser aplicados à história da pena de prisão no Brasil. Essa modalidade punitiva foi implantada no país também entre os séculos XVIII e XIX.

A primeira menção à prisão encontra-se no Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, que decretava a Colônia como presídio de degredados. Tal pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos. A determinação das Ordenações Filipinas perdurou até 1808, ano da vinda da família real para o Brasil²⁹.

Apesar da previsão à prisão nas Ordenações Filipinas, a passagem para o cárcero-centrismo no Brasil ocorreu na primeira metade do século XIX, logo depois da abdicação de Dom Pedro I, durante a regência. A elite de dirigentes da corte volta-se para a ideia da instauração de uma nova ordem carcerária, consagrada no Código Penal, estabelecendo a prisão como sua pena principal. Passa-se a planejar a instalação de uma Casa de Correção no Brasil³⁰.

As colônias correccionais criadas durante o Império, porém, não cumpriam com nenhum ideal ressocializador ou transformador dos indivíduos, bem como não apresentavam condições mínimas de higiene e saúde, além dos castigos físicos que os presos sofriam nessas instituições.

A Constituição de 1824 previa que as prisões deviam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus segundo a natureza dos seus crimes. Porém, tais disposições não eram efetivadas. Um dos exemplos é a Prisão do Aljube (ou da Relação), que fora improvisada em uma prisão eclesiástica. Um artigo publicado na *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro* narrou a situação dos presos, que estavam subnutridos e maltrapilhos. Ainda, o prédio, que foi planejado para comportar quinze detentos, contava em 1828 com cerca de 390 pessoas³¹.

A República consagrou a prisão como estratégia única confirmadamente aceita pelo Estado

28 FOUCAULT, Michel. Prefácio (in Jackson), In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. 143.

29 PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**, 1997, p. 122.

30 MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação à edição brasileira, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. XXXIV.

31 PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**, 1997, p. 123.

e pela sociedade, como um sistema de controle social que a criminologia, a antropologia, as ciências humanas e sociais, do ponto de vista teórico, coroaram, fornecendo uma espécie de sanção doutra, teórica e intelectual a uma prática dominante³².

Do exposto, se depreende que a prisão, como modelo penal e instituição disciplinar, foi amplamente aceita a partir da passagem do século XVIII para o século XIX, em razão da eficiência de sua técnica para conter e adestrar os indivíduos, tornando-se a forma punitiva por excelência em todo o mundo.

3 O FRACASSO DA PRISÃO: TEORIAS CRÍTICAS

Apesar do caráter disciplinar da instituição prisão, o seu fracasso foi constatado quase que imediatamente à sua implantação. A hipótese de Michel Foucault é a de que a prisão esteve, desde a origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Desde o começo, ela devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital e agir com precisão sobre eles. “O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto”³³.

Os discursos humanistas e transformadores utilizados pelos reformadores para legitimá-la como forma punitiva não se concretizaram já no início de sua utilização, restando claro que a prisão seria incapaz de recuperar os detentos e transformá-los positivamente.

Quando se estabeleceram as prisões, era para fazer delas instrumentos de reforma. Isso fracassou. Imaginou-se que o internamento, a ruptura com o meio, a solidão, a reflexão, o trabalho obrigatório, a fiscalização contínua, as exortações morais e religiosas conduziram os condenados a se emendar. Cento e cinquenta anos de fracasso não dão ao sistema penitenciário um título para pedir que se lhe tenha confiança. Essa frase foi com frequência excessivamente repetida para que se lhe conceda ainda o menor crédito³⁴.

A prisão fora denunciada, portanto, como o grande fracasso da justiça penal. De maneira estranha, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente o estabelecimento de uma penalidade de detenção, seguida pelo registro de seu fracasso; então, a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica prisional; depois a implantação desse projeto; e por fim a constatação de seus sucessos ou fracassos. Na realidade, houve uma superposição, ou outra distribuição, desses elementos³⁵.

A constatação do insucesso da prisão, portanto, ocorreu simultaneamente à sua implementação e funcionamento. Os projetos de reforma e as críticas levantadas ao encarceramento já haviam sido elaborados antes ou concomitantemente à sua implantação.

32 MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação à edição brasileira, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. XL-XLI.

33 FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão, In: **Microfísica do poder**, 2006, p. 131.

34 FOUCAULT, Michel. Prisões e revoltas nas prisões, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. 63.

35 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 259.

Acerca das críticas ao sistema carcerário, se destacam as seguintes: a detenção provoca a reincidência; a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes, ela os fabrica pelo tipo de existência que os faz levar; a prisão favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; as condições dadas aos detentos libertados os condenam à reincidência; a prisão fabrica delinquentes ao fazer cair na miséria a família do detento³⁶.

Destarte, se depreende que todas essas críticas – que atualmente permanecem – já eram conhecidas desde o início da implantação do sistema carcerário. A questão a ser discutida, portanto, é como a prisão se manteve por tanto tempo, e ainda se mantém, como principal forma punitiva mesmo com a constatação instantânea de seu fracasso. Em outras palavras, se deve questionar o real objetivo da pena de prisão.

Assim, esses problemas que a crítica denuncia (manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência) servem para legitimar o próprio aparelho punitivo. A penalidade não reprime pura e simplesmente as ilegalidades. Ela as diferencia, faz sua economia geral. Se é possível falar de uma justiça, não é apenas em decorrência da própria lei ou da maneira de aplicá-la servirem aos interesses de uma classe, e sim por toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade fazer parte desses mecanismos de dominação³⁷.

Há, portanto, uma virada na compreensão da função do sistema prisional: seu objetivo não é o de transformar os indivíduos, reduzir a reincidência e evitar a prática criminosa. Seu objetivo na verdade é o de conter os infratores, produzir uma criminalidade passível de controle pelos meios oficiais, eliminar os indivíduos indesejáveis pelas classes dominantes.

A prisão não produz homens virtuosos. A prisão não produz absolutamente nada. Trata-se unicamente de um extraordinário truque de mágica, de um mecanismo inteiramente singular de eliminação circular: a sociedade elimina, enviando para a prisão pessoas que a prisão quebra, esmaga, elimina fisicamente; posteriormente, a prisão as elimina libertando-as, reenviando-as à sociedade; ali, sua vida na prisão, o tratamento que sofreram, o estado em que saíram, tudo concorre para que, infalivelmente, a sociedade elimine esses indivíduos de novo, reenviando-os para a prisão, e o ciclo se reinicia³⁸.

Isso posto, se verifica que o papel primordial da prisão é fabricar uma massa controlável de delinquentes, que legitimam o papel da polícia e do sistema judiciário. A justificativa ressocializadora da pena privativa de liberdade nada mais é que uma falácia empregada pelo sistema

36 As críticas ao sistema carcerário encontram-se em FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 259-263.

37 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 267.

38 FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão de Attica, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. 130.

para dar legitimidade à pena, ao exercício do poder de punir do Estado.

No seu início, a prisão era um instrumento de recrutamento dos criminosos para o exército, por exemplo. “Há dois séculos que se diz: ‘A prisão fracassa, já que ela fabrica delinquentes’. Eu diria, de preferência: ‘Ela é bem-sucedida, pois é isso que lhe pedem’”³⁹.

A prisão, portanto, serve a interesses políticos e econômicos, que não se interessam por melhorar o indivíduo ou mudar seu estilo de vida. A massa carcerária e a reincidência não são o fracasso, mas o resultado lógico do sistema prisional.

As instituições punitivas, outrossim, produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. Isso porque a prisão é contrária a todo ideal educativo moderno, uma vez que este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, que retiram a autonomia do preso, são o oposto de tudo isso⁴⁰.

Também no Brasil se observou, desde a implementação das primeiras prisões, o aspecto de segregação e eliminação do sistema carcerário (como foi visto anteriormente, o Brasil já foi inclusive decretado como “presídio de degredados” durante o período colonial).

A utilização de navios, colônias correcionais, prisões comuns ou ilhas para o confinamento carcerário fez parte de estratégias em torno de uma geopolítica das prisões, implantadas a partir da criação das colônias correcionais. O intuito era de afastar o criminoso dos grandes centros urbanos, objetivando o saneamento da sociedade: mais uma forma de profilaxia social.

[...]

A geopolítica do confinamento desvenda as artimanhas da eliminação do inimigo nocivo ao Estado brasileiro. A construção do mundo da reclusão durante os séculos XIX e XX significou não só a limpeza das ruas contra o inimigo aparente – o vagabundo –, mas um (sic.) artimanha para encerrar todos os inimigos, quer fossem eles de vertentes ideológicas, como os comunistas, ou sociais, representados pelos bandidos comuns⁴¹.

Logo, a prisão é responsável por isolar as pessoas consideradas indesejáveis pelas classes dominantes, formando uma delinquência específica e passível de controle, exatamente o oposto da sua finalidade precípua, que seria a transformação positiva do indivíduo (pelo trabalho, religião, educação, reflexão, etc.) e sua reinserção em sociedade.

De acordo com Michel Foucault, o efeito mais importante do sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar ao menos o limite de tolerância à penalidade. A continuidade do cárcere e a difusão da forma-prisão permitem legalizar, ou ao menos legitimar, o poder disciplinar, que evita assim o que

39 FOUCAULT, Michel. **Segurança, penalidade, prisão**, 2012, p. 58.

40 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, 2017, p. 183-189.

41 PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**, 1997, p. 135/136.

possa comportar de excesso ou de abuso⁴².

Por conseguinte, a prisão não foi criada e não se deve ao benefício social. O poder disciplinar, exercido pelo Estado, encontra nela uma instituição na qual pode ser exercido ao máximo, de forma amplamente aceita. Os indivíduos sob seu controle são aqueles selecionados pelo sistema, que são controlados, adestrados e eliminados – se não fisicamente, ao menos do convívio social.

Em razão de não evitar a reincidência nem coibir a criminalidade (principalmente aquela cometida pelas classes mais altas), o sistema penal é visto pela sociedade como ineficiente e cruel. “Uma coisa é certa: o sistema penitenciário atual, e, de um modo geral, o sistema repressivo ou mesmo o sistema penal, não é mais suportado pelas pessoas”⁴³.

Tais efeitos do sistema punitivo, mal suportados pela sociedade, associados às teorias críticas da criminologia, que apontam justamente para a seletividade penal exercida pelo sistema, levam a reflexões acerca da real necessidade e utilidade das prisões. Correntes voltadas ao minimalismo penal ou ao abolicionismo têm ganhado espaço, dada a inquestionável ineficiência do cárcere.

Por muito tempo, as pessoas se inquietaram com o que era preciso punir; por muito tempo também, com a maneira de como se devia punir. E agora, aparecem as estranhas questões: “É preciso punir?”, “O que quer dizer punir?”, “Por que esta ligação, aparentemente tão evidente, entre crime e castigo?”. Que seja preciso punir um crime, isso nos é muito familiar, muito próximo, muito necessário e, ao mesmo tempo, alguma coisa de obscuro nos faz duvidar⁴⁴.

Não é surpreendente que haja dúvidas acerca da necessidade do sistema prisional, ou ao menos, do modo como ele é constituído. Estatísticas levantadas nas últimas décadas em países capitalistas avançados demonstram uma diminuição relativa da população carcerária, em relação ao impacto conjunto do sistema penal, e indicam aumento nas formas de controle diversos da reclusão, tais como o *probation* e o livramento condicional⁴⁵.

Disso se conclui a urgência em refletir criticamente acerca de alternativas possíveis à pena de prisão, ao menos nos crimes menos graves, a serem aplicadas de maneira eficaz, haja vista a impossibilidade de se esperar uma resposta positiva e eficiente do sistema carcerário com relação à diminuição da criminalidade.

A constatação do fracasso da prisão leva à tendência, no âmbito da Criminologia e do Direito Penal, de se levar em consideração medidas menos custosas e menos drásticas para

42 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, 2014, p. 297.

43 FOUCAULT, Michel. Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p.33.

44 FOUCAULT, Michel. Michel Foucault: crimes e castigos na URSS e em outros lugares, In: **Estratégia, poder-saber**, 2015, p. 197-198.

45 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, 2017, p. 193.

combater e diminuir a ocorrência de delitos. O sistema prisional tornou-se, além de ineficiente, demasiado oneroso para a sociedade, que não vê resultados positivos no encarceramento, uma vez que este atende apenas aos interesses do sistema econômico no exercício do poder disciplinar do Estado.

CONCLUSÃO

A passagem do século XVIII para o século XIX marcou uma mudança na maneira de punir. A transição do poder soberania para o poder disciplinar significou uma transformação nas relações sociais, que passou pela punição, ao substituir as penas corporais pela pena privativa de liberdade.

O poder disciplinar se destinou a exercer controle sobre os corpos dos condenados, que antes eram alvo de castigos físicos na prática dos suplícios. O soberano, autoridade máxima, punia com todas as suas forças aqueles que atacavam, por meio do crime, de forma direta, a sua imagem. A vontade da lei era a vontade do rei, e as sanções deveriam deixar transparecer o poder real.

Com a ascensão do poder disciplinar, a prisão, que era mero acessório das penas, se tornou a principal forma de punição. Não se buscava mais destruir o corpo do condenado, mas inseri-lo em toda uma economia do poder, controlá-lo, discipliná-lo. O delinquente tornou-se útil para o sistema.

Assim, se percebe que a prisão não se destina a reinserir o preso na sociedade, melhorá-lo, inculcar nele novos valores, nem mesmo reduzir a criminalidade. Ela tem como objetivo controlar a delinquência, torná-la segura e delimitá-la. Daí o motivo pelo qual Michel Foucault afirma que a prisão nasceu fadada ao fracasso.

O fracasso da prisão, refletido no fato dela servir a interesses outros que não a reinserção social do delinquente, é, porém, o que de fato a legitima. Isso porque o sistema punitivo serve à classe dominante, na medida em que realiza a segregação e o etiquetamento dos criminosos, objetivando o controle da delinquência.

A sociedade, percebendo que o sistema carcerário não coíbe a criminalidade e a reincidência, o enxerga como ineficiente para resguardá-la da delinquência (e ele efetivamente o é), já que as classes baixas são as mais afetadas.

Por isso, a prisão deve ser repensada profundamente, já que não tem mais utilidade na sociedade. Esta não é beneficiada de nenhuma maneira pela existência da prisão, posto ser o principal alvo da delinquência e a mais atingida pelo sistema repressivo do Estado.

O Estado busca unicamente, com a prisão, separar e classificar os criminosos, os tornando úteis para seu maquinário. Não se busca a transformação do indivíduo, sua inserção no mercado de trabalho ou melhorar sua condição para quando deixar o cárcere.

Ao reincidir, o delinquente retorna à prisão, e a delinquência permanece sempre

monitorada e delimitada. E deve existir para possibilitar ao Estado a aplicação das disciplinas por meio da polícia, dos Três Poderes e de todos os órgãos à sua disposição. Sem a delinquência, o Estado não possui legitimidade para intervir no cotidiano, na vida e na liberdade dos indivíduos.

Essa percepção é possibilitada pela análise histórica da instituição prisão e do exercício do poder, que neste trabalho foi realizada por meio das obras de Michel Foucault, em especial, e de outras obras do campo da História e do Direito. Ao entender como se iniciou e se desenvolveram os fenômenos históricos, se torna possível pensar em possíveis soluções ou lançar reflexões, o que foi o objetivo deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhón. Michel Foucault e a teoria do poder. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2): 105-110, outubro de 1995, p. 105-110. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v7n1-2/0103-2070-ts-07-02-0105.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. 4 reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. (Coleção Pensamento Criminológico)

BENENTE, Mauro. Poder disciplinario y derecho en Michel Foucault: notas críticas. **Estudios Socio-jurídicos**, Bogotá (Colômbia), v. 16, n. 02, p. 213-242, jul./dez. 2014. Semestral. Disponível em: <dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.07>. Acesso em: 09 mar. 2016.

COSTA, Luiz Henrique Manoel da. A Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p.249-257, abr./jun. 1998. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/382>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. In: **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Trad.: Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. Soberania e disciplina. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad.: Roberto Machado. 22 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006, p. 179-191.

_____. Sobre a prisão. In: **Microfísica do poder**. Org. e Trad.: Roberto Machado. 22 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006, p. 129-143.

_____. **Segurança, penalidade, prisão**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. (Ditos e Escritos, v. VIII)

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

_____. Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 31-35. (Ditos e Escritos, v. IV)

_____. Os intelectuais e o poder. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 36-45. (Ditos e Escritos, v. IV)

_____. Prisões e revoltas nas prisões. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 59-66. (Ditos e Escritos, v. IV)

_____. Sobre a prisão de Attica. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 129-141. (Ditos e Escritos, v. IV)

_____. Prefácio (in Jackson). In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 142-147. (Ditos e Escritos, v. IV)

_____. Michel Foucault: crimes e castigos na URSS e em outros lugares. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 186-198. (Ditos e Escritos, v. IV)

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. A prisão e a condição humana do recluso. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 131-161, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MOTTA, Manoel Barros da. Apresentação à edição brasileira. In: **Estratégia, poder-saber**. Org.: Manoel Barros da Motta. Trad.: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. (Ditos e Escritos, v. IV)

PANIAGO, Maria de Lourdes Faria dos Santos. **Das sociedades da soberania às sociedades do controle**: uma abordagem foucaultiana. In: I Congresso do Curso de História da UFG/Jataí, 2007, Jataí/GO, Anais do I Congresso do Curso de História UFG/Jataí. Disponível em:

<<http://www.congressohistoriajatai.org/anais2007/doc%20%2839%29.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2016.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias, projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. **Revista de História da USP**, São Paulo, n. 136, p.121-137, jan./jun. 1997. Semestral. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18816/20879>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Prisão cautelar: o suplício pós-moderno!. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 179-190, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/103>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

VAL, Andréa Vanessa da Costa; VIANA, Carine Kely Rocha; COSTA, Hélio. A sentença condenatória de Tiradentes e a construção do mito. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 59, n. 187, p.13-18, out./dez. 2008. Trimestral. Disponível em:

<<https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/23>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BIOPOLÍTICA E A HISTÓRIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹
Vladimir Brega FILHO²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a história da pessoa com deficiência, com a contribuição dos ensinamentos de Michel Foucault sobre biopolítica e biopoder. Por muito tempo na história as pessoas com deficiência foram silenciadas e suas memórias consideradas indignas de registro. Demonstrar-se-á como a consolidação de valores cristãos, o desenvolvimento da ciência (principalmente a medicina) e o direito contribuíram para o fortalecimento e a colocação da pessoa com deficiência como protagonista da história social. A pesquisa se desenvolveu utilizando-se do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, baseada no levantamento de doutrinas e periódicos científicos especializados no tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência. Exclusão. Direitos Humanos. Memórias. Biopolítica. Biopoder.

ABSTRACT

The aim of the present work is to analyze the history of the people with disabilities, with the contribution of Michel Foucault's biopolitical and biopoder teachings. For a long time in history people with disabilities have been silenced and their memories considered unworthy of record. It will be demonstrated how the consolidation of Christian values, the development of science (mainly medicine) and law have contributed to the strengthening and placement of the people with disabilities as protagonist of social history. The research was developed using the deductive method, with a bibliographic research technique, based on the survey of doctrines and scientific journals specialized in the proposed theme.

KEY WORDS: People with Disabilities. Exclusion. Human Rights. Memoirs. Biopolitics. Biopoder.

1 INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da humanidade sempre existiram pessoas com deficiência. Apesar disso, os registros e dados históricos são raros e de difícil acesso. Tal realidade ocorre porque, por muito tempo, negou-se a existência dessas pessoas. Não há história, pois não se admitia a vida da pessoa com deficiência.

- 1 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UENP. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada. Atualmente é Supervisora de Monografias/TC e Coordenadora dos Núcleos de Direitos Humanos e de Acessibilidade e Acolhimento do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. É também Professora Auxiliar nos cursos de Pós-Graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direitos Humanos.
- 2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e pos doutorado pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, efetividade, igualdade e formas alternativas de solução dos conflitos penais.

Recuperar a memória e registrar a história da pessoa com deficiência é de grande relevância, principalmente para compreender o fortalecimento da sua participação social e a efetivação de seus direitos. A história da pessoa com deficiência pertence a milhões de pessoas.

Ao contrário do que pode parecer, as pessoas com deficiência são em número significativo pelo mundo. De acordo com os números divulgados pela ONU em 2010, estima-se que aproximadamente 650 milhões de pessoas em todo o mundo possuem algum tipo de deficiência.³ Segundo o IBGE, no censo de 2010, cerca de 23,9% da população brasileira (38,5 milhões de brasileiros), tinham ao menos uma deficiência⁴. Em 2012, segundo dados da OMS, mais de um bilhão de pessoas no mundo vivem com alguma forma de deficiência. Cerca de 200 milhões experimentam consideráveis limitações funcionais.⁵ São, portanto, milhões de pessoas lutando contra a invisibilidade e ignorância histórica.

A história positivista, baseada em documentos oficiais, sem a preocupação com os acontecimentos sociais, se preocupou em registrar a memória dos vencedores, das classes dominantes, abandonando e ignorando a história dos excluídos (inclusive a história das pessoas com deficiência). Por muito tempo os historiadores definiram quem deveria ser lembrado e quem deveria ser esquecido na história.

Com a ciência moderna (séc. XVII) surge uma nova forma de se fazer história. O papel passivo do historiador é abandonado, passando a analisar todo o contexto dos acontecimentos, por meio de diversas fontes. A nova visão do papel do historiador possibilitou a criação de uma nova história, a história social, uma memória coletiva.

Diante da premissa fixada inicialmente, qual seja a importância de se registrar uma história social, plural, é possível observar, que a história da pessoa com deficiência começou a ser escrita com o fortalecimento dos valores cristãos (como caridade e solidariedade) e o crescimento das ciências, principalmente a medicina. A partir desses eventos históricos passou-se a aceitar que a pessoa com deficiência precisava de amparo, e que muitas delas poderiam de alguma forma interagir socialmente, inclusive contribuindo como força produtiva.

Neste ponto, destaque deve ser dado aos estudos desenvolvidos por Michel Foucault sobre biopolítica, ou seja, o exercício de um poder sobre a vida das pessoas, ou, a utilização da vida das

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Fact sheet on persons with disabilities. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 26 jun. 2018.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 73. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

5 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDIAL. Relatório mundial sobre a deficiência. Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDPCD, 2012. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf. Acesso em: 26 jun. 2018.

pessoas como forma de política. A alteração da forma como se avalia o poder e o papel dos indivíduos na sociedade contribuiu de certo modo, conforme se analisou neste trabalho, para a colocação social da pessoa com deficiência.

Com a ideia de institucionalização e reabilitação das pessoas com deficiência, começam os processos de luta e a garantia de direitos, principalmente após a Revolução Industrial e as grandes guerras mundiais.

Demonstrou-se o desenrolar histórico e a efetivação de direitos. É possível perceber a transformação social, política e legal, mas também, que ainda se está no começo do percurso para a garantia de uma sociedade realmente inclusiva.

A metodologia empregada na pesquisa foi a dedutiva, com pesquisa essencialmente bibliográfica, destacando-se na análise de doutrina especializada e periódicos científicos.

2 AS MEMÓRIAS E A HISTÓRIA

Antes de adentrar especificamente na pessoa com deficiência, necessário se faz analisar um ponto importante: a memória (ou memórias). Esta serve de elemento para reconstrução da história. Nas palavras de Jean-Pierre Changeux (2006, p. 20), recordamos para melhorar, para evitar os mesmos erros do passado. A memória serve para lembrar o passado e projetar o futuro.

As memórias são plurais, pois os indivíduos envolvidos em um determinado acontecimento o registram de forma diferente (dependendo de sua realidade social, econômica e política). O historiador seleciona determinada memória para relatar os fatos históricos, deixando para trás todas as outras memórias sobre o mesmo acontecimento. É uma escolha seletiva, é um ato político. Pode-se afirmar, portanto, que a memória decidirá quem será lembrado e quem será esquecido.

Segundo Rudolf von Thadden (2006, p. 38): “[...] Tenemos que respetar las memorias plurales y renunciar al intento de reducirlas forzosamente a una sola memoria única que borre todas las demás. Aunque no haya sino una historia, ella se traduce siempre em percepciones y memorias diferentes”⁶. Assim, todas as memórias devem ser consideradas no momento de se registrar a história, sob pena de se produzir uma história parcial e tendenciosa.

A busca dessas memórias, para os positivistas, se restringia a documentos oficiais, num verdadeiro atrelamento ao Estado (detentores do poder). Era contada como universal e absoluta e, evidentemente, sempre de acordo com os interesses desses indivíduos. Disso decorria que a história das minorias⁷ (mulheres, negros, índios, pobres) não foi por muito tempo digna de registro. A

6 [...] Temos que respetar as memórias plurais e renunciar à tentativa de reduzi-las a uma única memória que apaga todas as outras. Embora haja apenas uma história, ela sempre se traduz em diferentes percepções e memórias. (tradução literal)

7 “Neste contexto, cabe esclarecer, que muitas vezes as citadas minorias não representam a correspondência exata de

história servia como instrumento justificador do poder. Michelle Perrot (2007, p.16) escreve sobre a história das mulheres, muito próxima da invisibilidade encontrada na pessoa com deficiência, conforme se demonstra:

A questão parece estranha. "Tudo é história", dizia George Sand, como mais tarde Marguerite Yourcenar: "Tudo é história". Por que as mulheres não pertenceriam à história? Tudo depende do sentido que se dê à palavra "história". A história é o que acontece, a seqüência dos fatos, das mudanças, das revoluções, das acumulações que tecem o devir das sociedades. Mas é também o relato que se faz de tudo isso. Os ingleses distinguem *story* e *history*. As mulheres ficaram muito tempo fora desse relato, como se, destinadas à obscuridade de uma inenarrável reprodução, estivessem fora do tempo, ou pelo menos, fora do acontecimento. Confinadas no silêncio de um mar abissal.

Com o abandono do papel passivo do historiador, passa-se a analisar todo o contexto dos acontecimentos, por meio de diversas fontes. A história passa a ser, segundo Marc Bloch (2002, p.55), a ciência dos homens no tempo. Significa dizer que o historiador analisa a sociedade, as relações humanas, tudo em um determinado tempo e lugar. Há o retorno aos acontecimentos do passado, sem ignorar os elementos do presente, num sistema de autoconhecimento (presente e futuro). A análise histórica decorre dos elementos realidade e homem, sem se exigir qualquer passividade do historiador (BLOCH, 2002, p. 128). Nas palavras de Ronaldo Vainfas (2002, p. 17):

Contra a tal história historicizante, Febvre e Bloch opunham uma história problematizadora do social, **preocupada com as massas anônimas, seus modos de viver, sentir e pensar**. Uma história de estruturas em movimento, com grande ênfase no estudo das condições de vida material, embora sem qualquer reconhecimento da determinância do econômico na totalidade social, à diferença da concepção marxista da história. **Uma história preocupada não com a apologia de príncipes e generais em feitos singulares, senão com a sociedade global, e com a reconstrução dos fatos em série passíveis de compreensão e explicação.** (destaque nosso)

A nova visão do papel do historiador possibilitou a criação de uma nova história, a história social, baseada em uma memória coletiva. As diversas memórias são avaliadas no momento de se contar a história, representando o relato dos vencidos e dos vencedores. E aqui surge o interesse em se registrar e resgatar a história das minorias, dentre elas a história da pessoa com deficiência.

Neste momento cabe retornar ao nosso objetivo principal, contextualizando historicamente o papel da pessoa com deficiência, conforme segue.

3 BIOPOLÍTICA E SUA INFLUÊNCIA NA HISTÓRIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os primeiros relatos escritos da humanidade nada falam sobre a pessoa com deficiência. Segundo Otto Marques da Silva (1987), é possível supor que, nas primeiras civilizações, diante das dificuldades de sobrevivência, as pessoas com deficiência eram abandonadas pelo grupo ou mortas, pois poderiam significar risco para toda a coletividade.

uma minoria numérica. Em muitas situações a minoria, numericamente falando, constitui uma maioria. O conceito de minoria neste caso é qualitativo, ou seja, o termo é utilizado para com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados". (SIQUEIRA; ANSELMO, 2009, p. 142).

Com o transcorrer da história, a situação da pessoa com deficiência pouco se modificou. O abandono, a morte e a conexão entre deficiência e forças malignas, foram uma constante na história. A pessoa com deficiência não era considerada indivíduo (não fazia parte da comunidade), mas uma aberração da natureza.

Tal realidade começa a se modificar com o crescimento do conhecimento científico e com o fortalecimento dos valores cristãos. Nas palavras de Otto Marques da Silva (1987, s.p.):

E houve, com a implantação e solidificação do Cristianismo, um novo e mais justo posicionamento quanto ao ser humano em geral, ressaltando a importância devida a cada criatura como um ser individual e criado por Deus, com um destino imortal - o que, sem dúvida, muito beneficiou os escravos e todos os grupos de pessoas sempre colocadas de lado e menosprezadas na sociedade romana, tais como os portadores de deficiências físicas e mentais, antes considerados como meros pecadores ou pagadores de malefícios feitos em vidas passadas, inúteis, possuídos por maus espíritos, ou simplesmente como seres que, em muitos casos, deveriam continuar sendo eliminados ao nascer, segundo as leis e costumes de Roma recomendavam há séculos.

A ideia de ser o homem imagem e semelhança de Deus, bem como o fortalecimento dos ideais de solidariedade e caridade, contribuíram para o surgimento de instituições de amparo às pessoas com deficiência. O desenvolvimento da medicina permitiu a busca de tratamentos e medicamentos. Um novo lugar na sociedade surgia para os considerados inválidos. Deixavam, aos poucos, de ser invisíveis.

Neste ponto, necessário analisar a contribuição dos estudos desenvolvidos por Michel Foucault relacionados a biopolítica e ao biopoder. Foucault começa sua análise destacando que os soberanos sempre controlaram o direito de vida e morte de seus súditos. A partir da época clássica, houve uma transformação nesse mecanismo de poder⁸, com o deslocamento da pena de morte para um poder sobre a vida (FOUCAULT, 1999a, p. 127-128).

[...] Mas esse formidável poder de morte [...] apresenta-se agora como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto. (FOUCAULT, 1999a, p. 129).

Na visão de Foucault, o poder sobre a vida⁹ se desenvolve em duas etapas: a primeira ideia

8 “Para Foucault, a partir do século XVIII, o Ocidente conheceu uma profunda transformação nos mecanismos de poder. O poder de soberania, o direito de *causar* a morte ou de *deixar* viver tão característico desse poder, é agora substituído por ‘um poder que gera a vida e a faz se ordenar em função de seus reclamos’. Segundo Foucault, o século XVIII marca **o processo de entrada da vida na história, isto é, a entrada dos fenômenos próprios à vida humana na ordem do saber e nos cálculos do poder**. Assim, sendo os processos relacionados à vida humana começam a ser levados em conta por mecanismos de poder e de saber que tentam controlá-los e modificá-los”. (DANNER, 2010, p. 143-157). (destaque nosso)

9 “Uma das consequências práticas desse poder encarregado de promover a vida é a instauração da norma. Isto é, dito de outro modo, um poder como esse, que tem como tarefa principal a garantia da vida, terá sempre a necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. E esse mecanismo é a norma. É por isso que, como afirma Foucault, ‘uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida’. Foi a norma que conseguiu estabelecer um elo entre o elemento disciplinar do corpo individual (disciplinas) e o elemento regulamentador de uma multiplicidade biológica (biopoder). A norma é tanto aquilo que se pode aplicar a um corpo que se deseja disciplinar como a uma população que se deseja regulamentar”. (DANNER, 143-157).

de “corpo como máquina” (séc. XVII) e a segunda de “corpo-espécie” (metade do séc. XVIII). O “corpo como máquina” trabalha com a ideia de desenvolvimento de aptidões, adestramento, força física. Já o “corpo-espécie” supera o caráter mecânico e passa a adotar o critério biológico, ou seja, preocupação com a qualidade de vida, de saúde, nascimentos e mortes, numa ideia biopolítica da população (FOUCAULT, 1999a, p. 131). Nesta toada, Foucault destaca os ensinamentos de Aristóteles: “O homem durante milênios, permaneceu vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão”. (FOUCAULT, 1999a, p. 134)

A biopolítica se baseia no controle da vida e do corpo de cada indivíduo. À primeira vista pode parecer algo positivo, mas os objetivos desta alteração de poder está em utilizar tais indivíduos em favor dos interesses políticos e econômicos.

Nas palavras de Pedro Angelo Pagni (2017, p. 170):

[...] a biopolítica se ocuparia de administrar a vida da população, evitando que morra, para fazê-la viver, se ramificando pelas diversas artes de governo e atuando sobre o corpo de cada indivíduo para que este último a governe por si e para si mesmo, segundo os saberes científicos e as tecnologias de biopoder vigentes. Tais saberes e tecnologias, por sua vez, trazem a promessa de prologarem a sua existência, ainda que para torna-la mais produtiva e ao mesmo tempo menos prenhe de vida, enquanto que a sua liberdade se reduz a esse jogo de perder a vivacidade para servir a algo que lhe assegure a sobrevivência, com a possibilidade de viver somente dentro de uma racionalidade econômica [...].

A ponderação realizada pelo autor supracitado é também realizada por Michel Foucault (1999a, p. 132):

Este bio-poder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. [...] foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torna-las mais difíceis de sujeitar [...].

Foucault (1999b, p. 80) complementa seu pensamento relacionado ao capitalismo da seguinte forma:

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.

Apesar de se destacar as intenções políticas e econômicas intimamente ligadas à biopolítica, o que se deu foi a possibilidade de se inserir, ainda que com grandes limitações, a pessoa com deficiência na sociedade, tirando-as da invisibilidade. Vale novamente as considerações de Foucault (1999, p. 134-135) neste aspecto:

Essa transformação teve conseqüências consideráveis. Não é necessário insistir aqui sobre a

ruptura que se produziu, então, no regime do discurso científico, e sobre a maneira pela qual a dupla problemática da vida e do homem veio atravessar e redistribuir a ordem da *epistemê* clássica. A razão por que a questão do homem foi colocada – em sua especificidade de ser vivo e em relação aos outros seres vivos – deve ser buscada no **novo modo de relação entre a história e a vida**: nesta posição dupla da vida, que a situa fora da história como suas imediações biológicas e, ao mesmo tempo, dentro da historicidade humana, infiltrada por suas técnicas de saber e de poder. **Não é necessário insistir, também, sobre a proliferação das tecnologias políticas que, a partir de então, vão investir no corpo, a saúde, as maneiras de se alimentar e de morar, as condições de vida, todo o espaço da existência.** (destaque nosso)

É possível perceber, que a colocação da vida do indivíduo no centro das políticas, possibilitou a evolução em conhecimento e investimentos para a busca do bem-estar. A ideia de se garantir a vida, para que o indivíduo, em retribuição, atue em favor do Estado (com sua força produtiva, por exemplo), alterou as relações de poder e as organizações sociais, permitindo, ainda que de maneira transversal, o desenvolvimento de aptidões e habilidades das pessoas com deficiência. Pedro Angelo Pagni (2017, p. 180) complementa este entendimento, no sentido de que a visão médica contribuiu para que, mais adiante na história, ocorresse o fortalecimento e a organização das pessoas com deficiência:

Em consequência dos efeitos desse modelo político biomédico, os deficientes (não restritos mais somente aos que até então assim eram chamados) passaram a reagir e a se organizar em torno de suas bio-identidades e a disputar um espaço de maior prestígio na sociedade, em vistas a demonstrar a superação de riscos que representavam e, conseqüentemente uma estratégia de seu ajustamento às normas existentes dentro de múltiplos agrupamentos sociais.

A Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial colaboraram para o aumento considerável do número de pessoas com deficiência. A falta de segurança no trabalho, desenvolvido de forma incessante nas indústrias, e os ferimentos de combate comprometeram de forma significativa a mão-de-obra disponível. A consequência foi a preocupação com o desenvolvimento de tratamentos de reabilitação, buscando a recuperação e adaptação dos trabalhadores. Houve o fortalecimento da atuação médica e das instituições em favor da pessoa com deficiência.

O mundo se recuperava da Primeira Guerra Mundial e da conseqüente estagnação na consolidação dos direitos humanos, quando eclodiu a Segunda Guerra Mundial. Todos os direitos historicamente consolidados foram abandonados, dando passagem aos massacres ocorridos durante a guerra. A Segunda Guerra foi um marco, representando tudo o que se deve evitar contra o ser humano, mas contribuindo, também, para o posterior fortalecimento dos direitos humanos e, conseqüentemente, os direitos da pessoa com deficiência. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), foi o primeiro documento internacional a se referir aos “inválidos”.

Com a Declaração Universal de 1948, a pessoa com deficiência passou a ser sujeito de direitos como qualquer pessoa, sendo vedado, com base no princípio da igualdade e da dignidade da

pessoa humana, qualquer tratamento discriminatório. Essa ideia de igualdade, porém, demorou a se fortalecer. Veja-se os dispositivos da Declaração de 1948:

Art. 1º - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São datadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. 25, I - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, **invalidez**, viuvez velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstância fora do seu controle. (destaque nosso).

Apesar da significativa transformação representada pela Declaração, preocupando-se com o bem-estar da pessoa com deficiência e dos seus familiares, o primeiro documento internacional a tratar especificamente dos direitos das pessoas com deficiência de forma ampla só surgiu em 1975. Foi a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, elaborado pela ONU.

No Brasil, em decorrência dos movimentos internacionais, o processo de integração da pessoa com deficiência começou nos anos 50, havendo o desenvolvimento nas décadas de 70 e 80 (LANNA JÚNIOR, 2010). As pessoas, antes isoladas em instituições de atendimento, passaram a ser capacitadas, através de programas de formação e reabilitação, para o convívio em sociedade. Nota-se que só passavam por esse processo os deficientes com comprometimento leve de suas habilidades, capazes de viver em sociedade mesmo com todas as limitações.

No final da década de 80, sob a influência de grupos ativistas, que lutavam pela consolidação dos direitos das pessoas com deficiência, a sociedade começou a abandonar o modelo médico¹⁰ de deficiência, onde a deficiência era considerada um problema médico individual, para adotar o modelo social¹¹, partindo-se da ideia de que uma sociedade com barreiras inviabilizava o desenvolvimento da pessoa com deficiência, contribuindo para suas limitações. Assim, ocorre o fortalecimento da ideia de inclusão, ou seja, de que a sociedade tem o dever de se adequar para receber qualquer pessoa, independentemente de suas limitações (SASSAKI, 2006).

Com a alteração do modelo médico para o modelo social alterou-se também o papel das famílias das pessoas com deficiência na sociedade. Essas famílias que, por muito tempo, sentiram-se culpadas e envergonhadas pelo integrante com deficiência, enclausurando-o e protegendo-o da

10 “O modelo médico de deficiência tem sido responsável, em parte, pela resistência da sociedade em aceitar a necessidade de mudar suas estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas com deficiência e/ou de outras condições atípicas para que estas possam, aí sim, buscar o seu desenvolvimento pessoal, social, educacional e profissional. É sabido que a sociedade sempre foi, de um modo geral, levada a acreditar que, sendo a deficiência um problema existente exclusivamente na pessoa com deficiência, bastaria promover-lhe algum tipo de serviço para solucioná-lo”. (SASSAKI, 2006, p. 29)

11 “Os praticantes da inclusão se baseiam no **modelo social de deficiência**. [...] Para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros. O desenvolvimento (por meio da educação, reabilitação, qualificação profissional, etc) das pessoas com deficiência deve ocorrer dentro do processo de inclusão e não como pré-requisito para estas pessoas poderem fazer parte da sociedade, como se elas “precisassem pagar ‘ingressos’ para integrar a comunidade” (Clemente Filho, 1996, p. 4)”. (SASSAKI, 2006, p. 40).

vida social, passaram a aceitar a deficiência como um problema não apenas familiar, mas da sociedade. Essa transformação de pensamento certamente fortaleceu o processo de participação e aceitação social da pessoa com deficiência.

A tese central do modelo social permitiu o deslocamento do tema da deficiência dos espaços domésticos para a vida pública. A deficiência não é matéria de vida privada ou de cuidados familiares, mas uma questão de justiça. (NUSSBAUM, 2007, p. 35 apud DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 69).

O papel da pessoa com deficiência na sociedade passou do processo de exclusão e segregação (principalmente com o fortalecimento das instituições de caridade e casas de saúde), para o processo de integração e inclusão. Trata-se da transformação da visão de amparo e incapacidade para visão de autonomia e independência.

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social. (CURIONI, 2003, p. 422 apud ROSTELATO, 2010, p. 180)

A luta pela inclusão, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, chegou à Constituinte que antecedeu a Constituição Federal de 1988. Em decorrência, a Constituição Federal de 1988, com previsões como a dignidade da pessoa humana (art. 1º III), o direito à igualdade (art. 5º, caput) e ideia de justiça, igualdade e vedação de tratamento discriminatório (art. 3º), passou a representar um grande marco na luta pelos direitos da pessoa com deficiência. Além dela, documentos internacionais também contribuíram com o fortalecimento da luta, como a Convenção de Guatemala de 1999 e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, aprovada, juntamente com seu Protocolo Facultativo, como emenda à Constituição (Decreto Legislativo nº 186/2008), passando a valer no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto Presidencial nº 6.949/2009. Segundo Marilu Dicher e Elisaide Trevisam (2014, s.p.):

[...] resulta o reconhecimento do pleno direito das pessoas com deficiência de se integrarem na sociedade, de forma autônoma e respeitosa, como expressão maior do seu direito à dignidade humana. Não se criou novos direitos, mas foram estes especificados, para que a pessoa na condição de deficiente possa desfrutar das mesmas oportunidades que os demais. Não mais indiferença, desprezo, extermínio, nem mesmo simpatia ou assistencialismo. Simplesmente respeito. Se existe uma deficiência, esta não é mais da pessoa, mas da sociedade.

Sob a influência da Convenção de 2006, o Brasil promulgou o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Veja, que o Brasil passa a ter uma norma específica apenas em 2015, demonstrando como os direitos das pessoas com deficiência ainda engatinham rumo à efetivação.

Cabe referência que, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pela primeira vez na legislação brasileira o conceito de deficiência é desvinculado do conceito de incapacidade (art. 6º da lei: “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”). A regra passa a ser de que todas as

pessoas com deficiência são capazes e livres para decidir sobre suas vidas e destinos. Excepcionalmente, diante das limitações decorrentes da deficiência, sua capacidade pode ser relativizada.

Nova teoria das incapacidades: pessoa com deficiência não é incapaz por esse simples fato – Alterando sobremaneira a teoria das incapacidades consagrada na redação primitiva do Código Civil de 2002, a Norma Estatutária desatrelou os conceitos de incapacidade de pessoa com deficiência. Não mais há, efetivamente, uma relação implicacional entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil. Até porque a pessoa com deficiência pode não sofrer qualquer restrição à possibilidade de expressar as suas vontades e preferências. E, a outro giro, uma pessoa sem qualquer deficiência pode não ser capaz de exprimir a sua vontade, como na hipótese do menor de dezesseis anos de idade. Modifica-se, assim, a estruturação das incapacidades absoluta e relativa. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 309)

É possível observar, que a história da pessoa com deficiência começa a ser contada e escrita com o reconhecimento internacional de seus direitos. Ser reconhecida como sujeito de direitos e capaz (em regra) permitiu à pessoa com deficiência lutar por seu lugar na sociedade, possibilitou o ecoar da sua voz, o registro de suas memórias. O passado de exclusão e segregação, onde eram silenciadas, enclausuradas, sem qualquer condição de participação social, ficou apenas como mero registro.

A consolidação dos direitos humanos está intimamente ligada aos acontecimentos históricos. Enquanto a história escrita e tradicional é contada pela visão e, sob a influência dos vencedores e possuidores do poder, a história social acontece paralelamente. Não houve relatos, por muito tempo, sobre as pessoas com deficiência na história, mas elas estavam ali, ainda que escondidas. E, à revelia dos poderosos, sua voz passou a ser ouvida, e seus direitos realidade.

Marilu Dicher e Elisaide Trevisam (2014, s.p.) refletem sobre a alteração do papel social da pessoa com deficiência nos seguintes termos:

Da jornada histórica percorrida pelas pessoas com deficiência através dos séculos, constata-se o lento processo a que se submeteram em busca de respeito e igualdade, com vistas à efetiva inclusão social.

Da árdua luta pelo direito de serem consideradas ao menos “pessoas humanas” dignas de vida, hoje já se pode lançar um olhar otimista sobre um futuro, que se espera bem próximo, quando será superada e suplantada de vez a segregação suportada por essa grande parcela da sociedade.

Importante destacar que a consolidação de direitos fortaleceu o papel da pessoa com deficiência na sociedade, e, em sentido inverso, o aumento da participação social contribuiu para o aumento e efetivação desses direitos. Utilizando os ensinamentos de Antônio Manuel Hespanha (2012, p. 21), o direito existe sempre em sociedade. Assim, as soluções jurídicas serão sempre contingentes em relação a um dado envolvimento, sendo sempre locais. Não há como avaliar o direito sem contextualizá-lo, pois, ele sempre refletirá os anseios sociais, culturais e econômicos da sua época. Destarte, quanto mais efetiva a participação social da pessoa com deficiência, mais

direitos serão adquiridos.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi analisado, é possível perceber que a história da pessoa com deficiência demorou a ser escrita. A par disso, essas pessoas sempre estiveram presentes na história da humanidade, ainda que silenciadas e enclausuradas (muitas vezes mortas).

A transformação do papel do historiador contribuiu para a nova história, agora com perfil social e coletivo. Passou-se a se preocupar com as múltiplas memórias e os diversos sujeitos envolvidos nos acontecimentos (inclusive os grupos minoritários e excluídos), possibilitando a elaboração de uma história imparcial, sem lados, sem dono.

No que se refere à história da pessoa com deficiência, importante destaque merece a colaboração dos valores cristãos e das ciências, principalmente a medicina. A caridade e a solidariedade, trouxeram o sentimento de amparo aos menos favorecidos, retirando a pessoa com deficiência do anonimato. Da clausura e da morte, emergiram para as instituições de apoio e saúde.

Já na ciência, os estudos de Michel Foucault demonstram como a preocupação médica alterou completamente a realidade social existente. A biopolítica colocou a vida e a saúde dos indivíduos no centro dos interesses políticos e econômicos. O poder sofre importante transformação, migrando da ameaça constante de morte para a garantia da vida. Cabe ao Estado tutelar a vida do indivíduo, dando-lhe saúde e qualidade de vida, para que, em troca, como retribuição, o indivíduo lhe ofereça a saúde na forma de força de trabalho. Portanto, a ideia de medicalização da sociedade contribuiu para o crescimento de tratamentos, medicamentos, processos de reabilitação e desenvolvimento de aptidões. E tudo isso, de certo modo, favoreceu o processo de visibilidade social da pessoa com deficiência.

O modelo médico foi aos poucos sendo abandonado. Com o avanço das pesquisas e dos tratamentos dirigidos à pessoa com deficiência, percebeu-se que as limitações sociais decorriam de fatos que não apenas os biológicos. Assim, surge o modelo social de deficiência, pregando a contribuição da sociedade no processo de inclusão e aceitação da pessoa com deficiência. Fortaleceu-se, neste momento, o processo de luta coletiva e individual pelos direitos dessas pessoas, sempre em busca de autonomia e igualdade.

O crescente protagonismo dessa grande minoria despertou a atenção da sociedade, levando à conquista de importantes direitos (internacionalmente e internamente), principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Conseqüentemente, com o aumento da participação social, mais direitos foram se concretizando. Finalmente as pessoas com deficiência deixavam definitivamente a categoria de excluídos da história.

Apesar dos avanços na garantia dos direitos da pessoa com deficiência, muitos deles ainda carecem de efetividade. A Constituição Federal de 1988, carta dirigente, considerada cidadã, por contemplar direitos de toda a sociedade, ainda pouco se faz presente na prática. Assim como muitos outros direitos fundamentais, os direitos da pessoa com deficiência por diversos momentos só se consolidam com a interferência do Poder Judiciário.

O que se pode concluir, diante de tudo que foi apresentado, é que a pessoa com deficiência foi ignorada por um longo período da história. Os valores cristãos e a ciência contribuíram para sua visibilidade e colocação social, levando ao reconhecimento e a tutela pelo direito. A partir desse momento, essas pessoas passaram a existir para a história. As memórias e a história da pessoa com deficiência só foram ouvidas e escritas com a interferência do direito. A solidariedade, a caridade, a dignidade da pessoa humana e a igualdade lançaram luz sobre “a maior minoria do mundo” e fizeram ecoar essa história que ainda precisa ser melhor contada.

REFERÊNCIAS

BLOCH, Marc. **Apologia da História ou o Ofício de Historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.

CHANGEUX, Jean-Pierre. Definición de La Memoria Biológica. In ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. UNESCO. **¿Por qué recordar?** Buenos Aires: Ediciones Granica, 2007.

DANNER, Fernando. O sentido da biopolítica em Michel Foucault. **Revista Estudos Filosóficos**. Nº 4/2010. Versão Eletrônica. DFIME – UFSJ – São João del Rei – MG. p. 143-57. Disponível em: <<https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art9-rev4.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia III. CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 6. n. 11. dez. 2009. p. 65-77. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; CUNHA, Rogério Sanches.; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999a.

_____. **Microfísica do Poder**. Organização e Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b.

HESPANHA, António Manuel. A história do direito na formação dos juristas. In: _____. **Cultura**

jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012, p. 13-30.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência.** Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 73. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (comp.). **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Fact sheet on persons with disabilities.** Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 26 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDIAL. **Relatório mundial sobre a deficiência.** Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDPcD, 2012. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf. Acesso em: 26 jun. 2018.

PAGNI, Pedro Angelo. Da exclusão a um modelo identitário de inclusão: a deficiência como paradigma biopolítico. **Childhood & Philosophy.** Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, jan-abr. 2017, p. 167-188. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5804083.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres.** Tradução de Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

ROSTELATO, Telma Aparecida. A inclusão social das pessoas com deficiência, sob o viés da proteção universal dos direitos humanos. **Revista Lex Humana**, nº 2, 2010, p. 169-200. Disponível em: <seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/download/59/57>. Acesso em: 05 jul. 2018.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora WVA, 2006.

SILVA, Antônio Lucieudo Lourenço; MIRANDA, Luciana Lobo; GERMANO, Idilva Maria Pires. Da fisiologia à biopolítica: discursos sobre a deficiência física na legislação brasileira. **Revista Polis e Psique.** 2011. Vol. 1, n. 1. p. 149-165. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/PolisePsique/article/view/23653/25606>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

SILVA, Otto Marques da. **A EPOPÉIA IGNORADA: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje.** São Paulo: CEDAS, 1987.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. Inclusão Social e Pessoa Com Deficiência: Analisando a Questão da Acessibilidade. **Revista Intertemas.** Presidente Prudente, v. 14, nov. 2009, p. 139-153.

THADDEN, Rudolf von. Uma Historia, Dos Memorias. In ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. UNESCO. **¿Por qué recordar?** Buenos Aires: Ediciones Granica, 2007.

VAINFAS, Ronaldo. **Os Protagonistas Anônimos da História:** micro-história. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito.** 4. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DO SILÊNCIO DAS MULHERES NA HISTÓRIA A CONQUISTA DE VOZ DA MULHER BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL¹

RESUMO

Esta pesquisa foi realizada com objetivo de analisar a relação da exclusão da mulher como objeto da historiografia e a articulação realizada por mulheres durante a Constituinte de 1987-1988. Neste trabalho foram utilizados os métodos histórico e dedutivo. O assunto é relevante para a compreensão da situação histórica em que foram aprovados os artigos referentes à direitos de igualdade e demais garantias constitucionais às mulheres, bem como para trazer à baila fato importante para o direito brasileiro que, aparentemente, está caindo em esquecimento. Foi observado que, devido a condição subjugada que às mulheres foi imposta culturalmente, elas foram mantidas às margens da construção histórica, sem fontes sobre suas vidas e representantes nas ciências; havendo alteração desse quadro somente com os movimentos feministas do século XX. No Brasil, as mulheres começaram a ganhar visibilidade no espaço público a partir da década de 1960, durante o regime militar, com vários movimentos populares, o que levou a instituição do CNDM e ao movimento Mulher e Constituinte, obtendo sucesso em eleger 26 parlamentares mulheres e em aprovar 80% das reivindicações presentes na Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte. Portanto, restou evidente que somente com voz as mulheres são capazes de contraírem sua própria história e direito.

PALAVRAS-CHAVE: Historiografia. Direito. Mulheres. Lobby do Batom. Constituição de 1988.

ABSTRACT

This research was carried out with the objective of analyzing the relation of the exclusion of the woman as object of the historiography and the articulation carried out by women during the Constitution of 1987-1988. In this work the historical and deductive methods were used. The subject is relevant to the understanding of the historical situation in which the articles on equality rights and other constitutional guarantees for women were approved, as well as to bring to the fore an important fact for Brazilian law that apparently is falling into oblivion. It was observed that because of the enslaved condition that women were culturally imposed, they were kept on the margins of historical construction, with no sources about their lives and representatives in the sciences; with this change only with the feminist movements of the twentieth century. In Brazil, women began to gain visibility in the public space from the 1960s, during the military regime, with several popular movements, which led to the establishment of the CNDM and the Women and Constituent movement, succeeding in electing 26 women parliamentarians and to approve 80% of the claims in the Brazilian Women's Charter to the Constituent Assembly. Therefore, it has become evident that only with voice are women capable of contracting their own history and right.

KEY WORKS: Historiography. Law. Women. Lipstick Lobby. Constitution of 1988.

1. INTRODUÇÃO

A ciência histórica está presente de forma expressa em todas as demais ciências, pois todas

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduada em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário. Bolsista CAPES. E-mail: isabelasamaral@outlook.com.

elas devem estudar o seu próprio desenvolvimento e como o desenvolvimento social influenciou no seu desenvolvimento. Isso se dá com maior relevância nas ciências sociais, pois, assim como a historiografia, tem como seu objeto o homem e seus aspectos no tempo.

Os historiadores possuem um grande poder em sua mão, pois a forma como a história é contada influencia na visão que as pessoas têm de algo, podendo reforçar relações de opressão pela simples propagação de um estereótipo, ou alterar como são percebidas relações sociais de maneira a incentivar uma nova maneira de interação. Por isso, história tem ligação próxima com o direito e a política.

Ao passo em que uma mudança no direito de uma sociedade pode ser resultado de uma mudança na sociedade, esta última registrada pela historiografia e muitas vezes impulsionada pela forma como a história é abordada. Uma grande alteração política ou legislativa também pode resultar em um novo curso para a história. E são nessas relações que podemos apoiar a conquista das mulheres por voz e espaço social e público, neste caso focalizado na façanha realizada pelo Lobby do Batom durante a Constituinte de 1987-1988.

Neste trabalho, objetivou-se estudar a influência da falta de voz das mulheres na história e sua consequência na Constituinte de 1987-1988, processo em que houve uma massiva organização das mulheres brasileiras para reivindicar voz e lugar no parlamento, procurando aprovar a positivação constitucional do princípio da igualdade entre homens e mulheres, assim como diversos direitos específicos para a população feminina.

Apesar da grande importância do Lobby do Batom na história do direito brasileiro, pouco se fala sobre, o que evidencia a importância do presente trabalho.

No desenvolvimento do artigo foram realizadas considerações sobre a historiografia, conceituou-a sob a perspectiva de historiadores como Michel de Certeau, Marc Bloch e Julio Aróstegui, demonstrando sua aproximação com as demais ciências sociais pelo um de seus objetos ser a sociedade no tempo.

Ponderou-se como a base para que se desenvolva a historiografia é a memória, sendo uma de suas fontes, bem como, não seria equívoco dizer, a preservação da memória é uma das finalidades dessa ciência. Dada sua relevância, foi realizada uma breve análise do processo de memorização, introduziu-se os conceitos de memória de curto e longo prazo. Evidenciou-se a grande carga de subjetividade que permeia o procedimento de memorização e como o recolhimento de fontes decorrentes de somente uma perspectiva pode influenciar na história e na exclusão de determinado grupo subjugado.

Demonstrou-se como as mulheres se encaixam como grupo discriminado no decorrer da história devido a construção cultural de gênero, ocorrendo acentuação desse quadro durante a

revolução industrial no século XIX.

Por fim, visando demonstrar o caminho que conduziu a articulação do Lobby do Batom, foram abordados os movimentos de mulheres no Brasil durante a segunda metade do século XX, que ganharam força durante o regime militar, impulsionados pelo crescimento do movimento feminista. Igualmente, elucidou-se no que consistiu o Lobby do Batom e qual foi o resultado causado pelo mesmo na Constituição de 1988.

Para a elaboração do presente trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e histórico. O primeiro parte de premissas maiores para as premissas menores, nesse caso, iniciou-se a pesquisa por uma conceituação da historiografia e suas fontes, realizando uma construção até a Constituição de 1988. Já o segundo, foi utilizado ao serem estudados institutos e construções históricas e a sua influência ao Lobby do Batom.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram análise documental de fontes primária e secundária, havendo sido acessados documentos contemporâneos a constituinte e, bem como, bibliografia pertinente aos assuntos.

2 HISTORIOGRAFIA E SOCIEDADE

A ciência histórica, quando delimitada com seus próprios métodos e conceitos, é também chamada de historiografia.

Importante destacar que a historiografia entre o século XVIII e início do século XIX estava vinculada essencialmente às fontes oficiais, de maneira que a história se restringia a abordar a vida dos “grandes homens e seus feitos”. Ou seja, pessoas comuns, trabalhadores, mulheres eram desconsiderados pela historiografia. Essa perspectiva foi alterada em meados do século XX, possibilitando a presença de novos sujeitos na ciência histórica, pela instituição da L'École des Annales, junto a colaboração da Antropologia e da História das mentalidades com foco no cotidiano das pessoas, assim como as novas formas de abordar a História social, a exemplo da memória popular (AMÂNCIO, 2013, p. 72-73).

Portanto, atualmente pode-se dizer que a historiografia tem como objeto de estudo das relações dos homens inseridas em um período. Não basta a história investigar os desdobramentos da interação humana, é imprescindível considerá-los em um determinado intervalo temporal. Portanto, mesmo quando se está analisando os vestígios deixados em paisagens, bem como seus documentos, artefatos e máquinas, na verdade se está estudando o que se passou com os homens em determinado local e tempo (BLOCH, 2001, p. 49-50).

Seguindo seu raciocínio, Marc Bloch (2001, p. 60) infere que o tempo, ao lado do ser humano, é característica fundamental no estudo histórico, sendo que a sua inobservância

desvalidaria todo um trabalho:

Em suma, nunca se explica plenamente um fenômeno histórico fora do estudo de seu momento. Isso é verdade para todas as etapas da evolução. Tanto daquela em que vivemos como das outras. O provérbio árabe disse antes de nós: "Os homens se parecem mais com sua época do que com seus pais." Por não ter meditado essa sabedoria oriental, o estudo do passado às vezes caiu em descrédito.

Além da época em que ocorreram os fatos, é de suma importância considerar as influências regionais, culturais e econômicas as quais uma sociedade esteve submetida, bem como considerar o tempo e influências socioculturais em que está envolvido o próprio pesquisador.

Michel de Certeau (2006, p. 65-66) pontuou que a atividade do historiador consiste em correlacionar as ideias estudadas com os lugares em que a investigação é realizada. Dessa forma, a operação historiográfica é o resultado de uma pesquisa realizada em um lugar social, por meio de procedimentos de análise (práticas científicas), e reproduzida na construção de um texto (escrita).

Considerando historiografia como ciência social, Julio Aróstegui (2006, p. 255) afirmou que a teoria da história e as demais ciências sociais não podem ser analisadas de maneira independente. Toda teoria social deve ter em consideração sua dimensão temporal, e, por sua vez, a própria história tem como seu sujeito o indivíduo, devendo ele ser estudado enquanto inserido em sua dinâmica social.

O processo de mudança ou de permanência nas sociedades afeta tanto a teoria social como a histórica. A relação da mudança social com a mudança histórica faz com que algumas vezes não seja possível discerni-las. Por isso, dada a inextricável convergência do social e do histórico, como já estabelecemos, é preciso falar da *sociedade*, a partir de diversos pontos de sua teoria, para poder falar *do que é história*. (grifo do autor) (ARÓSTEGUI, 2006, p. 256)

Corroborando com esse posicionamento Michel de Certeau (2006, p. 74), ao apontar que desde a investigação histórica até a própria escrita de uma obra, todos os pontos são relativos à estrutura social, incorrendo que, se há mudança na situação social, também há mudança na forma de se trabalhar a história.

Se a teoria da história tem seu objeto fixado nos homens estabelecidos em determinado local e tempo, é correto afirmar que a historiografia estuda as sociedades humanas e seu desenvolvimento social, econômico e político.

A história das sociedades, principalmente das mais arcaicas, tem como fonte essencial a memória e sua expressão, principalmente, pela oralidade, assunto que passaremos a abordar.

3 MEMÓRIA E PERSPECTIVA

O historiador irá recorrer a inúmeras fontes durante a sua investigação, entre elas estão o depoimento, as entrevistas e outras técnicas que visam acessar a memória dos indivíduos e grupos

que presenciaram o fato estudado. Além disso, as fontes primárias como correspondências, diários e arquivos públicos e privados, dependem, em certa medida, da memória, mesmo que seja a memória de curto prazo (explicada mais a frente).

Gercina Ângela Borém Lima (2007, p. 276) constata que em sociedades orais os homens passavam por meio de teatros, danças, rituais, mitos e histórias os conhecimentos de crenças, técnicas e costumes que consideravam pertinentes a serem preservados, confiando apenas na memória, a informação era recebida no exato tempo e local em que eram emitidas, dessa forma:

A história era feita a partir da capacidade de memorização dos membros do grupo social e de suas preferências. Havia, portanto, um registro “incerto” da realidade, fortemente filtrada pelo sujeito da ação. A mediação desse sujeito, nesse tipo de comunicação, era de fundamental importância para a continuidade histórica do conhecimento, pois não havia a escrita.

Nas sociedades contemporâneas, a oralidade ganhou novamente notoriedade, pois, graças à tecnologia, existe ampla disseminação de informações (inclusive em tempo real) por meio de rádio, televisão, telefone e internet (MATOS; SENNA, 2011, p. 95).

A partir da percepção da indução que a memória e sua exteriorização exercem na construção da, é imprescindível ter conhecimento de noções básicas do processo de memorização.

3.1 O Processo de Memorização

A construção da memória é fenômeno estudado por diversas ciências sem que, na verdade, nenhuma delas tenha atingido um conceito absoluto e dotado de certeza incontestável.

A definição do que é memória, segundo Jean-Pierre Changeux (2007, p. 15) em sua colaboração no livro *¿Por qué recordar?*, deve ter um enfoque múltiplo, pois é necessário fazer considerações nas áreas da psicologia, antropologia, história das culturas e civilizações, biologia molecular e neurologia.

Jacques le Goff (1990, p. 424) ensina que ao compreender a memória como aptidão de guardar conhecimentos, entende-se que ela é possibilitada por um conjunto de funções psíquicas que permitem que se atualize informações e impressões entendidas como passadas ao revisitá-las.

A memória é composta por memórias de curto e de longo prazo. A memória de curto prazo permite a compreensão do passar do tempo e reconhecimento de pessoas e coisas com que sem interage. Embora dure menos de um minuto, a memória de curto prazo fornece objetos mentais que serão armazenados na memória de longo prazo (CHANGEUX, 2007, p. 17).

Contudo, não são todos os objetos da memória de curto prazo que serão convertidos em memória de longo prazo, caso contrário o cérebro ficaria sobrecarregado de informações fúteis, Jean-Pierre Changeux (2007, p. 18) explica que:

En dicha selección interviene una zona especializada de nuestra corteza cerebral, el lóbulo del hipocampo, cuya ausencia impide el tránsito desde la memoria de corto plazo a la de largo plazo. Tal selección escapa en gran medida a la voluntad y a la razón, y aún no se conoce con certeza los principios que la rigen: novedad, coherencia, respuesta a un interés cognoscitivo, designio, contexto emocional, por cierto, pero también el *azar*. Lo que retiene la memoria de largo plazo varía considerablemente de un individuo a otro.² (grifo do autor)

Na mesma obra, *¿Por qué recordar?*, Rudolf von Thadden (2007, p. 38) aponta que essa subjetividade da mente resulta em múltiplas versões para um mesmo fato, o que o autor chama de memórias plurais, e, em decorrência, existem inúmeras percepções do que se entende como realidade histórica.

Os historiadores devem resistir ao ímpeto de uniformizá-las e uni-las em uma memória única, respeitando a pluralidade de memórias, pois “Aunque no haya sino una historia, ella se traduce siempre en percepciones y memorias diferentes.” (THADDEN, 2007, p. 38).

Ao tratar do método pelo qual o historiador utiliza as fontes orais, Joel Haroldo Baade (2013, p. 3-4), destaca a necessidade de cautela por parte do pesquisador, pois este não deve se deixar envolver nem pelos relatos das testemunhas que entrevista, nem por seus pré-conceitos e inclinações. Contudo, é neste momento de coleta de informações que o historiador tem a oportunidade de acarear a testemunha com outras histórias possíveis para o mesmo fato, processo que possibilita ao historiador entregar, em seu trabalho finalizado, um retrato histórico mais imparcial e mais próximo das complexidades humanas.

Construir uma análise histórica sob somente uma perspectiva, resulta numa história carregada e subjetivismo, ou seja, uma história parcial. Portanto, para que todas as sociedades e culturas tenham suas visões respeitadas e consideradas na consolidação de uma obra histórica, a maior quantidade o possível delas deve ser ouvida.

3.2 A Subjugação Resultada da Ausência de Fontes Múltiplas

Caso não ocorra a consideração das diversas perspectivas que podem ser dadas a um fato histórico, a história será registrada e passará como sendo verdadeiro os fatos observados somente por uma sociedade ou grupo social.

Chimamanda Ngozi Adichie (2009, s/p), utilizando-se de vários exemplos de estereótipos demonstra o perigo de uma história única. Com o termo “história única”, Chimamanda se refere as informações que são disseminadas de forma ampla, mas que não levam em consideração um outro olhar sobre o mesmo fato.

2 Em tradução livre: em tal seleção, intervém uma área especializada do nosso córtex cerebral, o lóbulo do hipocampo, cuja ausência impede a transição da memória de curto prazo para a memória de longo prazo. Tal seleção escapa em grande parte da vontade e da razão, e os princípios que a governam ainda não são conhecidos com certeza: novidade, coerência, resposta a um interesse cognitivo, desígnios, contexto emocional, certamente, mas também *acaso*. O que retém a memória de longo prazo varia consideravelmente de um indivíduo para outro.

A autora pondera, a título de demonstração, que enquanto existem diversos romances norte-americanos e, portanto, diversas representações da sociedade norte-americana, não existe a difusão de romances realizados por escritores do continente africano e não há a representação dos diversos aspectos do cotidiano africano. O que resulta na construção de um estereótipo para o continente e sua população, sendo enfatizados somente os pontos mostrados pela mídia e pela história (que tende a ser eurocêntrica). Por esse motivo se deve procurar mais de uma fonte que relate o mesmo fato. Deve-se possibilitar o acesso da grande massa a uma visão mais ampla, inserindo nos registros o lado geralmente não ouvido dos fatos (ADICHIE, 2009, s/p).

A história, na visão do materialismo histórico dialético de Karl Marx e Friedrich Engels (2007, p. 34), se desenvolve e é marcada por uma relação entre agentes opressores e grupos oprimidos. Nesse conflito, ao grupo subjugado são impostos os desejos e as doutrinas dos opressores.

Controlar o passado e o presente ajuda a controlar o futuro, por esse fato existe competição pelo domínio do relato histórico. Dependendo do que intentar uma obra histórica, seu conteúdo, procedimentos e função poderão diferir drasticamente; e, além do método, poderá se optar por um ou outro fenômeno como destaque (FERRO, 1989, p. 2-3).

Portanto, considerando a existência de um grupo opressor que possui o domínio dos métodos e técnicas para a pesquisa histórica e que determina quais são os objetos relevantes para seu estudo e que fatos merecem não cair no esquecimento, pode-se selecionar agentes e específicos e recolher dados apenas de uma perspectiva, utilizando a história como instrumento de formação de opinião e, conseqüentemente, de manipulação da massa. Sendo este o caso que ocorreu com a supressão da perspectiva feminina da história durante muito tempo.

4 AS MELHERES À MARGEM DA HISTÓRIA

Os movimentos feministas recebem cada vez mais visibilidade, exigindo a igualdade entre homens e mulheres nos mais diversos aspectos, desde questões relacionados à vida pública quanto questões relacionadas à vida privada. Foram os movimentos feministas que impulsionaram as ciências na direção dos assuntos relacionados às mulheres, inclusive a historiografia.

Tilly (1994, p. 31) pontua que a história das mulheres foi influenciada direta e indiretamente pelo feminismo, o qual, em sua definição operacional, possui três componentes: defesa da igualdade dos sexos ou oposição à hierarquia dos sexos; a aceitação que a posição da mulher é construída socialmente e fixada historicamente pelos costumes sociais; e o reconhecimento das mulheres como grupo social e o apoio a elas.

Portanto, larga pesquisa foi realizada nos campos como os da história, sociologia e

antropologia para solidificar o argumento da construção social do gênero e da exclusão e submissão impostas às mulheres.

Um ponto que possui ampla convergência de opiniões se consiste na afirmação que as sociedades antigas possuíam sua organização baseada no matriarcado. As mulheres eram a figura central e de maior poder dentro do grupo social, portanto, a origem da organização social esteve nas mãos das mulheres, esse destaque era dado pois a capacidade de gerar vidas e aumentar o contingente populacional era reverenciado (PERROT, 2006, p. 175-176).

Contudo, com a estabilização das sociedades e sua fixação geográfica, o ato de conceber novos membros perde importância para a obtenção e manutenção de bens materiais, gerando nos homens o desejo de ter os bens por si conquistados mantidos em sua linhagem sanguínea. A partir de então se instala o patriarcado, que garantiria, na monogamia da mulher, manutenção das suas propriedades pelos seus descendentes (ROCHA, 2007, p. 723-724).

Engels ([19--?], p. 75-76) afirma que juntamente com a imposição da monogamia surgiu a primeira opressão de classe, a qual seja o antagonismo entre homem e mulher. Destaca a monogamia surge não por motivos afetivos, mas tão puramente por interesses na procriação de filhos e manutenção da propriedade.

Observa-se, nesse ponto, uma reversão dos papéis de cada sexo, passando o homem ao centro da construção e liderança social, e uma especificação mais delineada e rígida das atividades a serem praticadas por cada gênero.

As identidades de gênero são inseridas no conceito de sexo por uma construção social. Existem necessidades humanas que devem ser supridas como forma de manutenção e proliferação da vida, entre elas se encontram as da sexualidade e da procriação, que precisam ser satisfeitas como quaisquer outras, entretanto, a forma como isso ocorrerá não é meramente natural, como elucida Rubin (1993, p. 5) “Fome é fome, mas o que é considerado comida é culturalmente determinado e obtido [...] Sexo é sexo, mas o que se considera sexo é igualmente determinado e obtido culturalmente”. A autora afirma que cada sociedade adota e impõe um “sistema sexo/gênero”, este sistema tem a função de fixar as posturas esperadas de homens e de mulheres.

Na sociedade ocidental o sistema sexo/gênero historicamente impôs à mulher o papel de mãe, educadora, zeladora do lar, idealizadas para prover suporte aos seus esposos, sendo a eles obedientes e submissas, encontrando o seu local em casa, na vida privada; já aos homens foi cedido o papel de provedor principal do lar, sendo uma figura forte e central, permitida a ocupar os espaços públicos, sendo dotado de voz para representar os seus anseios e de sua família. Perrot (2006, p. 186-187), ao estudar a exclusão da mulher na história, mas especificamente na França, conclui que:

O século XIX levou a divisão de tarefas e a segregação sexual dos espaços ao seu ponto

mais alto. Seu racionalismo procurou definir estritamente o lugar de cada um. Lugar das mulheres: a Maternidade e a Casa cercam-na por inteiro. A participação feminina no trabalho assalariado é temporária, cadenciada pelas necessidades da família, a qual comanda, remunerada com um salário de trocados, confinada às tarefas ditas não-qualificadas, subordinadas e tecnologicamente específicas. “Ao homem, a madeira e os metais. À mulher, a família e os tecidos”, diz um texto operário (1867).

Devido ao lugar que lhe foi determinado pela sociedade patriarcal, a mulher não foi devidamente representada e considerada nos registros históricos. Em sua participação no livro *¿Por qué recordar?*, Perrot (2007, p. 58) afirma a história foi escrita por homens que não consideravam o ser feminino como objeto relevante. Consideração resultou, muitas vezes, na exclusão da presença, participação e influência femininas em ocorrências históricas de extrema relevância.

As mulheres não possuíam voz, não estavam presentes nas áreas públicas, de maneira que as principais fontes para o seu estudo consistem em documentos privados e realizados por motivos de entretenimento, tais quais cadernos de receitas, registro das finanças da residência, diários e cartas, porém, quanto aos dois últimos, era comum sua destruição devido ao medo de que sua imagem fosse de alguma forma deturbada, resultando em um material limitado de fontes para a pesquisa histórica (PERROT, 2006, p. 186).

E, mesmo as fontes que foram possíveis de serem resgatadas e reunidas, correspondem ao cotidiano, crenças e angustias das poucas privilegiadas que sabiam escrever; sobre as mulheres de posição econômica mais frágil como aquelas que trabalhavam no campo ou nas fábricas, há maior lacuna de relatos. Sobre as fontes acessadas pelos historiadores durante a construção da história das mulheres, Tilly (1994, p. 35) destaca:

O acesso aos testemunhos individuais é mais ou menos fácil e depende tanto do período estudado (a história oral não sendo possível senão para os oitenta últimos anos) quanto da classe social (as cartas ou as memórias sendo mais frequentes nas classes médias e superiores) e do país (no qual, além das diferenças dos níveis de alfabetização, é preciso pensar nas variações das práticas de introspecção, das maneiras pelas quais são relatados os acontecimentos reais da vida nos jornais, dos modos de conservação e de consulta dos arquivos oficiais, tais como os dos tribunais, da polícia e dos organismos sociais, arquivos nos quais podem ser encontradas as migalhas das vidas individuais e ouvidas as vozes do passado).

Portanto, em relação às mulheres de épocas mais antigas, as fontes que podem ser encontradas são escassas e somente sob a perspectiva masculina, geralmente propagando uma visão estereotipada das mulheres, tais fontes correspondem em sua maioria à produção artística (contos, poemas, pinturas).

Ainda que exista mais facilidade em desenvolver a história das mulheres ocidentais a partir do século XIX (no qual ocorreu um movimento de ampliação das áreas em que a presença do sexo feminino era permitida, inclusive no grupo dos letrados) há falta expressiva de fontes sobre as mulheres que se encontravam em um estrato social mais baixo. Situação que só ganharia

importância durante o século XX, com o desenvolvimento do feminismo que procurou registrar o cotidiano desse grupo populacional excluído com a historiografia, resultando na edificação da história das mulheres.

5 A TOMADA DE VOZ PELO LOBBY DO BATOM NA CONSTITUINTE DE 1988

O Brasil foi construído sobre as bases da cultura europeia ocidental trazida pelos portugueses, sofrendo influência direta, na condição de colônia de Portugal, desde o início do século XVI até o século XIX. Dessa forma, aqui foram enraizados os papéis culturalmente instituídos para ambos os sexos, colocando a mulher em um patamar subordinado e limitado a sua presença ao plano de vida privado.

Scott (1992, p. 85-88) expõe que a história das mulheres e a política são atreladas, pois é na vida pública que se tem possibilidade de dar visibilidade as questões femininas e diretamente satisfazer suas necessidades com legislações e inserções de políticas públicas.

O momento de luta pela voz das mulheres brasileiras teve início na década de 1960, atingindo seu ápice durante a Constituinte de 1987-1988.

Durante o governo militar brasileiro os movimentos de mulheres foram impulsionados, a exemplo do nascimento de mobilizações como a do Movimento Feminino Pela Anistia em 1965; o Movimento Contra a Carestia, aproximadamente em 1968; e o Movimento Por Creches em 1970. Como pontua Amâncio (2013, p. 73-74)

Para além da esfera doméstica, as mulheres estavam presentes na contestação e ruptura dos projetos impostos pela sociedade. Atuavam na disputa por espaço e reconhecimento social, estavam envolvidas nas lutas por educação, saúde e qualidade de vida, nos bairros, nos clubes de mães, nas fábricas, etc as mulheres reivindicavam vez e voz. Esses movimentos foram adquirindo expressividade e explodiram durante o governo militar (1964-1985).

Susana Veleda da Silva (2000, s/p) aponta que é exatamente a busca pelo espaço público que faz a mulher ser visível também no espaço social; e esse movimento de propositura de novo arranjo dos espaços é que distinguem os movimentos de mulheres e feministas dos demais movimentos.

Em matéria de legislação interna, só houve participação feminina nas Constituições de 1934 e 1988. A Constituição de 1934 contou com a presença de apenas uma mulher, a deputada Carlota Pereira de Queiroz, e a única inovação relevante foi o sufrágio feminino (SILVA, S. M., 2008, s/p). Já na Constituição de 1988 o quadro foi bastante modificado, pois os movimentos iniciados no regime militar prepararam o espaço para uma articulação político-legislativa dos movimentos feministas das mulheres.

Em 1985 foi criado o CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher) devido às

exigências e força dos movimentos de mulheres. Ele possuía a finalidade de fomento aos direitos das mulheres e garantia de igualdade entre os sexos na participação da vida pública; para tanto organizavam debates, campanhas, e outros eventos em âmbito nacional (AMÂNCIO, 2013, p. 75-76).

Monteiro (2018, s/p) afirma que o CNDM lançou a campanha Mulher e Constituinte para incentivar a participação da parcela feminina da população no processo constituinte para eleger a maior quantidade de parlamentares mulheres possuindo, assim, representantes que lhes dessem voz e que lutassem para que seus direitos fossem garantidos pela nova Constituição. A campanha foi frutífera, sendo que:

Em 1986, foram eleitas 26 mulheres para a Câmara dos Deputados de 16 estados brasileiros, de um total de 166 candidatas. [...] A novidade representou um aumento de 1,9 % para 5,3% da representação feminina no Parlamento. Mas, quando chegaram a Brasília, elas ainda não tinham ideia de atuar de forma conjunta, embora o movimento de reivindicação de mais direitos para a população feminina já estivesse ativo. As constituintes formavam um grupo heterogêneo com representação partidária de amplo espectro, da direita à esquerda, representando oito partidos — PMDB, PT, PSB, PSC, PFL, PCdoB, PTB e PDT —, a maioria do PMDB, 11 representantes, uma proporção de 42,3% em relação à bancada, segundo estudo do consultor legislativo do Senado Marcius de Souza.

Além do sucesso na eleição de parlamentares mulheres a CNDM, após meses de debates por todo o país, elaborou a Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte, assinada por mais de mil mulheres e entregue ao Congresso Nacional no dia 26 de agosto de 1986 (SILVA, S. M., 2008, s/p).

A Carta trazia entre suas reivindicações a positivação do princípio da igualdade entre os sexos, o qual guiava as demais exigências que tratavam sobre família, trabalho, saúde, educação, violência e, até mesmo, questões de âmbito internacional. É evidente a busca por voz e espaço na vida pública pelas mulheres, buscando um novo momento histórico no qual as mulheres não seriam um grupo discriminado, um momento em que as mulheres poderiam fazer sua própria história, na seguinte passagem da Carta:

Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz, e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembléias e palácios.

Com a apresentação da Carta, as parlamentares formaram uma aliança suprapartidária, o O CNDM estima que 80% das exigências foram aprovadas e inseridas na Constituição de 1988. A então bancada feminina, e toda a articulação realizada pelos movimentos de mulheres e feministas, ficou conhecida como Lobby do Batom, onde ocorreu conversão da participação feminina no

Congresso Nacional (MONTEIRO, 2018, s/p).

Amâncio (2013, p. 79) explica que a palavra *lobby* pode ser entendida como “uma articulação política, organizada por um grupo que procura influenciar legisladores através de ações políticas diretas, buscando junto os governos municipais, estaduais ou federais, atender as necessidades concretas desse grupo”.

O Lobby do Batom foi possibilitado pelo quadro de crescente importância e influência dos movimentos de mulheres iniciados na década de 1960 e do movimento feminista, impulsionado na década de 1970, e da união supranacional e suprapartidárias de mulheres que atuou desde as classes mais baixas junto aos movimentos regionais até a classe média-alta (como é o caso das parlamentares eleitas).

Sendo expressivo o desejo de mudança nos quadros sociais que culturalmente discriminavam as mulheres, a busca por visibilidade e voz mobilizou amplamente a população feminina brasileira em um momento de extrema relevância para o destino do país, que consiste a elaboração de uma nova Constituição. Os reflexos são sentidos até hoje com a vigência de uma Constituição Cidadã, que zela por direitos fundamentais e sociais, tanto de todos os brasileiros, quanto das mulheres e outros grupos minoritários. Houve então uma mudança na direção da história do Brasil, contando com a constante presença feminina.

CONCLUSÃO

A historiografia é a ciência que investiga os fatos que ocorreram com o homem em determinado tempo e local. Logicamente, tem ampla influência no desencadeamento dos eventos a sociedade em eles ocorrem, haja vista que mesma situação pode ser resolvida de diferentes maneiras dependendo da sociedade e do tempo nos quais ela acontece.

O ser humano individualmente, bem como o grupo social, irá guardar lembranças e informações que lhe cabem ser importantes. Caso assim seja verificado, um historiador irá reconhecer sua importância e registrá-los. A memória é a base da história, e não seria errado dizer que também é o seu fim último. Pois com o estudo do desenvolvimento do homem no tempo, pretende-se ter documentado aquilo que se considera relevante, e assim não o esquecer.

Mas a memória é traiçoeira, haja vista nenhuma das mais diversas ciências que a estudam sabem precisar qual o critério para a formação da memória de longo prazo. Porém, é certo que aquilo que atinge sentimentos pessoais tem maior probabilidade de não ser esquecido, ao contrário, tende a ser exaltado.

O historiador, ao tomar como fonte a oralidade, deve ser cauteloso. É possível que os relatos o comovam, ou que ele mesmo tenha uma pré-disposição de se posicionar de determinada

maneira. Caso isso ocorra, a história registrada não será dotada de imparcialidade e não relatará os fatos de maneira mais ponderada, devido a subjetividade, irá tender para uma visão determinada. Uma das maneiras de evitar que isso ocorra, é tomar o relato e entrevistar o maior número de testemunhas o possível, tomando o cuidado para aquelas escolhidas para serem ouvidas tenham um ponto de vista diferente do fato estudado.

Grande parte da população acredita que a história conta a verdade e não produz juízo de valor sobre aquilo que lhe é informado. Diante disso, essa ciência é um poderoso instrumento de dominação e propagação de ideologias, conceitos e preconceitos.

As mulheres, devido a uma construção social que determinou o papel dos gêneros de forma a limitar o âmbito de atuação da mulher à vida privada, dessa maneira, foi desconsiderada durante largos anos pela historiografia e pelo direito. Primeiro porque, em seu momento originário a historiografia se preocupava com a história dos Grandes Homens, sendo irrelevantes a história das pessoas comuns. Posteriormente, mesmo com as alterações introduzidas pela *L'école des Annales*, que passou a considerar importante para o estudo historiográfico tecer considerações sobre sociedades e seus lugares temporais e geográficos, as mulheres continuaram não sendo sujeitos de pesquisa, pois não tinham presença nem voz na vida pública, sem serem devidamente representadas por fontes históricas e pela própria academia.

As mulheres foram esquecidas e apagadas de grandes momentos e atos históricos. Discriminadas e oprimidas pelos homens, tinham poucos direitos garantidos. A alteração desse panorama começou somente com o surgimento e o incentivo do feminismo.

No Brasil, durante o regime militar, foram criados diversos movimentos feministas e de mulheres iniciando a busca pelos espaços social e público, realizando reivindicações referentes às suas necessidades. Devido à pressão realizada pelos mesmos, foi criado o CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher), objetivando a mobilização das cidadãs brasileiras na participação da constituinte de 1987-1988, objetivando representação e voz na vida pública para que fossem inseridos na Constituição de 1988 direitos que garantissem a igualdade entre homens e mulheres, assim como direitos específicos às necessidades femininas. Realizaram debates e campanhas para eleger maior número de mulheres parlamentares e discutir as reivindicações básicas a serem feitas, o que resultou na Carta da Mulher Brasileira ao Constituinte. Toda essa articulação ficou conhecida como Lobby do Batom.

O resultado foi as mulheres finalmente encontrar voz e presença no espaço público, mais especificamente na política. No ano de 1985 foram eleitas 26 parlamentares, e das exigências realizadas na Carta, estima-se que 80% foram atendidas.

Dentre elas o princípio da igualdade e o da não discriminação, não só entre os sexos, mas

também quanto a raça, cor, orientação sexual, ou de qualquer outra forma de discriminação. Bem como direitos referentes ao âmbito familiar, saúde, trabalho, entre outras questões específicas.

Ante tudo o exposto, é possível perceber que existe a necessidade de representação e voz das mulheres nas ciências como história e direito. O exemplo brasileiro do Lobby do Batom é a prova disso, somente com as mulheres ocupando a vida social e pública e se unindo com um objetivo em comum, que no caso era o de sair da posição de opressão na qual se encontravam desde o século XVI, é possível reverter o quadro e alterar o rumo da história.

Como última consideração é importante ter a consciência que a história das mulheres no direito não deve ser esquecida, para que sirva de incentivo para mobilização, pois demonstra que a união de um grupo, mesmo que discriminado, é capaz de conseguir adquirir novos direitos e garantias.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA UNIVERSAL DE LAS CULTURAS. UNESCO. **¿Por qué recordar?** Buenos Aires: Ediciones Granica, 2007.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, dez. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/RevTH/article/view/444/244>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ARÓSTEGUI, Julio. Método e técnicas na pesquisa histórica. In: _____. **A pesquisa histórica: teoria e método**. Tradução de Andrea Dore. Bauru, SP: EDUSC, 2006, p. 513-558.

BAADE, Joel Haroldo. Princípios metodológicos para trabalho com fontes orais. **Revista da Unifebe**, Brusque, v. 1, n. 13, p.20-34, jun. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/download/131/62>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. 159p.

CERTEAU, Michel de. A operação historiográfica. In: _____. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 65-119.

CHIMAMANDA, Adichie: O perigo de uma única história. Realização de Ted global 2009. Intérpretes: Chimamanda Ngozi Adichie. 2009. (18 min.), online, color. Legendado. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/chimamanda_adichie_the_danger_of_a_single_story?language=pt-br>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (Brasília) (Org.). **Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes**. 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>.

Acesso em: 24 jun. 2018

ENCONTRO REGIONAL DE ESTUDANTES DE DIREITO E ENCONTRO REGIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA, 11., 2008, Crato. **O Legado Jus-Político do Lobby do Batom Vinte Anos Depois: A Participação das Mulheres na Elaboração da Constituição Federal.** Cariri: Salete Maria da Silva, 2008. 11 p. Disponível em:

<http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** 2. ed. São Paulo: Escala, [19--?].

FERRO, Marc. **A História Vigida.** São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GOFF, Jacques Le. **História e memória.** Campinas: Editora da Unicamp, 1990. 476 p. Tradução: Bernardo Leitão. Disponível em: <<https://www.ufrb.edu.br/ppgcom/images/História-e-Memória.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

LIMA, Gercina Ângela Borém. A transmissão do conhecimento através do tempo: da tradição oral ao hipertexto. **Revista Interamericana de Bibliotecología**, Bogotá, p.275-285, dez. 2007. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-09762007000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 jun. 2018.

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.

MATOS, Julia Silveira; SENNA, Adriana Kivanski de. História Oral como Fonte: problemas e métodos. **HistoriÆ**, Rio Grande, v. 2, n. 1, p.95-108, jun. 2011. Semestral. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/hist/article/view/2395/1286>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MONTEIRO, Ester. **Lobby do Batom: marco histórico no combate à discriminações.** 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da História: operários, mulheres e prisioneiros.** 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, direitos humanos e homoafetividade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s.l.], v. 102, p. 715-756, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67776>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas sobre a "economia política" do sexo.** Recife: S.O.S Corpo, 1993. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1919>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

SANTOS, Antonio Cesar de Almeida. Fontes orais: testemunhos, trajetórias de vida e história. **Revista Via Atlântica**, São Paulo, p.1-10, jun. 2000. Semestral. Disponível em: <<http://www.uel.br/cch/cdph/arqtxt/Testemuhotrajetoriasdevidaehistoria.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SCOTT, Joan. História das mulheres. In: BURKE, Peter (Org.). **A Escrita da História: Novas Perspectivas**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1992. p. 63-96. Tradução de: Magda Lopes. Disponível em: <<https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=https://teoriografia.files.wordpress.com/2015/05/a-escrita-da-histc3b3ria-peter-burke.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SILVA, Susana Veleda da. OS ESTUDOS DE GÊNERO NO BRASIL: Algumas considerações. **Biblio 3w**: Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, Barcelona, v. 5, n. 262, p.1-13, 15 nov. 2000. Anual. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/1212/Os%20estudos%20de%20g%C3%AAnero%20no%20BRasil%20a>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

TILLY, Louise. Gênero, história das mulheres e história social. **Cad. PAGU**: desacordos, desamores e diferenças. Campinas, n. 3, p. 29-62, jun. 1994. Traduzido por Ricardo Augusto Vieira. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=51008&opt=1>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

MODERNIDADE E CAPITALISMO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO DO SURGIMENTO DO DIREITO MODERNO E SEUS PRINCÍPIOS

Lucas Voigt NOERNBERG¹

RESUMO

Através da perspectiva da Teoria Crítica do Direito, o presente trabalho pretende fazer uma análise do surgimento do direito moderno. O fenômeno do surgimento do direito moderno coincide com o entrecruzar de dois processos históricos: o capitalismo e a modernidade. Tendo na racionalidade científica uma de suas maiores afinidades, o paradigma da modernidade e capitalismo irão ditar quais serão os princípios maiores que irão dar forma ao que se entende pelo direito moderno. O presente estudo tem por objetivo analisar a formação do direito moderno entre meio aos dois processos históricos referenciados, tendo como principal marco teórico o professor português Boaventura de Souza Santos.

PALAVRAS-CHAVE: direito moderno, modernidade, capitalismo, racionalidade científica, princípios do direito moderno.

ABSTRACT

From the perspective of the Critical Theory of Law, the present work intends to make an analysis of the emergence of modern law. The phenomenon of the emergence of modern law coincides with the intertwining of two historical processes: capitalism and modernity. Having in scientific rationality one of its greatest affinities, the paradigm of modernity and capitalism will dictate what will be the major principles that will shape what is understood by modern law. The present study aims to analyze the formation of modern law between the two historical processes referenced, having as main theoretical framework the Portuguese professor Boaventura de Souza Santos.

KEY WORDS: modern law, modernity, capitalism, scientific rationality, principles of modern law.

INTRODUÇÃO

A presente análise tem a proposta de apresentar o direito moderno dentro de uma perspectiva de problematização, não se procura aqui trazer uma conclusão terminativa a respeito de uma temática de tamanha profundidade, mas tão somente trazer à tona seu problema para o debate na arena da Teoria Crítica do Direito.

Como estudo da ciência do direito, na perspectiva da Teoria Crítica, este discurso terá por método² a abordagem de gênero teórico³, tendo por fonte de informação a pesquisa bibliográfica.

1 Pós-Graduando a nível de especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela Escola Brasileira de Direito Aplicado. Membro do TRAEPP – Grupo de Pesquisa em Trabalho, Economia e Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

2 Ricardo Marcelo Fonseca na obra *Introdução Teórica a História do Direito* conceitua a metodologia como uma espécie de passo a passo, um caminho que se faz para um resultado de conhecimento. Já a teoria, segundo ele, é a chave conceitual, a ferramenta que o teórico utiliza para tratar determinado tema na ciência em geral (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica a história do direito*. 1ª ed. (ano 2009), 3ª reimpressão, Curitiba : Juruá, 2012. p. 29).

3 Metodologia de pesquisa dedicada a (re)construir teoria, conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos. Não implica intervenção na realidade, mas cria condições

Por óbvio que este não é um estudo sobre metodologia da pesquisa jurídica, mas assenta-lo sob tal formato epistemológico serve para dar vigor e fundamentação científicas ao trabalho acadêmico. Teoria e metodologia servem para operacionalizar um saber que não deve se esgotar nem na teoria e nem na metodologia.⁴

Sabendo-se que abordar o objeto é em certo sentido construir esse objeto, esta pesquisa assume aqui a proposta de construir um trabalho acadêmico na seara da ciência do direito sob a forja da filosofia.

Assim como ocorre com as diversas ciências particulares, qualquer tipo de saber necessita de uma teoria geral e se torna filosófico quando procura investigar as bases de seu conhecimento.⁵

O direito moderno se fundamenta nos princípios da racionalidade, unicidade e estatalidade, sendo esses os três fundamentos de sua legitimidade, os quais pretendem apresentar o direito não como resultado de processos históricos, mas como um sistema jurídico neutro e anistórico.⁶

Como poderá um regramento feito por homens para regular o comportamento de homens se abstrair do contexto social em que é criado para funcionar pretensamente neutro?

A resposta da dogmática jurídica se encontra nos princípios de fundamentação do direito, monismo, estatalidade e racionalidade acabam por legitimar o direito per si.⁷

Nesta senda, entre os pressupostos de legitimação a racionalidade é o princípio que articula os dois primeiros, unicidade e estatalidade, vindo o princípio da racionalidade a ser o principal fundamento da legitimidade do direito estatal e da ordem social de que pretende ser a representação real.⁸

No caminho dessa discussão é necessário se fazer justamente o contrário da pretensão de anistoricidade que apresenta o direito moderno, se faz necessária uma análise dos processos históricos que levaram a sociedade ocidental a estabelecer como sistema jurídico o direito uno e estatal baseado na racionalidade científica.

O direito como fenômeno em si, fora da história e acima dos conflitos, sobretudo válido e legítimo em função de sua racionalidade, teria algum papel ideológico?

Não possuindo a pretensão de uma resposta, mas de um debate dialético sobre a temática

para tal intervenção. (FANTINATO, Marcelo. Métodos de Pesquisa. USP – Universidade de São Paulo, 2015) 2015, p. 5).

4 FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica a história do direito. 1ª ed. (ano 2009), 3ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012. p 29.

5 ADEODATO, João Mauricio. Prefácio. In. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. São Paulo: LTr, 2014.

6 COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 401.

7 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 399.

8 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 401.

dos propósitos reais e discursivos da racionalidade que fundamenta o direito uno e estatal, o presente trabalho pretende ser útil como possibilidade de transformação social por questionar o *status quo* do direito e do saber estabelecido, trazendo à tona reflexões pertinentes a ciência e a sociedade.

O DIREITO ESTATAL

A Idade Média na perspectiva ocidental, antecessora da modernidade, tinha características que a diferenciam marcantemente do período que a sucede, dentre a elas a forma de Estado e o conceito de direito. O direito medieval, era plural contando com uma convivência consideravelmente harmoniosa de várias fontes dentre o direito régio, eclesiástico, feudal e outros.

Na modernidade o direito foi reduzido ao Estado e o Estado foi reduzido ao direito.⁹

O Estado medieval também tal qual o direito se diferencia do moderno enquanto forma de organização do poder por não se confundir com o direito ou muito menos ser resumido a ele, a recíproca jurídica também era verdadeira, o direito não se resumia ao Estado. Então o que poderia explicar a conceituação moderna de direito como direito unicamente estatal?

Ensina o professor Luiz Fernando Coelho que o estabelecimento do princípio da estatalidade do direito se desenvolve *pari passu* com a doutrina política da *soberania*, elevada está à condição de característica essencial do Estado. Com efeito, o Estado moderno define-se em fundação de sua competência de produzir o direito e a ele submeter-se, ao mesmo tempo em que submete a ordens normativas setoriais da vida social.¹⁰

A ideia de soberania nasce com o absolutismo, perfectibilizado na figura do francês Luís XIV. O conceito de “soberania política” vinculada ao Estado absoluto pela primeira vez por Bodin, se caracterizando pelo “mais alto, absoluto e perpétuo poder sobre os súditos e cidadãos numa comunidade”.¹¹ Esse poder ilimitado habilitava a pessoa do rei, o soberano absolutista, a promulgar leis sem restrição.

Quando, porém, o absolutismo deixou de ser aceitável, os homens conservaram a linguagem da doutrina de soberania e falaram da soberania do Estado ou da Nação trocando o soberano pessoal por um impessoal.¹²

E é nessa nova conceituação impessoal de comunidade política, de Estado soberano, que surge a ideia de contratualismo. Ora, era preciso legitimar a nova ordem política. Por qual motivo a

9 Ibid., p. 142-143.

10 COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 258.

11 NISBET, Robert. 1982. apud. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 41.

12 LINDSAY, A. D., 1964. p. 124. Apud. WOLKMER, Antonio Carlos. op., cit., p. 41.

sociedade se sujeitaria agora a uma nova ordem soberana já que é decaído o direito natural-divino dos reis?

Com os contratualistas, em especial Hobbes, surge o conceito de “Estado Político”, Estado qual é aquele em que os homens pactuam e concordam entre si em se submeter a um homem ou a uma assembleia de homens, em oposição ao “Estado por aquisição” no qual o poder soberano deriva da coação, do medo e da subordinação.¹³ Surge a ideia de contrato social, o fundamento do estado moderno.

O poder soberano então poderia ser adquirido de duas maneiras, por imposição da força ou pela pactuação, no último caso os homens na esperança de serem protegidos se submeteriam a um único homem ou a uma assembleia de homens que exerceria o poder soberano para a proteção do bem comum.¹⁴

Quanto ao conceito de soberania no Estado por Instituição, nas palavras de Thomas Hobbes: “Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de toda maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”.¹⁵

Na teoria do contrato social, para essa pactuação os homens se pressupõem livres, para aderir de livre arbítrio e aceitar o pacto por consciência e não por coação, sob pena de se tornar um Estado por aquisição baseado na coação. Para tanto é necessária uma doutrina tanto de liberdade como de individualidade.

Coincidentemente com a ideia de liberdade individual e como genitora desta, surge a burguesia com o ideário liberalista enquanto força política e ideológica concomitante ao contratualismo e a ideia de Estado soberano.

O individualismo, enquanto aspecto cultural da moderna ideologia liberal e enquanto expressão da moralidade social burguesa, prioriza o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais. A ação justifica-se não pela afirmação interativa com o social, mas por uma subjetividade em que o sujeito racional “se reconhece e se afirma como individualidade.”¹⁶

E é essa ideologia liberal-individualista que além de fundamentar e legitimar a ideia de soberania estatal e submissão a ela pela pactuação de vontade de homens independentes, vai segundo Antonio Carlos Wolkmer representar a corporificação do ideal de contrato social como a

13 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 42.

14 HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder um de estado eclesiástico e civil. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 131.

15 Ibid., p. 131.

16 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 39-40.

passagem simbólica do Estado de natureza para o Estado civil.¹⁷

Com o fim das monarquias absolutistas, a ideia de soberania passa de um soberano pessoal para um impessoal, o Estado por instituição hobbesiano está agora perfectibilizado. Com seu ideia liberal-individualista universalizado a burguesia necessita agora de uma ordem jurídica estável e previsível para bom desenvolver do capitalismo, e acabou a encontrando no contrato social e no direito, extirpando o poder despótico da nobreza e no direito o estatalizando.

A burguesia segundo Marx necessitava de uma forte autoridade central que protegesse seus bens, favorecesse seu progresso material e resguardasse sua sobrevivência como classe dominante.¹⁸

Nas palavras dos sociólogos alemães Marx e Engels: “A burguesia suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou as populações, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária dessas transformações foi a centralização política. Províncias independentes, apenas ligadas por débeis laços federativos, possuindo interesses e leis aduaneiras diferentes, foram reunidas em uma só nação, com um só governo, uma só lei, um só interesse nacional de classe, uma só bandeira alfandegária.”¹⁹

Essa centralização normativa de que necessitava a burguesia enquanto classe e o capitalismo enquanto modo de produção foi encontrada no direito estatal unificado. Ocorre a imediata inversão da política medial de pluralismo pois o conceito de ordem necessitava de união e hierarquia jurídica para garantir a além da previsibilidade na produção e nas relações econômicas, a estabilidade social, com a contenção das classes pela força coativa do direito, que só poderia se dar pela centralização dos meio legítimos de coação em única instância, o Estado.

Então o Estado moderno é uma organização política que se impôs a partir de certas condições históricas, as quais são diretamente ligadas a instituição da propriedade privada, engendrando-se esta organização política para se impor o interesse dos proprietários em face dos não proprietários.²⁰

A legitimidade discursiva desta imposição como já analisado se dá através do conceito de soberania.

Se concentrando no ideário liberal-individualista a soberania pressupunha homens livres na concepção do contrato social, o que se confunde e coaduna com a ideia capitalista de liberdade econômica, retrato deste ideário se encontra no pensamento liberal de John Locke “o grande e principal objectivo da união dos homens em comunidade e da sua submissão ao governo é,

17 Ibid., p. 40.

18 Ibid., p. 40.

19 MARX, Karl; ENGELS, F. Manifesto Comunista. Traduzido por Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo. 2007. p. 44.

20 COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 2003. p. 424.

portanto, a preservação da propriedade”.²¹

A burguesia ao suplantar a nobreza e o clero como nova classe social detentora dos meios de produção busca adequar aos seus interesses uma ordem estatal fortalecida apta legitimar um sistema de normatividade. Essa normatividade baseada na logicidade de regras técnicas, abstratas e racionalizadas disciplina com segurança e coerência questões de comércio e propriedade privada.²²

Nesse contexto de necessidade de um sistema normativo o ideário burguês encontra no Estado moderno a solução para a imposição deste sistema. O Estado moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar e julgar através de leis gerais e abstratas, sistematizadas em um corpo chamado Direito Positivo. O Estado reveste as leis com sua coercibilidade e o critério de validade desta normatização se dá pela forma de criação, pela oficialidade dos meios processuais de criação das leis.²³

Assim, com o surgimento do Estado moderno através do ideário de soberania e das teses contratualistas, perfectibiliza-se o princípio da estatalidade como um dos pilares do Direito moderno quando este Estado passa a monopolizar a produção normativa ao sistematizá-la racionalmente e a emprestar-lhe seu poder coercitivo, dotando de validade e aplicabilidade por seus órgãos somente o direito estatalmente gerado nos critérios formais impostos pela sistematização racional. A validade dessas normas não se dá pela eficácia e aceitação espontâneas da comunidade de indivíduos mas por terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais e por serem revestidos de coação punitiva.²⁴

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E O ESTADO MODERNO

Em um primeiro momento a presente análise se debruçou perceptivelmente com mais afinco sobre as ideias balizadoras que formataram o surgimento do direito moderno, a soberania e o contratualismo.

Quando falamos de direito moderno já partimos do pressuposto de um direito que contemple estatalidade, univocidade(monismo) e racionalidade. Características essas que se desvelam como princípios desse direito.

O monismo jurídico foi localizado imbricado a estatalidade, no processo de surgimento da modernidade, com a monopolização do direito pelo Estado no fim da Idade Média e a decadência do sistema político jurídico pluralista. O direito monista passa a ser o único legítimo e aplicável.

21 LOCKE, John, 1952: 71., apud SANTOS, Boaventura de Souza., op. cit. p. 135.

22 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 48.

23 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 48.

24 Ibid., p. 48.

A estatalidade se remeteu a criação do Estado Moderno e a necessidade do capitalismo em possuir a previsibilidade e segurança jurídica para sua produção de riqueza bem como ao desejo da burguesia emergente em se consolidar como classe dominante, dotando a sistema normativo de poder impositivo pela coercibilidade e da validade pela forma racionalizada desse sistema.

No entendimento do professor Luiz Fernando Coelho o princípio da racionalidade está umbilicalmente ligado ao da estatalidade, a partir da constatação trivial de que se o Estado é a única fonte do direito ou pelo menos, a que tem primazia, os indivíduos como serem racionais, não se deixariam conduzir por seres ou mediante meios irracionais. Nada mais natural segundo Coelho, do que argumentar que as normas de conduta dimanadas do Estado devem ser observadas em virtude de uma exigência básica de racionalidade, a qual está garantida pelo próprio legislador; e que este, em nome de toda a sociedade, preserva a unidade do sistema jurídico e a racionalidade da prática social, tornando-se por isso, para o homem comum, o verdadeiro sustentáculo do direito.²⁵

O contratualismo político gerado pela ordem burguesa e a normatividade propiciada pelo Estado Liberal (Estado moderno ao atender o modo de produção capitalista) favoreceram a racionalização jurídica, uma racionalização positivista fundada na presunção de neutralidade das regras jurídicas estatais.²⁶

Essa pretensão de neutralidade do direito através da racionalidade não é algo singular da ordem normativa, mas sim uma pretensão que também acompanha o conceito discursivo do Estado Moderno, que, ao criar as leis obriga-se diante da comunidade, a aplicar e a resguardar tais preceituações. Ao respeitar certos direitos individuais e ao limitar-se à sua própria lei o Estado Moderno oficializa uma de suas retóricas mais aclamadas: o “Estado de Direito” A permanente condição de Estado de Direito serve como justificção a administração, fundada na pretensa neutralidade e legalidade.²⁷

Tanto Estado Moderno quanto o direito se pretendem legítimos pois neutros. E é nesta senda de legitimação por uma neutralidade alcançada através da organização racional de seus enunciados que o Direito traz uma dúvida automática: é o direito realmente ideologicamente neutro tal qual sua discursividade?

A resposta a essa pergunta só poderá ser dada com uma melhor localização do direito uno tempo e no espaço, analise que se dará no capítulo vindouro.

Na presente análise já foi antevisto que o monismo faz parte dos três princípios legitimadores do direto contemporâneo, e que o feudalismo e seu pluralismo jurídico antecederam o

25 COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 450.

26 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 65

27 Ibid., p. 48-49.

direito uno e a modernidade, também já fora asseverada a imbricação do monismo com a estatalidade.

O Estado Moderno foi conceituado como organização política baseada nas teorias do contrato social fundadas no ideário liberal-individualista de autonomia dos indivíduos enquanto cidadãos racionais, e na mesma vertente dissecada a organização do direito moderno como um produto da necessidade de manutenção *status quo* da burguesia como classe dominante e da regulação e previsibilidade das relações jurídicas para a produção capitalista.

Neste mesmo sentido o Estado Moderno como produtor do direito se apresenta como organização política disposta a dotar de coercibilidade o ordenamento jurídico. A racionalidade do sistema normativo aparece como critério de validade deste.

Assim se asseverou a necessidade de se ter uma contextualização do direito moderno no espaço e no tempo, para que se possa vislumbrar os processos históricos que levaram a civilização ocidental a se desfazer do direito plural e passar a adotar o direito estatal racional como única forma de juridicidade válida. Para se poder entender a ideologia que concebeu e mantém o monismo jurídico como o direito vigente é necessário entender mais afundo a modernidade e o capitalismo, termos exaustivamente citados ao longo desta argumentação. O monismo jurídico não se confunde com o direito moderno, ele é o próprio direito.²⁸

MODERNIDADE, CAPITALISMO E RACIONALIDADE CIÊNTIFICA

Como já antecipado na parte introdutória deste estudo o direito moderno surge em momento histórico específico que requer nossa análise, o entrecruzar do paradigma da modernidade com o capitalismo.

Para tal análise nos utilizaremos principalmente das preciosas lições do professor português Boaventura de Souza Santos a respeito da temática.

Essa localização se situa no entrecruzar de fenômenos históricos distintos, o paradigma da modernidade e o capitalismo. A análise do entrecruzar dos dois fenômenos permitem que seja traçada uma coordenada espaço temporal para se mapear o desenvolvimento do direito contemporâneo, caracterizado no tripé ideológico do monismo, estatalidade e racionalidade.²⁹

A modernidade e o capitalismo são dois processos históricos diferentes e autônomos.³⁰

Essas duas coordenadas, a modernidade e o capitalismo, as quais dão a localização do direito monista, se revelam fundamentais na presente análise pois além de serem no seu entrecruzar as genitoras desse direito moderno, tem nele, direito, um dos seus maiores espelhos, o qual reflete

28 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 410.

29 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 400.

30 *Ibid.*, p. 50.

as ideologias e a hierarquização social provenientes desses dois processos históricos.

O paradigma sócio-cultural da modernidade surgiu entre o século XVI e os finais do século XVIII, antes de o capitalismo industrial se ter tornado dominante nos atuais países centrais. A partir daí os dois processos convergiram e se entrecruzaram-se, mas, apesar disso, as condições e a dinâmica do desenvolvimento de cada um mantiveram-se separadas e relativamente autônoma.

Modernidade e capitalismo. Apesar do segundo ter suprimido em partes o primeiro não é possível dissociá-los como se coexistissem mas não se relacionassem, como já trabalhado anteriormente, os dois processos históricos se entrecruzam, em partes conflitam e em partes se fundem, quase sempre com a primazia do capitalismo. A modernidade não pressupunha o capitalismo como modo de produção próprio. Na verdade, concebido enquanto modo de produção, o socialismo marxista é também, tal qual o capitalismo, parte constitutiva da modernidade. Por outro lado, o capitalismo longe de dispor das premissas socioculturais da modernidade para se desenvolver, coexistiu e até progrediu em condições que, na perspectiva do paradigma da modernidade, seriam sem dúvida consideradas pré-modernas ou mesmo antimodernas.³¹

O paradigma é conceituado por Boaventura de Souza Santos em dois pilares sobre os quais se assenta, o da regulação e o da emancipação, cada um constituído por três princípios ou lógicas. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formulado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido sobretudo por Locke e por Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que domina toda a teoria social e política de Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura, racionalidade cognitivo instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.³²

E é a lógica da racionalidade cognitivo instrumental da ciência que será dominante na modernidade, esta racionalidade tendera a suprimir as outras lógicas e tendera a ditar o método pelo qual se relacionarão os princípios da regulação.³³

Buscando guiar a caminhar da humanidade rumo a emancipação o paradigma da modernidade é um projeto ambicioso e revolucionário, mas também é um projeto que contém contradições internas. O paradigma da modernidade pretende o desenvolvimento harmonioso e

31 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 50.

32 Ibid., p. 50.

33 Ibid., p. 52.

recíproco do pilar da regulação e do pilar da emancipação, e pretende também que esse desenvolvimento se traduza indefectivelmente pela completa racionalização da vida coletiva e individual. Esta dupla vinculação, entre os dois pilares, e entre eles e a *praxis* social, vai garantir a harmonização de valores sociais potencialmente incompatíveis, tais como justiça e autonomia, solidariedade e identidade, igualdade e liberdade.³⁴

Apesar de a modernidade ser projetada na dialeticidade entre regulação e emancipação, cada um desses pilares tende a maximizar seu próprio potencial. As vocações de maximização são: no lado da regulação, a maximização do Estado, a maximização do mercado ou a maximização da comunidade; no lado da emancipação, a esteticização, a cientificização ou a juridicização da *praxis* social.³⁵

Esse processo de maximização importa na existência dos défices e excessos, os quais foram previstos, sendo incumbido progressivamente a ciência, e subordinadamente o direito, a tarefa da gestão dessas maximizações através dos défices e excessos no percurso do projeto da modernidade. Com a promoção da ciência em força produtiva, seus critérios de eficiência e eficácia se tornaram hegemônicos e acabaram colonizando os outros critérios racionais dos princípios do pilar da emancipação.³⁶ Sendo essa a vitória da racionalidade cognitivo instrumental sobre as demais lógicas da regulação.

Com essa conjuntura de maximização devido ao conflito entre os pilares e ao sobrepujamento da racionalidade cognitivo instrumental da ciência, esta passa a ocupar o papel de verdade canônica na sociedade em substituição a verdade religiosa. No início do século XIX, a ciência moderna já tinha sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal. Segundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a conseqüente separação entre os poderes secular e religioso, só podia ser resolvida por uma nova religião. Essa nova religião era a ciência.³⁷

A canonização da ciência não muda a hierarquia social em termos de detenção do poder do conhecimento, ocorre apenas uma troca de postos no topo da pirâmide, antes hegemônico do alto clero e nobreza, agora o poder do conhecimento pertence a ciência, a qual transformada em fator produtivo do capitalismo passa a pertencer a burguesia.

Esta relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito, sob égide da ciência, é uma das características fundamentais da modernidade.³⁸

34 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 51.

35 Ibid., p. 51.

36 Ibid., p. 51.

37 Ibid., p. 51.

38 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 52.

Entende Boaventura que a apresentação de afirmações normativas como afirmações científicas e de afirmações científicas como afirmações normativas é um fato endêmico no paradigma da modernidade. E com efeito, tem forte tradição no pensamento social moderno a ideia de que a lei enquanto norma deve ser também lei enquanto ciência.³⁹

No entanto a medida que o tempo passava, tornou-se claro que a ciência moderna, longe de eliminar os excessos e os défices contribuiu para recriar em moldes sempre renovados, e, na verdade, para agravar alguns deles.

Ensina Boaventura que a redução da emancipação a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e a redução da regulação moderna ao princípio do mercado, incentivadas pela conversão da ciência na principal força produtiva constituem as condições determinantes do processo histórico que levou a emancipação moderna a render-se à regulação moderna.⁴⁰

A emancipação, com a vitória da racionalidade cognitivo instrumental sobre as lógicas demais e a prevalência do princípio do mercado sobre os demais princípios da regulação resultaram na racionalização completa da emancipação voltada aos interesses do mercado, essa racionalização irrestrita do pilar tornou a emancipação o duplo da regulação.

O surgimento do projeto da modernidade acontece quase concomitantemente com a ascensão da burguesia, assistindo a ascensão desta primeiramente ao poder econômico e depois ao político, tanto burguesia quanto modernidade emergem sob intenso clima de convulsão social, a primeira querendo se tornar hegemônica e a segunda querendo ser o caminho a emancipação. A absorção da emancipação pela regulação, fruto da hipercientificização da emancipação combinada com a hipermercadorização da regulação, neutralizou eficazmente os receios outrora associados à perspectiva de uma transformação social profunda e de futuros alternativos.⁴¹ Essa neutralização serviu absolutamente bem a burguesia porque garantiu sua estabilidade no poder, abafando as transformações sociais que a ameaçariam, tendo efeito contrário na modernidade com o distanciamento profundo do encontro da emancipação que se tornará o duplo da regulação.

O entrecruzar dos processos históricos do capitalismo e da modernidade, quando este super-potencializa a ciência, acaba por pavimentar o caminho da burguesia como classe hegemônica e a relegar ao proletariado a tarefa de sustentar o sistema de produção capitalista às expensas da exploração de sua mão de obra.⁴²

Dentro dessa hipercientificização que irá guiar a humanidade, racionalizar o direito enquanto ferramenta de controle social e servir de motriz produtiva ao capital está um modelo de

39 Ibid., p. 54.

40 Ibid., p. 57

41 Ibid., p. 57.

42 NOERNBERG, Lucas Voigt; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Tipificando a Racionalidade Jurídica. JURIS - Revista da Faculdade de Direito. v. 27, n. 2, Rio Grande: JURIS, 2017. p. 200.

racionalidade especificamente projetado. Esse modelo segregou os demais conhecimentos se tornando hegemônico de modo que sua canonização eiva de verdade e legitimidade sacra os fenômenos por ela racionalizados.

A verdade passa a ser científica e a se dar pela forma de sua averiguação.

As leis da ciência moderna são um tipo de causa formal que privilegia o como funciona das coisas em detrimento de *qual o agente* ou qual o *fim* das coisas. É por essa via que o conhecimento científico rompe com o conhecimento do senso comum. É que enquanto no senso comum, e, portanto, no conhecimento prático em que ele se traduz, a causa e a intenção convivem sem problemas, na ciência, a determinação da causa formal obtém-se ignorando a intenção. É esse tipo de causa formal que permite prever e, portanto, intervir no real e que, em última instância, permite à ciência moderna responder à pergunta sobre os fundamentos do seu rigor e a verdade como elenco dos seus êxitos na manipulação e transformação do real.⁴³

A naturalização das ciências sociais e a universalização da quantificação e constatação enquanto método científico servirão ao propósito de naturalização das relações de poder encobrando a ideologia e tornando legítimas a hierarquização e desigualdade social, afinal, a ciência assim o constatou, desnecessário saber o fim do que se estuda. Basta, nos termos da racionalidade dominante apenas quantificar o naturalmente determinado.

O surgimento da ideia de boa ordem vem da tensão dialética entre a ideia de solidariedade e de ordem. Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera, num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava - pelo menos no momento - da plena cientificização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função o direito moderno teve de se submeter a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e torna-se ele próprio científico. A cientificização do direito moderno envolveu também a sua estatização, já que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia a não pudessem assegurar por si mesmas.⁴⁴

Para assegurar a ideia de boa ordem o direito é unificado sob a bandeira estatal e colonizado pela ciência, passa a ter nas suas leis a mesma validade encontrada nos pareceres científicos pois se submete a racionalidade cognitivo instrumental, além de científico o direito

43 SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002. p. 64.

44 SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência* - 4. ed. - São Paulo: Cortez, 2002, p.119,120.

moderno passa a ser estatal, dotado de coercibilidade em função da soberania, empoderado pela racionalidade e pela estatalidade o direito passa a ser a única via reconhecida juridicamente, moral, costumes e o ideário popular de equidade é relegado ao subsolo, pois não sendo científicos, não são legítimos, não sendo estatais, não são validos e jamais serão aplicados.

E em meio a essa política de racionalização da vida como conceitua Weber, que surge o direito com características modernas, estatal, racional e uno, o meio racionalizado e coercitivo de controle social.⁴⁵

Assim enquanto processos históricos agora entrecruzados, modernidade e capitalismo, o primeiro subordinado a ciência e o segundo enquanto subordinante desta, dão ao direito as coordenadas de tempo e espaço, revelando em seu mapa que a ciência será fator determinante para se descobrir o para que(m) serve a racionalidade que fundamenta o monismo jurídico. O direito, sendo espelho por excelência da sociedade, pode revelar a ideologia por trás dessa racionalidade pretensamente legítima.

O capitalismo e modernidade, apesar de serem processos distintos se entrecruzaram e compartilharam a ciência como seu objeto em comum. O capitalismo tornou a ciência matriz produtiva, a modernidade espera nesta ciência um caminho a emancipação. Mas como trabalhado exaustivamente, esta ciência colonizou as demais áreas do saber através da racionalidade cognitivo-instrumental, a qual sacralizou a ciência, e tomou conta do pilar da emancipação tornando este o duplo da regulação. Beneficiado com esta falha da modernidade e também em parte culpado por ela, o capitalismo a pleno vapor se tornou dominante e encontrou no direito seu racionalizador de segunda ordem.

A ciência enquanto projeto de emancipação da modernidade e força produtiva do capitalismo passou a concentrar em si o monopólio do conhecimento e a promover a racionalização da vida, como encontramos em Weber.⁴⁶

Em tempos de convulsão social, com a revolução burguesa, a queda da igreja e da nobreza e a incongruência do direito plural com o sistema produtivo, o capitalismo necessitava agora de uma fonte de organização societal além de racional que possuísse pressupostos de segurança, previsibilidade e fosse sobretudo vinculante, coativa, a solução: o direito!

CONCLUSÕES

Percorridos os processos históricos do capitalismo e do projeto da modernidade que

45 WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 2. vol. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 34.

46 WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 2. vol. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 34.

culminaram com a concepção do direito como uno e estatal, se pode perceber que a ciência foi determinante na racionalização deste direito.

A ciência enquanto projeto de emancipação da modernidade e força produtiva do capitalismo passou a concentrar em si o monopólio do conhecimento e a promover a racionalização da vida.

Com a desestruturação dos pilares da modernidade, maximização da ciência em face da emancipação e da mercadorização da regulação, a emancipação passou a ser o duplo da regulação, a ciência agora impera com sua racionalidade cognitivo-instrumental sobre as demais lógicas racionais, sendo transformada na religião da modernidade.

A racionalidade cognitivo-instrumental da ciência colonizou a racionalidade moral prática do direito. Com a ciência canonizada, o princípio da racionalidade passou a ser a principal fonte de legitimação da ordem jurídica.

E é justamente a ideia de ordem que buscava a burguesia quando adotou a racionalidade como fundamento para imposição de um direito estatal e uno. Enquanto classe em ascensão ela buscava a ordem para a produção capitalista, a ordem para sua ascensão ao poder, a ordem para controlar os distúrbios sociais, a ordem para se manter hegemônica.

A burguesia enquanto minoria dominante, surgiu entre os destroços do feudalismo e alcançou a hegemonia com o triunfo do capitalismo enquanto sistema de produção. Encontrou, no Estado moderno centralizado e no direito racional, a fonte da ordem que necessitava tanto para se manter hegemônica como para possibilitar o desenvolvimento de seu sistema econômico. A transformação da ciência em fator de produção e a guinada da emancipação moderna em direção ao duplo da regulação tornou o caminho para a dominação racional-legal um sentido obrigatório para a sociedade ocidental.

A ciência através de seus métodos tratou de explicar as relações de dominação como algo natural a ordem social e inerente a ideia de liberdade individual. A racionalidade possui a função ideológica de passar ao sistema jurídico a neutralidade e anistoricidade necessárias a camuflagem das relações de poder.

Concluo este debate sobre a função da racionalidade enquanto fundamento legitimador do direito com a lição de Luiz Fernando Coelho no sentido que desmistificar a racionalidade põe a nu a falácia da legitimidade fundada no simples consenso, contrato social, e nas noções abstratas de liberdade, ideologia liberal-individualista burguesa. Ao contrário do pretendido a ideologia, que pretende legitimar a ordem jurídica e a dominação pelo consenso e pela racionalidade, acaba por evidenciar quando dissecada a sua função de alienação que possui enquanto ideologia da racionalidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. São Paulo : LTr, 2014.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FANTINATO, Marcelo. Métodos de Pesquisa. USP – Universidade de São Paulo, 2015. Sítio eletrônico: <http://each.uspnet.usp.br/sarajane/wp-content/uploads/2015/09/M%C3%A9todos-de-Pesquisa.pdf>. Acessado em 01 de junho de 2018.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica a história do direito. 1ª ed. (ano 2009), 3ª reimpressão, Curitiba : Juruá, 2012.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder um de estado eclesiástico e civil. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- HORKHEIMER, Max. Eclipse da razão. 7. ed. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro. 2002.
- MARX, Karl; ENGELS, F. Manifesto Comunista. Traduzido por Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo. 2007.
- NOERNBERG, Lucas Voigt; OPUSZKA, Paulo Ricardo. Tipificando a Racionalidade Jurídica. JURIS - Revista da Faculdade de Direito. v. 27, n. 2, Rio Grande : JURIS, 2017.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? Revista Crítica de Ciências Sociais. Tradução de João Paulo Moreira. Disponível em <https://rccs.revues.org/1180>., acessado em 17 fev. 2016
- WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 2. vol. Traduzido por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

O ENFOQUE NO CONCEITO DE PESSOA

Leiliane Rodrigues da Silva EMOTO¹
Marina Calanca SERVO²

RESUMO

Por meio de uma abordagem qualitativa, utilizando o estudo documental e bibliográfico para a organização e análise dos dados, com a sistematização do pensamento via método dedutivo, o conceito de pessoa foi analisado, tendo como parâmetro a importância desde termo para a construção do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, o objetivo geral consiste: em analisar o termo pessoa em vários contextos históricos. Já como objetivos específicos, têm-se: conceituar pessoa como sujeito de direitos e termo essencial a compreensão do que é abarcado no princípio nuclear do ordenamento brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana. A problemática gira em torno de qual a fundamentação escolhida para conceituar pessoa. Sob esse enfoque, o termo pessoa será estudado e apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: pessoa; dignidade; conceito.

ABSTRACT

Through a qualitative approach, using the documentary and bibliographical study for the organization and analysis of the data, with the systematization of thought via deductive method, the concept of person was analyzed, having as parameter the importance since term For the construction of the principle of the dignity of the human person. To do so, the general objective is to analyze the term person in several historical contexts. Already as specific objectives, they have: conceptualizing person as subject of rights and essential term the understanding of what is encompassed in the nuclear principle of the Brazilian ordination, the principle of the dignity of the human person. The problem revolves around what the rationale chosen to conceptualize people. Under this approach, the term person will be studied and presented.

KEY WORDS: person; dignity; concept.

INTRODUÇÃO

Sendo um dos conceitos centrais do princípio da dignidade da pessoa humana, o termo pessoa é analisado na presente pesquisa. Elemento constitutivo do Estado, juntamente com território delimitado e poder soberano, o termo pessoa passou por “evoluções” apresentadas a seguir.

Atualmente, entende-se que o conceito almejado de pessoa é fruto de uma evolução

- 1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2007) e Pós-Graduada em Docência para o Ensino Superior pela mesma Instituição (2008). Docente contratada pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba (2010 - 2013), ocupando as cadeiras de Direito Constitucional, Ética Geral e Jurídica, Direito Tributário, Filosofia do Direito (2010 -2011). Nas Faculdades Integradas de Paranaíba, ministrou aulas na disciplina de IED. Docente da UNILAGO (São José do Rio Preto) no ano de 2015. No ano de 2016 foi docente contratada pela Toledo/Araçatuba e Fabi/Birigui. Atualmente (2017), é lotada na cadeira de Criminologia do Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP. Mestra pela ITE - Bauru, linha de pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais e Inclusão Social. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no Centro Universitário Toledo/ Araçatuba.
- 2 Especialista em Direito Penal e Processual Penal, graduada em Direito pela Universidade Paulista. Advogada militante. Professora em Instituição de Ensino Superior, em curso preparatório para segunda fase do Exame de Ordem e concursos públicos.

histórica - filosófica das culturas gregas, judaicas e cristã, ganhando força com o constitucionalismo. Com isso em mente, notar-se-á que, de acordo com o conceito escolhido, alguns aspectos ganharão maior evidência, a saber, ora o aspecto substancial do conceito sobressairá, ora o aspecto relacional ganhará maior acento.

Utilizando a teoria do conhecimento desenvolvida por John Locke, o empirismo³, é fácil entender o termo pessoa como sinônimo de ser humano na atualidade. E todo ser humano, como pessoa que é, tem direitos.

Mas, também é cediço que nem sempre a história evoluiu desta maneira. Na época do John Locke (1632 – 1704), por exemplo, a submissão feminina imperava. De fato, nos séculos XVII e XVIII, em dissonância com a nomenclatura que hoje retrata este último período, século das luzes, Iluminismo, a mulher era totalmente submissa ao marido e considerada um ser humano inferior e, por vezes, não integrava o conceito de pessoa.

Prova do acima afirmado é que, na Revolução Gloriosa, em 1688, com a deposição de Jaime Stuart II do trono inglês, sua filha Maria Stuart assumiu o trono ao lado do marido holandês, Guilherme de Orange. Portanto, havia uma predominância dos homens sobre as mulheres. (HENRI, 2008, p.6).

Apesar desse tratamento no século XVIII, o corpo humano com vivências e consciência sobre si e suas experiências é pessoa na atualidade. São neste sentido, as palavras de Alarcón que, utilizando *teoria dos três graus do ser*, exposta por Antonio Caso e também sustentada por Recansens Siches, explica que *a coisa, o indivíduo e a pessoa* são vistos como patamares existenciais. A coisa é o ser sem unidade, uma vez que, se uma coisa se quebra, nada morre nela. Coisa em contato com o biológico gera indivíduos. E, dentre estes, distinguimos os das espécies não humanas, mas que apresentam potência vital, e o indivíduo da espécie humana. “Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um mero indivíduo, pois é uma *pessoa, uma substancia individual de natureza racional*.” (ALARCON, 2011, p. 269).

No entanto, o conceito em comento não é tão simplório, sendo de fundamental importância na justificação moral de um determinado sistema jurídico. Por isso, analisar-se-á a evolução do conceito de pessoa.

1.0 CONCEITO DE PESSOA

Há autores que defendem a ampliação do conceito de pessoa para animais não humanos, por exemplo. Cite-se, como fonte de tal entendimento, Peter Singer. (SINGER, 2002, p.99).

3 Empirismo: Teoria do conhecimento formulada por John Locke (1632 – 1704). “Pensava que o conhecimento se formava pelas sensações e reflexões, daí haver declarado que “nada havia no intelecto que antes não tivesse passado pelos sentidos”. (NADER, 2010, p. 176)

Na acepção da presente pesquisa, um equívoco há no conceito de pessoa que enquadra animal como tal. Pessoa, por ora vista como sinônimo de ser humano, é pesquisada neste trabalho, visando à escolha de uma corrente, a saber: ou a teoria que define pessoa como um ser humano em relação, ou aquela que define pessoa como humano em substância.

Com a mesma criticidade, Jacy de Souza Mendonça (2002, p. 36) aponta a definição de direito natural como “aquilo que a natureza ensina a todos os animais”

Para tanto, consigna que:

Os pragmáticos romanos, apesar de terem revelado precária vocação filosófica e científica, fiéis apenas a uma rigorosa coerência e objetividade, não deixaram de registrar, em seus textos, que viam o Direito como um conjunto de regras inseridas num todo maior, que eram as leis da natureza. *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit* (Direito Natural é aquilo que a natureza ensina a todos os animais), deixou escrito ULPIANO no Digesto, Liv. I, tít. I, par. 3. Um equívoco, por certo, enquanto se refere a um Direito Natural aplicável não exclusivamente aos homens, como seria correto, mas também a todos os animais. Os animais estão sujeitos às leis naturais, mas nem todas as leis naturais se caracterizam como Direito Natural. O Direito Natural é o conjunto de leis naturais especificamente reguladoras As relações entre os homens. Desprezado, porém, esse deslize, o que eles reconheciam é que as regras jurídicas não esgotavam nas leis editadas pelos detentores do poder, mas que haveria regras jurídicas acima destas, subsumidas num ordenamento maior, que reúne as leis da natureza [...]. (MENDONÇA, 2002, p. 36).

Corroborando com a importância do conceito de pessoa, há o raciocínio de que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado com a delimitação ou apontamento do que é pessoa.

De fato, no Direito o princípio da dignidade da pessoa humana tem enorme prestígio como cânone hermenêutico, e até mesmo como instrumento integrativo da norma lacunosa, sendo visto como instrumento do juiz, criador de deveres para o legislador e de limites para o cientista.

Contudo, quem deve ser considerado pessoa?

A ciência do Direito, bem como da Medicina, tem identificado pessoa com ser humano vivo. Entende-se, portanto, que o conceito fundamental de pessoa, sempre pressuposto, entendido e auto-evidente, na maioria das vezes, não é suficientemente estudado.

Neste sentido, a seguir, serão analisados alguns aspectos da ideia de pessoa, por meio da genealogia do termo, para em desfecho, entender o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos humanos visam assegurar uma vida digna em todas as esferas da pessoa.

1.1 Conceito de Pessoa: Grécia

A Grécia, no século VI, é o berço da filosofia, bem como por onde começará a análise da construção do conceito de pessoa. Embora sejam um marco do conhecimento filosófico e, em decorrência disso os escolhidos para a abertura da definição de pessoa nesta pesquisa, os filósofos da Antiguidade grega, bem como o seu contexto histórico, são lembrados por argumentos

favoráveis à escravidão, à existência de estrangeiros sem direitos e muitos outros seguimentos neste sentido.

Exemplo recorrente é Aristóteles na obra intitulada “A Política” (2007, p. 36):”A escravatura é natural; em todos os âmbitos do universo natural, encontramos uma relação entre governantes e o governado. Há seres humanos que, sem a posse da razão, compreendem isso. Estes são os escravos naturais.

Logo, embora a Antiguidade clássica tenha dado ensejo à ideia de pessoa da modernidade, neste período, a noção de pessoa não coadunava com a de ser humano.

Prova disso é que, na Grécia do período arcaico (776 a 480 a.C.), tinha-se um regime aristocrático, ou oligárquico, onde os chefes dos clãs (família) eram os nobres e detentores de poder maior que do próprio rei. Acerca da formação da sociedade grega, Funari (2007, p. 26, grifo nosso) comenta:

Além dos nobres, compunham a sociedade grega os escravos, os servos, os trabalhadores agrícolas livres, os artesãos e também os pequenos proprietários que viviam mais modestamente em seus domínios. Os excluídos por diversos motivos, escassez de terras, invasões, fugas, derrotas nas disputas políticas, assim como os miseráveis e aventureiros, buscavam uma vida melhor e, quando possível, decidiam partir e formavam grupos em torno de um chefe à procura de novas terras para se instalar.

Foi por meio desta busca dos excluídos por uma vida melhor que a Grécia se expandiu. Por ajudarem no alcance da Grécia a lugares longínquos, bem como participarem mais na defesa das cidades conquistadas, os cidadãos de classes médias (periecos, os aqueus que tinham boas condições materiais, sem nenhum direito político, contudo) e pobres desejavam maior participação na vida política das cidades.

Sob a égide destes movimentos, surgem cidades que tendiam a uma democratização (governo do povo) e outras que insistiam no regime aristocrático (governo dos melhores).

Dentre as de regime aristocrático, destaque ganhou a cidade Espartana, com regime autoritário, e por óbvio, não tratava a todos como pessoas, ou seja, cidadãos.

Realmente, em continuidade nos ensinamentos de Pedro Paulo Funari (2007, p. 24 – 32), Esparta, fundada após a invasão dos dórios à região da Lacônia (século IX a.C.), tinha como característica marcante a submissão das populações conquistadas. Nesta condição de subalternos, os povos conquistados eram chamados de hilotas (aprisionados).

Os hilotas não eram escravos, isto é, propriedade dos espartanos, mas encontravam-se obrigados a dar metade da produção das terras aos espartanos e, mesmo sendo uma comunidade à parte, não tinham direitos legais, podendo sofrer a morte pelas mãos de um espartano e não haver

nenhuma punição pelo assassinato.

Somente os espartanos compunham “os iguais”, grupo que não trabalhava, tendo como função a dedicação aos assuntos da cidade, e retiravam o sustento do labor dos hilotas.

Visando manter a ordem, os conquistadores tinham que eliminar a defasagem populacional em comparação com os conquistados. Tal fato foi resultado da estrutura social de Esparta, porquanto a educação e a rigidez eram instrumentos de formação de guerreiros ferozes e, objetivando este cidadão forte, a *polis* espartana apenas permitia a criação de crianças resistentes e saudáveis; caso contrário, o recém-nascido era jogado de um despenhadeiro.

Como solução da discrepância populacional, Flávia Lages de Castro explica, em nota, que:

Periodicamente, os mais vigorosos dentre eles eram assassinados. Os espartanos mais prudentes e inteligentes eram mandados como agentes secretos do governo, aparecendo onde eram menos esperados e matando os hilotas indesejáveis sem julgamento. A posição dos hilotas não era ruim: seu tributo de produção aos seus senhores era estritamente definido e não era oneroso (...). (CASTRO, 2009, p. 67).

Sendo um povo inferiorizado, os hilotas nunca tinham a condição de membros da Gerúsia (conselho de velhos), conselho e tribunal supremo de Esparta composto por esparciatas com idade superior a sessenta anos (“Senado”), nem eram aclamados como Éforos (“prefeitos”) pela assembleia de homens adultos de Esparta.

As decisões da assembleia de homens adultos, órgão que aclamava os membros da Gerúsia e Éforos na forma de leis, retratavam os interesses de uma minoria poderosa e influente.

Com as explicações acima tecidas e fundamentadas pela obra de Funari (2007, p. 24 - 32), fica fácil a percepção de que em Esparta nem todos eram pessoa, ou cidadão com dignidade.

1.2 Conceito de Pessoa: Direito Romano

O direito natural, definido pelo estoicismo, influenciou a Roma Antiga, onde a moral estoica era defensora de que a razão teria alcance universal, encontrando respaldo prático.

Cícero, jurisconsulto romano, orientado pelo estoicismo, foi a prova desta ligação entre o estoicismo grego e o mundo romano, apontando ser existente uma verdadeira lei, qual seja: “[...] a reta razão conforme a natureza em todos e sempre eterna”. (BITTAR, 2010, p. 170).

Na definição de Cícero, visualiza-se a teoria estoica que identifica a razão com a lei natural, bem como uma visão cosmopolita do direito e da justiça, traduzindo então um direito natural racionalista em contraste com a metafísica dos pré-socráticos.

Desta forma, com inspiração no estoicismo, o direito romano foi dividido em três partes: *jus naturale*, *jus civile* e *jus gentium*. Castro (2003, p. 32) explica que *jus naturale* engloba a ideia de uma ordem racional da natureza, os homens, então, são iguais por natureza e detentores de

direitos fundamentais oponíveis a todos. Já o *jus civile* era a lei de Roma e de seus cidadãos e, por fim, o *jus gentium* era a lei comum a todos os homens.

No que concerne ao conceito de pessoa dentro do direito romano, são interessantes as palavras de Costas Douzinas (2000, p. 186):

Atenas, quanto Roma tiveram cidadãos, mas não 'homens', no sentido de membros da espécie humana. A *societas generi humani* não existia fora da agora ou do fórum. Homens livres foram atenienses ou espartanos, romanos ou cartagineses, mas não pessoas; eles foram gregos ou bárbaros, mas não humanos.

Compreende-se então que em Roma nem todo humano era pessoa como já afirmado, sendo certo que o direito romano sofreu influência do estoicismo e, somente com fundamento nos pensadores da *Stoa* é que a visão e definição de pessoa mudaram no mundo romano, sendo, posteriormente aprimorado pelo pensamento cristão.

Apesar da valorização do indivíduo ser um marco do pensamento cristão os estoicos em muito colaboraram com este resultado, e em desacordo com Platão e Aristóteles, defensores de que o homem é um ser essencialmente social, o estoicismo apresentou a figura do sábio separado da vida social. (DUMONT, 1992, p. 38).

De fato, no estoicismo encontra-se fundamento para a existência de direitos inerentes a própria condição humana, uma vez que advogavam pela existência de uma liberdade interior inalienável, qual seja: a do pensamento que se encontra em todas as pessoas. Posteriormente, Cícero, como pensador romano, dá prosseguimento a esta teoria.

Para tanto, o estoicismo tinha como objeto de pesquisa o problema do indivíduo, perscrutando o desempenho do homem, indivíduo no alcance do *telos*, sua finalidade, sua natureza.

Os gregos entendiam o homem sob o prisma da *eudaimonia*, vida boa, e cabia às escolas filosóficas construir os caminhos para o encontro da felicidade e da vida boa. Por exemplo, Aristóteles defendia a prática das virtudes em favor dos membros da sociedade como caminho para a vida boa, já os estoicos pregavam que o bem supremo estava no controle integral da alma e pela existência da razão. (VAZ, 1992, p. 43).

Então, os pensadores da *Stoa* tinham a independência do indivíduo como a condição para a *eudaimonia*. Houve, portanto, um deslocamento do bem, do externo para o interior do homem, e a causa final do ser humano, para os estoicos, estava mais para a racionalidade do que para a natureza/*physis*.

Com a colaboração dos filósofos gregos estoicos e a influência desses no mundo romano, o indivíduo como valor surge no mundo ocidental e o conceito de pessoa é reestruturado.

O indivíduo não precisa ter um papel social para ser considerado pessoa, na verdade, a partir de então, o que o caracteriza é a singularidade individual do ser humano concreto.

Com isso, o pensamento filosófico moderno entendeu que “todo homem é uma pessoa” e “apenas um homem é uma pessoa”, entendendo, então, “homem” ou “pessoa” como o ser humano nascido vivo. (TAYLOR, 2000, p. 101 - 119).

Logo, redundante é expressar o termo pessoa humana, uma vez que para assunção da condição de pessoa basta nascer na espécie humana, sendo desnecessário qualquer critério seja ele econômico, social, físico ou intelectual.

1.4 Pessoa: Ideias Cristãs

A filosofia do direito na Idade Média (Século V – XV) foi dominada pelo Cristianismo. Este, nas palavras de Paulo Nader (2010, p. 161), é definido como “[...] doutrina surgida no início de nossa era com Jesus de Nazaré [...]”.

Embora as alianças políticas e religiosas tenham ensejado uma intolerância à diversidade, o líder maior do Cristianismo, Jesus, deu demonstrações de como tratar os doentes ou os deficientes físicos. A cordialidade e compaixão, bem como uma capacidade incomum de dar alívio aos que o procuravam são características facilmente apreendidas das Escrituras Sagradas, a Bíblia, texto que fundamenta o Cristianismo.

Tendo obtido grande influência no universo romano, a pensamento cristão em torno do conceito de pessoa tornou-se imperativo, com objetivo teológico, os cristãos iniciaram a empreitada de definir pessoa, sem, contudo, abandonar as conquistas antropológicas.

Em âmbito religioso, a noção de pessoa ajuda no entendimento da relação entre Deus e Cristo (Logos ou Verbo), bem como entre ambos e o Espírito Santo.

Destacaram-se duas interpretações na temática da trindade (Pai, Filho e Espírito Santo). A uma, a relação entre Deus, Cristo e o Espírito Santo era somada à substância da coisa. A duas, a própria palavra pessoa, remetendo à máscara/*prosopon* do teatro, parecia implicar o caráter aparente e não substancial da pessoa. (ABBAGNANO, 1998, p. 761- 763).

Diante disso, surgiram várias doutrinas trinitárias no primeiro século do Cristianismo, tendo como marco e equilíbrio da temática o Concílio de Nicéia (325).

Dentre os padres da Igreja, alguns defendiam a característica apenas substancial da pessoa. Como exemplo, Santo Agostinho e Boécio. Já na contramão, citando o S. Tomás de Aquino e os padres da capadócia, defendiam a característica relacional da pessoa.

A definição de pessoa, como já explanado, foi reestruturada por influência do estoicismo e do cristianismo.

Os estoicos alteraram o significado grego de natureza, tirando do conceito a *physis* e colocando a razão humana. O Direito, governante de todas as coisas, ainda era um sistema de leis

que decorria da natureza, mas uma natureza que expressava os desígnios da razão humana, os comandos da lei nasciam da razão humana universal. (DOUZINAS, 2000, p. 32).

E, no que cabe ao cristianismo, pode-se afirmar uma inovação no conceito de natureza, fonte da lei e do homem. De fato, natureza passa a ser obra da criação de Deus e não se identifica mais com o cosmo; como criador de todas as coisas o Deus cristão colocou no centro do mundo governado por suas leis o homem, e este é considerado igual parte da humanidade, subordinada apenas a Deus e suas leis.

O homem com o cristianismo não mais está subordinado à sociedade e ao papel que nela desempenha, uma vez que a própria dignidade e valor proveem somente da relação estabelecida com o Criador, independentemente da relação com os demais seres.

Nota-se, portanto, a importância do pensamento cristão na ressignificação do conceito de pessoa.

1.5 A Substância das Pessoas é a Interpessoalidade

Após abordagens históricas sobre os conceitos de pessoa, conclui-se que este tem raiz no pensamento grego, romano e cristão. Dentre todas as vertentes apresentadas, a que mais se aprofundou no tema foi o pensamento cristão, uma vez que este objetivava explicar a doutrina da trindade (Pai, Filho e Espírito Santo).

Com esse objetivo, o cristianismo por vezes entendia pessoa como substância e por vezes como relação, e é importante destacar que pessoa, para a pesquisa em análise, é substância em constante relação.

Tal entendimento se dá pelo fato de que o indivíduo, a pessoa, é único, isto é, completamente outro quando colocado em comparação com o próximo, chegando ao ponto de ser substância.

Leia-se como substância o fato de que cada indivíduo é um ser impossível de ser substituído, essa impossibilidade não decorre de elementos ou propriedades especiais que o indivíduo possua, mas sim do modo como se relaciona. (CULLETON; BRAGATO, 2009, p. 59).

Nos ensinamento de Culleton e Bragato (2009), cada indivíduo tem uma maneira de se relacionar substancialmente incomunicável e insubstituível. Essa compreensão relacional/comunial do conceito de pessoa está fortemente ligada ao conceito de perichorese (lat: circumincesso e circumincesso, envolvimento, andar em volta).

Tal expressão, andar em volta, remete à atividade de dançar, o dançar em torno do outro. Realmente, o indivíduo é único e insubstituível no seu modo de lidar com o próximo, na sua substância.

Por isso, o entendimento de que, além de substância, o ser humano é relação com o mundo, o próximo e a transcendência (corpo, mente e espírito), fazendo do ser humano um ser situado, um ser em constante relação.

Com essa definição de pessoa pode-se, neste momento, adiantar que a presente pesquisa objetiva analisar a pessoa humana com transtorno mental como um sujeito de direitos, um novo sujeito de direito. Dentre estes direitos, o direito social fundamental à educação.

Sendo pessoa substância em constante relação, cabe, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a toda sociedade, bem como ao Estado a eficácia/aplicabilidade/efetividade do direito à educação das pessoas com transtorno mental.

E de acordo com a fundamentação apresentada no próximo tópico, todo ser humano, portanto pessoa, por sua só existência no mundo, é partícipe da construção da história da humanidade e detentor de direitos que, quando adimplidos, tornam a vida digna.

Se todo humano, ao nascer, é pessoa, entende-se que, independentemente de qualquer requisito, a pessoa adquire personalidade, ou seja, é titular de direitos e de deveres. Neste sentido é que o indivíduo, ao ser excluído do plano de sujeito de direito, luta para a declaração e efetividade destes.

1.6 Teoria Atualista/kantiana vs Personalismo Ético/Raciovitalista

Sempre que determinados direitos são elencados como de uma pessoa, alguns termos são colocados em cheque. Por exemplo, pessoa humana é o mesmo que ser humano?

Os direitos humanos, após um longo processo histórico, identificaram ideias de ser humano e pessoa humana. Logo, todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.

Com isso, tornou-se comum referência ora à pessoa humana, ora ao ser humano como sinônimos, no entanto na prática, pessoa humana é um termo menos abrangente que o termo ser humano. Sendo assim, a dignidade defendida nos direitos humanos a todos da espécie humana nem sempre é viável aos que não foram incluídos nos seres considerados pessoas.

Por exemplo, a bioética discute acesso ao direito à vida àqueles que não foram arrolados como sujeitos de incidência dos direitos humanos, já que não são pessoas.

Apesar de muitos doutrinadores defenderem que a expressão dignidade humana é autoexplicativa, a ausência de definição de um elemento constitutivo da expressão dificulta o entendimento do significado de dignidade humana.

De fato “humano”, nas palavras de Nino (1989, p. 44), pode: (livia isso aqui nao é citação longa/???)

A uma, conceituar homem de acordo com propriedades que se apresentam, prima facie, como moralmente relevantes (racionalidade, capacidade de escolher os próprios fins), ensejando o

entendimento kantiano de que há homens que são em menor grau que outros, já que aquelas propriedades são tipicamente de índole gradual;

A duas, o homem é conceituado de acordo com traços biológicos elementares (estrutura cromossômica de suas células).

Diante disso, repisa-se a questão: a dignidade decorre do fato de ser humano, ou seja, ser dotado de “natureza humana”, ou do fato de estar no gozo atual das capacidades da autoconsciência, linguagem, pensamento, dentre outras?

Na primeira proposição de Nino, a dignidade é garantida pelo simples fato de pertencer à espécie humana; na segunda, a fundamentação é encontrada no fato de deter características moralmente relevantes. Cattorini e Reichlin (1997, p. 263 – 264) denominam a primeira corrente de personalismo ético ou vitalista, como prefere Culleton e Bragato (2009, p. 61); e a segunda, de atualista ou neokantiana.

O personalismo ético bifurca-se conforme o entendimento de pessoa, e em primeiro plano, considera-se a dignidade como um atributo pertencente a qualquer ser humano por ser parte da espécie humana e possuir uma identidade biológica específica, independentemente de inexistentes as capacidades de entendimento, consciência, linguagem e pensamento.

Não há, neste pensamento, uma identidade entre os conceitos de ser humano e pessoa, pois se prescinde desta identidade para que se reconheça dignidade a todo e qualquer ser humano.

Em segundo plano, a corrente do personalismo ético amplia e ressignifica o conceito de pessoa em vez de dispensá-lo, para tanto, inclui características encontradas em todo e qualquer membro da espécie humana, sem levar em conta a condição de humano adulto saudável.

Já a corrente atualista/neokantiana, despreza a identificação entre os conceitos de pessoa e ser humano, defendendo que o humano não é valorado *per si*, mas sim pelas operações em si (almejar e conquistar os objetivos, raciocinar, sentir) que cumpre.

1.6.1 Teoria Atualista/Neokantiana

Da análise do conceito de pessoa elaborado por John Locke (1999, p. 450) depreende-se um possível genitor da teoria atualista/neokantiana e isso se dá pelo fato de a teoria da identidade pessoal, formulada por Locke, conceituar pessoa como ser pensante, com razão e reflexão, que pode entender-se como o mesmo, como coisa pensante em dispares momentos e lugares; por meio apenas da consciência que tem de suas ações, consubstanciada no pensamento e essencialidade neste, já que é impossível perceber sem notar que está percebendo.

A identidade pessoal, para Locke, não é somente a identidade da substância imutável (alma) nem a identidade da substância (corpo), muito menos defende ser a junção de ambas.

Ele entende que o princípio vital que organiza as partículas da matéria necessita de uma história continuada. Para isso, acrescenta a consciência ao conceito de pessoa, consistindo a identidade pessoal na identidade de consciência. O que faz de um ser uma pessoa não é pertencer à espécie humana, mas a consciência. Logo, para ser pessoa basta apresentar consciência.

Por isso é que se nota nos ensinamento de John Locke um germe da corrente atualista, uma vez que, para esta, humano somente é pessoa se estiver no gozo de determinadas capacidades ou características moralmente relevantes (racionalidade, autoconsciência, a consciência e a autonomia). Sem tais, a dignidade não é reconhecida pelo fato único e exclusivo de pertencer à espécie humana ou possuir uma identidade biológica. A espécie *homo sapiens*, enquanto fora do status de pessoa, não tem dignidade.

Raízes do pensamento atualista também são encontradas em Kant (1724 – 1804) por defender a existência de leis anteriores ao direito positivo, e seu pensamento é apresentado como componente do jusnaturalismo racionalista.

Para a teoria de Kant, o conhecimento deriva da interação entre as experiências (empirismo) e as condições formais da razão (idealismo). Em sua teoria do conhecimento, o sujeito cognoscente é a figura central.

Logo, como justificativa da prática moral do homem, Kant não utilizou apenas a experiência, acrescentou a existência de uma lei inerente à universal racionalidade humana (Lei de Imperativo Categórico).

O Imperativo Categórico é definido da seguinte forma: “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal”. (KANT, 2005, p. 121).

Depreende-se do Imperativo Categórico que a razão prática funciona como legisladora da conduta humana, estipulando os limites da ação; o homem age moralmente quando segue seu próprio preceito ético fundamental (Imperativo Categórico) sem objetivar nenhuma recompensa, ou seja, não há barganha no agir ético.

Tal “pureza” do agir torna possível fazer da lei subjetiva (Imperativo Categórico) uma nascente da legislação universal, inscrita em toda natureza.

A moral e o direito natural estão na obediência, livre e autônoma, do sujeito ao Imperativo Categórico. Sobre o direito natural em Kant, interessante são as palavras de Soares (2013, p. 146-147):

As normas jurídicas, para tal concepção, serão de direito natural se sua obrigatoriedade for cognoscível pela razão, independentemente de lei externa, e serão de direito positivo, se sua obrigatoriedade resultar de lei externa. Mas, nessa hipótese, deve-se pressupor uma lei natural que justifique a autoridade do legislador. Trata-se da lei de liberdade, ideal de razão e da ética, que

autoriza ao legislador coagir quem impede ou prejudica a liberdade.

Nota-se que Kant admite leis jurídicas, ligadas à ideia de liberdade, anteriores ao direito positivado, ou seja, leis que obrigam *a priori*, sem interferência de regulamentação humana, decorrentes da metafísica dos costumes e da racionalidade prática.

Kant objetiva apresentar uma regra de justiça universal, sendo a razão inerente ao homem, a justiça impõe-se como um imperativo da razão, de acordo com duas regras, quais sejam, a uma: “age de modo a tratar a humanidade, na sua como na pessoa de outrem, sempre como fim, jamais como simples meio”. A duas: “age segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei de sentido universal” (KANT, 2005, p. 72). Estas duas máximas se complementam dando base para uma comunidade universal e um acordo universal de liberdade.

Com o sujeito cognoscente sendo o centro da teoria do conhecimento kantiano, o respeito à pessoa humana foi elevado a um patamar de valor ético absoluto.

Com efeito, Kant enfatizou o papel da mente no processo de conhecimento, uma vez que defendia ser o intelecto provido de categorias inatas (noções de espaço e tempo) e, ao captar os dados brutos oferecidos pelos sentidos, este sistematizaria as informações de acordo com as categorias.

Deste modo, o intelecto, ao sistematizar as informações de acordo com as categorias, criava o próprio mundo a ser conhecido pelo “eu pensante”, e nesta esteira, Kant defendia a existência de uma cultura e uma ética com padrões universalmente racionais e, conseqüentemente, humanos.

Como já exposto, conforme o modo que se compreende o conceito de pessoa, entende-se o conceito de dignidade humana. Até o presente momento, foram apresentadas duas correntes de pensamentos, quais sejam: raciovitalista/vitalista e a teoria atualista/kantiana, visando este entendimento.

Surge, então, a questão: para alguém ser considerado pessoa o que é necessário?

Pessoa é o mesmo que ser humano (natureza humana) ou é necessário, na definição de pessoa, alguém dotado de capacidade para usufruir das capacidades de autoconsciência, linguagem, pensamento, etc.?

Para respostas, imprescindível a análise da teoria vitalista.

1.6.2 Teoria Personalismo Ético/Raciovitalista

Realmente, as correntes de pensamento denominadas de Personalismo Ético e Atualista são concepções dispares que têm implicações na origem e na compreensão da dignidade humana.

De acordo com a teoria vitalista, a dignidade tem como fonte o fato, único e exclusivo, de

alguém pertencer à espécie humana, em contraste, para os atualistas a dignidade decorre do fato de o ser ter características moralmente relevantes, sendo condições inarredáveis para a caracterização da pessoa.

Ambos os pensamentos se contrapõem entre si quando valoram de forma diferente, para a definição de pessoa, ter ou não ter a presença atual de capacidade para exercer a consciência, a linguagem, o pensamento, o sentimento, a memória, etc. A ideia pregada pela corrente atualista não identifica pessoa e ser humano, não é *per si* que o ser humano é valorado e sim pelo valor moral dado às operações que é capaz de realizar (pensar, raciocinar, sentir).

Com fundamento em Kant (2005), embora apresente suas raízes mais remotas em John Locke, é que o presente trabalho explica a corrente atualista. Para Kant, a definição de pessoa humana vincula-se à questão da liberdade racional como centro da vida moral do ser, sem ingerência de valores externos ao próprio ser humano.

Neste sentido, afirma Culleton e Bragato (2009, p. 63):

Em Doutrina do Direito, Kant conceitua pessoa como o indivíduo cujas ações são sujeitas à imputação, caracterizando a personalidade a partir de critérios morais, dependente da liberdade de um ser racional obediente às leis morais. Desse modo, Kant introduz no conceito de pessoa mais do que a mera racionalidade, elemento suficiente na clássica definição de Boécio. Para Kant, a personalidade caracteriza-se ainda pela moralidade dos seres racionais, que consiste na sua submissão, pela própria condição de seres autônomos, à lei, ou seja, no agir segundo a representação das leis morais, cujo fundamento é o próprio homem, como fim em si mesmo.

Entende-se, portanto, que não são todos os seres que se encaixam na definição de pessoa, ou seja, só são pessoas aqueles que estão em condições de agir moralmente (nos moldes da lei), tendo a responsabilidade por seus atos. O exercício de direitos e a assunção de responsabilidades, requisitos da personalidade para Kant, dependem da possibilidade de se expressar a vontade autônoma.

Logo, no pensamento kantiano, pessoa, enquanto ser moral difere, por vezes, de ser humano, ser corporal, nem todo ser humano é pessoa, uma vez que um deficiente intelectual que não está apto a expressar de maneira livre sua vontade e o próprio agir moral é humano, mas não pessoa.

Tem-se, em Kant, que o fundamento da dignidade humana é a autonomia, pelo fato de que o conceito de pessoa está ligado ao de moralidade, diferenciando pessoa de ser humano, na medida em que estes não se encontram aptos a agir segundo representações de leis e, mesmo os que se encontram com tal aptidão, podem, em decorrência de diversos fatores, ter a capacidade de autodeterminação e consciência tolhidas. Assim sendo, dignidade decorre da autonomia e esta é

característica essencial do conceito de pessoa nos ensinamentos de Kant.

O dever moral (age como se a máxima de tua ação pudesse ser tornada lei universal) vem da vontade autônoma e tem como fundamento o homem, um fim em si mesmo.

O ser humano, segundo Kant, é um *fim em si mesmo*, nunca um instrumento, isso por que o ser humano é capaz de agir moralmente.

Embora Kant defenda a existência de um princípio prático da razão que direciona a vontade humana e entenda que a natureza racional existe como fim em si mesmo, o seu conceito de dignidade não se dirige a todos os seres humanos.

Já para a teoria raciovitalista alhures apresentada, considera a dignidade como um atributo pertencente a qualquer ser humano independente do gozo de determinadas características. Nesta linha de raciocínio, inadequado é o termo dignidade da pessoa humana, sendo mais apropriado o termo dignidade humana.

Nesta teoria o conceito de pessoa abarca características encontradas em qualquer membro da espécie humana, independentemente de ser adulto e saudável. Para maior compreensão, interessantes são as palavras de Culleton e Bragato (2009, p. 68):

Essa perspectiva é adotada, segundo Junges, pela antropologia personalista, que apresenta a concepção de ser humano mais condizente com a bioética, porque, ao chamar o ser humano de pessoa, leva em conta, de forma integral, as seguintes estruturas: 1) estrutura somática ou corpo humano: o corpo humano é entendido como materialidade (o cadáver), como estrutura biológica de tecidos, órgãos e funções e como evento pessoal ou forma de expressão do sujeito; 2) estrutura psíquica: no domínio psíquico, começa a se constituir o homem interior e a delinear-se a interioridade própria de cada um, a consciência e a reflexibilidade; 3) estrutura espiritual (contestada por correntes materialistas): dimensão que transcende a verificabilidade empírica e que dá sentido à vida individual de cada ser humano. Tais estruturas antropológicas asseguram a identidade ontológica do ser humano, pois são o substrato da natureza humana, sendo, per se, suficientes para considerar o ser humano pessoa.

As estruturas apresentadas acima (corporal, psíquica e espiritual) estão em relação com o mundo, o outrem e a transcendência, o ser humano é um ser em constante relação. Isso não quer dizer que o ser humano não subsista em si mesmo, uma vez que a relação não apaga o existir em si do humano. Nesta concepção, as propriedades humanas citadas por Kant (consciência, autonomia, responsabilidade, etc.) nascem das relações com o mundo e tudo o que nele existe.

Desta forma, ser humano e pessoa são conceitos idênticos e a dignidade é um atributo inerente à condição de nascer pertencente à espécie humana, independente do vínculo com o meio externo.

A guisa de delimitação, entende-se que a teoria raciovitalista melhor apresenta o conceito de pessoa almejado neste trabalho, uma vez que a lógica do razoável coaduna com o direito pós-moderno, apresentando intervenções axiológicas e teleológicas exigíveis em cada caso concreto, tendo em vista que a vida humana é ímpar.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana recebe contorno de acordo com a teoria escolhida (raciovitalista ou kantiana) para definir pessoa, a raciovitalista é a que fundamenta este trabalho e, conseqüentemente, o consignado a seguir acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Durante a Idade Antiga, a noção de quem era ou não cidadão estava separada do sujeito individualmente considerado, uma vez que o *status* de cidadão decorria de um *munus* público, ou seja, de um agir político, atribuído pela *polis* grega ou *civitas* romana.

Com o cristianismo, na Idade Média, o livre-arbítrio dos homens ensejou a ideia de não impedimento, por fatores exteriores, do exercício de fé. Nascia uma noção de liberdade negativa que influenciaria no surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão. De fato, a modernidade já encontrou um reduto individual demarcado, ainda na idade média, e que era imune às intervenções estatais.

Ainda na modernidade jurídica, na fase do jusnaturalismo racionalista, a liberdade negativa foi agraciada com o surgimento da liberdade positiva, denominada de autonomia, expressada pelo liberalismo, isto é, pela capacidade de criar as próprias regras de convivência, já que o homem é detentor da razão. Este período é demarcado pelo constitucionalismo moderno.

Já com o neoconstitucionalismo, aparecem novos sujeitos de direitos, a saber: os grupos excluídos, minorias, hipossuficientes, vulneráveis. Nesta expressão do direito constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana assume valor fonte do ordenamento jurídico.

Dentro deste contexto, o termo pessoa foi analisado, uma vez que é imprescindível no compreensão do princípio basilar do ordenamento, concluindo que a teoria raciovitalista melhor apresenta o conceito de pessoa almejado nesta pesquisa, uma vez que a lógica do razoável coaduna com o direito pós-moderno, apresentando intervenções axiológicas e teleológicas exigíveis em cada caso concreto, tendo em vista que a vida humana é ímpar.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana recebe contorno de acordo com a teoria escolhida (raciovitalista ou kantiana) para definir pessoa, a raciovitalista é a que fundamenta este trabalho e, conseqüentemente, o consignado a seguir acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, estado e direito público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AQUINAS, Thomas. Disponível em: <<http://www.corpusthomicum.org/sth3001.html>>. Acesso em: 11 julho. 2018.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questão XXIX, artigo IV. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

ARAGÓN, Manuel. Constitución y derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría de la constitución**: ensayos escogidos. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

_____. La Constitución como paradigma. In CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría de la constitución**: ensayos escogidos. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da

- Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **20 anos da Constituição Cidadã**. São Paulo: Método, 2008.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. São Paulo, 2012.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícones, 1999a.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2003.
- _____. **Teoria generale del derecho**. Santa Fé de Bogotá: Editora Temis, 1999b.
- BOÉCIO. **Sobre la persona y las dos naturalezas**. In: FERNÁNDEZ, Clemente. *Los filosofos medievales*: selección de textos. Madrid: BAC, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **A Democracia participativa e a crise do regime representativo no Brasil**. In FACHIN, Zulmar (Coord.). 20 anos da Constituição Cidadã. São Paulo: Método, 2008.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRETONE, Mário. **História do direito romano**. Lisboa: Editora Estampa, 1990.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In MOREIRA,

- Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARBONELL, Miguel. **Sobre la reforma constitucional y sus funciones**. In CARBONELL, Miguel. (org.). *Teoría de la constitución: ensayos escogidos*. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- CASTRO, Flávia Lages de C. **História do Direito: geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CATTORINI, Paolo; REICHLIN, Massimo. *Persistent vegetative state: a presumption to treat*. **Theoretical Medicine**, Netherlands, n. 18. 1997, p. 263–281.
- CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. **Educação: a solução está no afeto**. São Paulo: Gente, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 1998.
- COMER, Ronald J. **Psicologia do comportamento especial**. Rio de Janeiro: LTC, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.
- CRETELLA, José Cretella Júnior. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense/. 1995.
- _____. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.
- CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna**. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 1992.
- DUVERGER, Maurice. **Eléments de Droit Public**. 6. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1970. p. 160.
- ENGISCH, Karl. **El ámbito de lo no jurídico**. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1960.
- FARIAS GARCIA, Pedro; FARIAS BATLLE, Pedro. **En torno a La Libertad de empresa informativa**, Madrid: Complutense, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo

Saraiva, 1993.

FINLEY, Moses. **Escravidão antiga e ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

FORMENT, Eudaldo. *Persona y conciencia en Santo Tomás de Aquino*. **Revista Española de Filosofía Medieval**, Zaragoza, n. 10, 2003.

FRAYZE-PEREIRA, João Augusto. **O que é loucura**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Coleção Leitura).

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma: vida pública e vida privada, Cultura, pensamento e mitologia Amor e sexualidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2007.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Guia de fontes e catálogo de acervos e instituições para pesquisas em saúde mental e assistência psiquiátrica no Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: LAPS, 2004.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HABERLE, Peter. *The constitutional state and its reform requirements*. **Ratio Juris**, Oxford: Blackwell, v. 13, n. 1, 2000.

HENRI, Robert. **Grandes Julgamentos da História**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUFFMAN, Karen; VERNOY, Mark; VERNOY, Judith. **Psicologia**. São Paulo: Atlas, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. v. 1, Livro 2.

_____. **Segundo tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Tema, 1998. T.IV.

- MILTON, John. **Areopagítica** (1º. Edição em inglês 1644) – Discurso sobre a Liberdade de Expressão, Coimbra: Almedina, 2009.
- MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Editora Loyola, 2004. Tomo III (K-P).
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Do positivismo ao neoconstitucionalismo**. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). 20 anos da constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação**. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord). 20 anos da constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONROE, Paul. **História da Educação Cia**. São Paulo: Editora Nacional. 11. ed. 1976.
- MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos Sujeitos de Direito: As pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**: Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- NEME, Eliana Franco. **Dignidade, igualdade e vagas reservadas**. ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do Nascimento. **Lições de História do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- NORIEGA, Saúl López. **Democracia, poder y médios de comunicación**. México: Konrad Adenauer, 2009.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLIVEIRA, João Gualberto de. **Liberdade de Imprensa: no Brasil e na Suécia**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Expansão Comercial, 1956.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria democrática do poder**. Rio de Janeiro: Pallas Editora, 1976.
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

- PERES LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1995.
- _____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. Ed. Madrid: Ed. Techos, 1999.
- REALI, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Universidade de São Paulo, 1972.
- _____. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALI, Giovanni. *História da filosofia: antiguidade e idade média*. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2007. v. 1.
- REVOLUÇÕES burguesas. 03 de jun. 2008. Disponível em:
<<http://www.mundovestibular.com.br/articles/4380/1/REVOLUCOES-BURGUESAS/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem de J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 3, p. 14-15, jun. 2001.
- _____. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem de J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v. 1, n. 3, p. 14-15, jun. 2001.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SICHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1980.
- SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. Mexico: Editorial Porrúa, 1959.
- SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- SILVA, Nicácio José da; BISPO, Roberney Pinto. **Direitos fundamentais antidemocráticos: pessoas com deficiência, mercado de trabalho e as Ações Afirmativas.** In SIQUEIRA, Driceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.) *Minorias & Grupos Vulneráveis – Reflexões para uma tutela.* Birigui: Boreal, 2013.
- SINGER, Peter. **Ética Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- SÓFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L & M, 2008.
- SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. **Tutela dos direitos de pessoas vulneráveis.** In SIQUEIRA, Driceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.) *Minorias & Grupos Vulneráveis – Reflexões para uma tutela.* Birigui: Boreal, 2013.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Tribunal e jurisdição constitucional.** São Paulo: IBDC, 1998.
- TAYLOR, Charles. **Conditions of an unforced consensus on human rights.** In: HEYDEN, Patrick. *The politics of human rights.* St. Paul, MN: Paragon House, 2000
- VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I.** 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural.** 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.
- VIEIRA, Osmar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- WERNECK, Cláudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho, na sociedade inclusiva.** Rio de Janeiro: WVA, 2000.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral 'novos' direitos.** In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas.* São Paulo: Saraiva, 2003.

O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E SUA APLICABILIDADE IMEDIATA NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO¹

Daniel Augusto DELECRODE²
Romulo de Aguiar ARAÚJO³

RESUMO

Este artigo tem por escopo apresentar uma breve análise histórica, bem como o cenário jurídico da cada época referenciada no curso do texto, ligados ao princípio *nemo tenetur se detegere*, também conhecido pela expressão *privilege against self-incrimination*, contemporaneamente aplicados como o direito fundamental à não autoincriminação, que pode ser traduzido ainda como direito ao silêncio ou à não produção de provas contra si mesmo. O presente estudo apresenta ainda o contexto histórico-jurídico brasileiro, com ênfase na interpretação da Constituição Federal de 1988, marcada pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, onde se enquadra a norma do princípio em questão.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere*. Direito à não autoincriminação. Direito ao silêncio. Aplicabilidade imediata. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to present a brief historical analysis, as well as the legal scenario of each period referenced in the course of the text, linked to the principle *nemo tenetur se detegere*, also known by the expression *privilege against self-incrimination*, nowadays applied as the fundamental right to not self-incriminate, which can also be translated as the right to silence or to the non-production of evidence against oneself. The present study also presents the Brazilian historical-legal context, with emphasis on the interpretation of the Federal Constitution of 1988, marked by the direct and immediate applicability of fundamental rights, which fit the norm of the principle in question.

KEY WORDS: *Nemo tenetur se detegere*. *Privilege against self-incrimination*. Right to silence. Direct applicability. Fundamental rights.

1 METODOLOGIA E INTRODUÇÃO

Para que os questionamentos e dúvidas iniciais pudessem ser respondidos, foi realizado um levantamento preliminar da bibliografia a ser revisada. Além de alcançar os objetivos inicialmente

- 1 Este artigo corresponde a um trecho do Trabalho de Conclusão de Curso “A inconstitucionalidade na realização obrigatória dos exames de alcoolemia: uma restrição do *jus puniendi* estatal à luz dos direitos e garantias fundamentais”, apresentado e defendido pelo autor Daniel Augusto Delecrode, no dia 21 de junho de 2018, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil, sendo aprovado com nota máxima pela banca examinadora composta pelos professores: Romulo de Aguiar Araújo (orientador), Aline Mara Lustoza Fedato e Amanda Mendes Gimenes.
- 2 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UniFil. Acadêmico participante do programa de estágio não obrigatório do Ministério Público Federal, na Procuradoria da República no Município de Londrina/PR.
- 3 Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na área de concentração: Direitos da Personalidade pela UniCesumar. Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil. Docente do curso de Direito da UniFil nas disciplinas de Direito Penal, Prática Simulada de Processo Penal, Direito e Sistema Prisional e Criminologia. Advogado Criminalista.

propostos, essa análise teve a finalidade de ampliar significativamente o saber acerca do objeto deste trabalho, na medida em que pelos estudos, leitura e pesquisa, desenvolveu-se uma visão mais lúcida e reflexiva sobre o tema. Para isso, o método utilizado foi dedutivo, por meio de abordagem qualitativa, através de estudo bibliográfico e documental de livros, textos, periódicos e legislações.

O trabalho em si é uma análise cronológica, com abordagem histórica e jurídica quando ao princípio *nemo tenetur se detegere*, onde pôde-se visualiza-lo em diversos povos e lugares ao longo da história humana, seja com pequena ou nenhuma importância em certos contextos, até a proteção constitucional dos dias atuais. Ao final, observou-se ainda, quanto a sua autoaplicação, que deriva do poder aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, garantindo assim a autoexecutoriedade da proteção do indivíduo em relação a produção de prova contra si mesmo e demais formas de autoacusação ou incriminação.

2 DA GÊNESE DO DIREITO À NÃO AUTOACUSAR-SE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O brocardo em latim *nemo tenetur se detegere*, segundo Maria Elizabeth Queijo, em tradução literal, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, em outras palavras, qualquer indivíduo que se encontre em posição de ser acusado, réu ou simplesmente suspeito do cometimento de um ato ilícito, leva consigo o direito a não ser descoberto, ou seja, não ser obrigado a colaborar com a imputação de culpa ao seu próprio ser, o que em síntese é, ter o direito fundamental a não se incriminar. Na prática, é o fato de não se produzir prova em próprio desfavor.

A manifestação mais comum do direito fundamental a não autoacusação é a prática do direito fundamental ao silêncio. Por questões didáticas e para que se facilite a compreensão de sua origem histórica, este tópico será abordado à frente. Mas, de todo modo, frise-se que o fato de se omitir em realizar uma conduta que possa resultar em autoincriminação é também silenciar-se, em uma interpretação *lato sensu*.

Dado isso, temos de comum aos estudos de Sofia Saraiva de Menezes (apud SANTOS, 2010, n.p.) que “outros brocardos também são utilizados no mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidumen suam*, *nemo testis se ipsum* ou simplesmente *nemo tenetur*”. Estas demais expressões, porém, possuem em tese o mesmo significado para o direito atual, portanto, não nos cabe aprofundar na origem de cada uma especificamente, visto que a aplicação e a interpretação acerca delas são a mesma para a base desta pesquisa.

De acordo com Elizabeth Queijo, o princípio do *nemo tenetur se* firmou como uma espécie de direito durante o Iluminismo⁴, pois, embora seja consagrado pelos brocardos em latim já citados,

4 O “século das luzes”, como também é conhecido, foi um momento histórico marcado pela difusão do pensamento

não há enunciação sobre essa matéria no Direito Romano. Segundo a doutrinadora, neste período foi que o acusado passou a deixar de ser um mero objeto da persecução penal, ou seja, quando o indivíduo deixou de ser qualificado como coisa e sim a ser parte integrante do direito penal aplicado.

Embora não houvesse uma consagração do direito a não autoacusação como se encontra atualmente, antes do período iluminista, como observa Gisele Mendes Pereira, temos na história da humanidade algumas épocas onde se previu, ainda que de forma bastante rudimentar, alguma garantia em favor daquele que era acusado de algo contrário a lei.

Se hoje o direito ao silêncio está inserido em diversas legislações, inclusive na brasileira (alçado que foi à condição de garantia constitucional), um extenso caminho foi percorrido ao longo da História humana e da jurídica para trazê-lo até nossos dias, da forma como é conhecido e, pretensamente, entendido. Para seu desenvolvimento, assim como de todos os demais direitos inerentes ao ser humano, inúmeras vidas pereceram; milhares, provavelmente milhões de pessoas padeceram com torturas, mutilações e outras atrocidades. Entretanto, é primordial destacar que raramente encontra-se, nas civilizações mais antigas, o direito ao silêncio com a conotação atual, isto é, como um direito expreso, válido e instituído, mas, pela via indireta, pode-se vislumbrar sua gênese, buscar seu fundamento no direito contra a autoincriminação.

Gisele Pereira começa essa passagem histórica pelo Direito Hebraico, quando diz que alguns doutrinadores relatam que haviam precedentes do direito ao silêncio na Bíblia Sagrada, dado ao fato de que nas Escrituras não se tem disposições acerca de tortura ou confissão por parte do suspeito de ilicitude. A autora também se refere a disposições onde se indica que o depoimento de testemunhas era utilizado para comprovação do que se tinha atribuído ao acusado, ou seja, isso demonstra que já na época do Antigo Testamento tinha-se como método buscar a efetivação da verdade por meios que não ofendiam a liberdade de não se acusar. Isto posto, para que houvesse condenação, não era levado em conta apenas a confissão (caso o réu falasse de sua culpa, ainda que de forma espontânea), mas também os outros componentes do conjunto probatório, haja vista que a confissão (autoacusação) era contrária à própria natureza humana, como afirma a autora.

A segunda fonte histórica que Pereira cita é o Código de Hamurabi⁵, este que provavelmente seja o mais notável instrumento jurídico da antiguidade anterior ao que se tem de Roma. Segundo a doutrinadora, no *codex* não havia previsão jurídica que vinculasse a confissão do acusado. Tal qual no exemplo anterior. Neste sentido, caso não houvessem provas como depoimento de testemunhas, documentos ou estado de flagrância, o suspeito poderia jurar sua inocência em nome de Deus e expor sua narrativa dos fatos e assim, não era colocada a ele nenhum constrangimento físico para que confessasse a autoria das ilicitudes. Embora possa-se considerar

racional e uma grande expansão do pensamento científico em todas as áreas do conhecimento. Esse período ocorreu por volta do século XVIII.

5 Código de Hamurabi foi um conjunto de leis criadas provavelmente pelo rei Hamurabi, em uma das dinastias da Babilônia, na região da Mesopotâmia, aproximadamente no século XVIII antes de Cristo.

que o juramento em nome de Deus seja uma espécie de coação moral, o acusado estava protegido de tortura ou outros meios físicos de caráter coercitivos, o que dentro deste contexto histórico era de grande valia.

Continuando, quanto ao período da Grécia Antiga, a autora traz que o direito contra a autoacusação não se desenvolveu naquele contexto. Embora não existam muitas fontes históricas relativas a esta temática, pode-se chegar a esta conclusão com base em alguns fatos, como o de que tanto o acusado, quanto as testemunhas eram obrigadas a um juramento para que dissessem somente a verdade, o que já é contrário ao princípio em estudo. Outro ponto é quanto ao emprego de torturas, que foi uma prática utilizada para com os escravos e para os homens livres, o que também caracteriza a inexistência do *nemo tenetur se detegere*.

Neste momento, ao adentrar o Direito Romano é possível encontrar um misto de sistemas, que para que se compreenda melhor, é preciso ter em mente o que a História e política refletiam na sociedade da época, principalmente acerca da relação jurídica com as formas que o Estado Romano teve ao longo dos séculos. Assim, compreende-se que Roma passou por três grandes momentos: o primeiro foi a fase da Monarquia, que se estendeu entre 753 e 509 a.C.; o segundo foi o período da República, vigendo entre 509 e 27 a.C.; e por último, o período do Império, que permaneceu entre 27 a.C. e 476 d.C.

No primeiro momento, quando se vivia a fase da Monarquia, o sistema penal que se observava era uma espécie rudimentar, conhecida como *cognitio*, que era um procedimento caracterizado pelo poder jurisdicional vinculado ao monarca, ou seja, nas mãos do próprio governante. Este, por sua vez, conduzia os julgamentos, ainda que auxiliado por conselheiros ou senadores, ou ainda por outras pessoas públicas, porém, com o poder de julgar para si.

Pouco se conhece a respeito desse período e em relação ao direito contra a autoacusação, inexistente, devido às características do processo romano, pois, no início da monarquia, não havia limitação ao poder de julgar. Bastava a *noticia criminis* para que o próprio magistrado se pusesse em campo a fim de proceder às necessárias averiguações. “Após as investigações o magistrado impunha a pena. Prescindia-se da acusação. Nenhuma garantia era dada ao acusado. Não havia limites ao arbítrio dos juízes.” Portanto, vigia uma ordem jurídica, no mínimo, contrastante com o direito contra a autoincriminação, o que levava a desacreditar de seu acatamento. (TOURINHO FILHO apud PEREIRA, 2012, p. 32)

Findo o período monárquico, houve o advento da República em Roma, e com ela, vieram ao menos indícios de certas garantias ao acusado ou réu. Entretanto, isso não aconteceu em curto prazo. Segundo Pereira, somente no último século deste período que se observou com maior efetividade tais mudanças. Nesta época, a diferença substancial que se vislumbra em relação ao sistema da *cognitio*, é que a figura do acusador e do julgador não se materializam mais na mesma pessoa, dado que, a acusação ficava a cargo de um funcionário do Estado e o “julgador” era composto por uma espécie de corpo de jurados, uma assembleia popular.

Passada a República e constituído o Império, tudo o que se construiu acerca de garantias e direitos foram deixados para trás junto com o velho sistema de governo. Pereira diz que durante o Império Romano:

[...] a decadência grassou no processo criminal, principalmente pela ampliação dos poderes do magistrado, que podia praticar atos característicos tanto das fases de acusação como das de julgamento; implantação do procedimento de ofício; instauração e instrução secreta e escrita em detrimento da publicidade e oralidade; vedação ao contraditório, estabelecendo-se aí o início da influência do Direito Canônico no processo criminal.

Nessa época, foram retomados os procedimentos de tortura, porém com maior ampliação dessas atrocidades, as quais anteriormente eram utilizadas contra os escravos (que eram tratados pelos romanos como coisas e não cidadãos). Passaram a ser aplicadas também em relação aos próprios romanos que fossem réus, indiscriminadamente. Extrai-se também desta fase que as testemunhas eram obrigadas a falar somente a verdade durante os interrogatórios.

Assim, relacionado ao direito a não se incriminar, apesar de que possam ser vistos certos indícios de sua aplicação durante o período republicano, tudo o que se tenha consagrado naquele momento ruiu e é evidente o retrocesso, bem como o emprego de tortura, o que comina claramente na negação ao direito do acusado de permanecer em silêncio.

Com as constantes invasões dos povos bárbaros e a conseqüente queda do Império Romano a partir do século V, o que se fortaleceu em sequência foi o Direito estabelecido pela Igreja, o que viria a produzir o Direito Canônico. Por conseguinte, isso se espalhou pela Europa de forma geral e trouxe em conjunto o sistema inquisitorial.

Sobre este período da História, que é compreendido pela Idade Média, tenha-se consciência de que como o continente europeu é muito grande, e desde aquele momento (após a queda do Império Romano) já havia diversos “países”, (se assim podem ser chamados), como também muitos núcleos sociais diversos, onde as leis, embora parecidas, continham suas particularidades. Entretanto, mesmo com essas pequenas diferenças, em caráter geral, para objeto do presente estudo, o que se extrai é que o direito difundido naquela época foi basicamente o Direito Canônico e o *Common Law*⁶ (que surgiria mais tarde, na região da Inglaterra), sobre este segundo, falaremos oportunamente mais adiante.

O que nos é de maior importância sobre o Direito Canônico é que este foi gerado a partir

6 “A partir do século XII a Inglaterra passou a adotar o sistema jurídico conhecido como *common law*, tomando os costumes como a fonte única ou mais importante do direito, como fundamento básico da jurisdição real. Esta forma peculiar do exercício de jurisdição, por certo, afastou o direito inglês do modelo romano-germânico que então vigorara no resto da Europa, possibilitando a introdução na Inglaterra de um mecanismo de recursos a precedentes (*cases*), condensados no *Years books*, que serviram de base para o desenrolar dos julgamentos, sempre, em consonância com os costumes adotados nas decisões. Já no século XV, o *common law* cede lugar às designadas jurisdições de equidade (*equity*), que aplicava um processo escrito mais inspirado pelo procedimento do direito canônico. Entretanto, por volta do século XVII a *equity* se integrou à *common law*, admitindo-se uma dualidade jurisdicional, fundida posteriormente, por volta de 1873 e 1875, já na Idade Contemporânea.”

de interpretações religiosas, retirando suas regras da Bíblia.

No início, de acordo com Pereira, o objeto desse sistema era em relação as matérias que entendiam ser pertencentes à religião, reconhecendo que as demais esferas do direito estavam ligadas aos Estados, assim, o que competia aos Tribunais Eclesiásticos eram os litígios ligados ao casamento, divórcio e os crimes contra a religião, como a heresia.

É neste íterim que se capta a ascensão do Direito Canônico até o seu ápice, Marteleto Filho trata que foi um tempo marcado pelo crescimento da vida urbana e a expansão comercial, o que, por conseguinte, culminou no demasiado aumento da criminalidade, o que poderia ser uma das justificativas para o implemento deste sistema inquisitivo e sem garantias ao acusado. Assim, “a revolução inquisitiva atendeu exigências comuns aos dois mundos: do eclesiástico, assombrado pela heresia, e do civil, atormentado pelo crescimento da criminalidade”.

Tanto pela obra de Marteleto Filho, quanto pela obra de Gisele Pereira, o entendimento é de que, o apogeu deste sistema baseado na arbitrariedade e na discricionariedade daquele que detinha o poder tanto de acusar quanto de julgar, seja ele o governante ou membro do Clero, imperou entre os séculos XII e XIII. Nesta época, precisamente no ano de 1199, o Papa Inocêncio III publicou um documento chamado Bula *Vergentis in senium*, pelo qual se igualava as heresias aos crimes de lesa-majestade, viabilizando a estrutura jurídica para penas capitais. “Estava, portanto, montado o cenário para a sangrenta e insaciável busca pelo poder e por sua manutenção denominada Inquisição”.

Pouco tempo após o surgimento do documento supramencionado, de acordo com Marteleto Filho, foi então oficialmente criada a Inquisição:

A Inquisição foi efetivamente criada em 1216, por Inocêncio III, com a finalidade de combater a heresia Cátara⁷, passando a jogar um papel crucial na consolidação do poder absoluto do rei, que passa a utilizá-la para a perseguição aos dissidentes. As origens do sistema inquisitivo se encontram na *cognitio extra ordinem* do Direito Romano, cujas regras foram apropriadas pelo direito canônico e se infiltraram na justiça secular, sobretudo em razão da ausência de separação entre delito e pecado. O procedimento inquisitorial passa, então, a ser adotado de forma indiscriminada.

O termo *cognitio extra ordinem*, citado por Marteleto Filho, é bem explicado pelo doutrinador italiano Luigi Ferrajoli, dizendo que esse procedimento nasceu quando da crise do período republicano, Roma passou a retomar os precedentes do sistema inquisitivo, ou seja, nos procedimentos adotados na época da Monarquia, e por consequência os agravou em desfavor daquele que era acusado.

Não ao acaso as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma Imperial com os procedimentos de ofício para os *delicta publica*, a começar pelos *crimina*

⁷ O termo catarismo provém do grego “katharos”, que significa puros. Foi uma seita cristã estabelecida no final do século XII, que rejeitava os sacramentos católicos e a hierarquia. Foi considerada perigosa e herética pela Igreja, que a combateu através da “cruzada albigense”. (COUCEIRO apud MARTELETO FILHO, 2012, p. 12)

laesae majestatis de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direito interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado. Faltando o sentimento cívico e o costume de liberdade que na República havia permitido o funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, “a acusação pública se transformou na denúncia fatal” e na “calúnia oculta”, que “se tornaram instrumento da tirania”. Nasceu assim, com a *cognitio extra ordinem*, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido *ex officio*, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe [...], baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.

Destarte, como constata-se da obra de Ferrajoli, o sistema inquisitório (ou inquisitivo), em síntese, foi marcado por um rito completamente arbitrário e discricionário, onde a figura do acusador e do julgador coabitavam na mesma pessoa, sendo ainda, um procedimento escrito, ao qual o acusado não tinha acesso, ou seja, não havia certeza do que se era acusado. Havia também, a presença do sigilo, isto é, nada era mais praticado em congruência com a publicidade que pôde ser vista outrora. Em outras palavras, o acusado ou réu voltou a ser objeto do processo, reduzido à qualidade de “coisa” e não mais sujeito de personalidade e direitos garantidos.

Como trata Marteleto Filho, o procedimento era tão absurdo, que não mais se tinha separação entre delito e pecado, sendo, portanto, a Inquisição o regime utilizado em todos os procedimentos, de maneira completamente indiscriminada. Esse modelo de “aplicação do Direito” se espalhou por toda a Europa (ainda que com algumas diferenças na intensidade), ocorrendo desde o início da fase de instauração e instrução processual, até a fase decisória. Nas palavras de Michel Foucault, o sistema era:

[...] opaco não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, [...] era impossível ao acusado ter acesso as peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; [...].

O sistema inquisitório, se resumido a um objetivo, se trataria da “gestão da prova” (COUTINHO apud PEREIRA, 2012), ou seja, o magistrado colhe e manipula o conjunto probatório como bem entender. Como não há também mais distinção entre crime e pecado, o processo passa a ser um maquinário da abstração, onde através da punição poderia se absolver. Para isso, nada mais eficiente do que a busca pela “verdade”, ainda que das mais espúrias formas que se possa imaginar e, ninguém mais se enquadraria tão perfeitamente no lugar de objeto da verdade do que o próprio acusado. A verdade que se buscava não era mais a realidade pura dos fatos, mas sim a que mais se adequava à discricionariedade do julgador, quer dizer, verdade era aquilo que se produzia durante o

processo, independentemente dos meios ou instrumentos utilizados para sua obtenção, como a tortura, por exemplo. Assim, por meio desta (a tortura), fazia-se o caminho ideal para alcançar a “rainha das provas”, a confissão, o que comprova a inexistência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Essa inexistência é óbvia, pois, nenhuma pessoa suportaria tamanha dor em razão de ficar em silêncio ou de confessar-se culpado. O caminho mais rápido para pôr fim a dor era se declarar culpado, o que muitas vezes já não fazia diferença para o acusado, pois, este já estava sendo punido pelo simples fato de ser acusado. Assim, podemos considerar também, que estes métodos não consistiam apenas na busca por aquela verdade forjada, mas também para que o acusado assumisse a culpa, ainda não o tenha cometido.

O direito à não autoacusar-se, ou o direito ao silêncio, evidentemente não existiram naquele período. A importância dada a confissão, a utilização de tortura como meio de obtenção de prova, demonstram a total incompatibilidade com estas garantias, ou seja, o próprio sistema inquisitório não admitiria tais direitos em favor do acusado. Com efeito, pode-se afirmar que este foi um dos mais abomináveis tempos na História humana, o que conferiu ainda em rastros que se perduram até hoje, claro que de formas mais brandas, entretanto, suas raízes ainda podem ser observadas nos dias atuais, quando o Estado priva o indivíduo de algum direito fundamental.

Em relação ao *Common Law* e o direito anglo-saxão, a Inglaterra, apesar de estar no Continente Europeu, não se inseriu no contexto da Inquisição, como a maioria dos demais países, afinal, há alguns séculos os ingleses já haviam abdicado tais costumes de fanatismo religioso, bem como o suporte legal dado a eles. Esta ruptura teve início por volta de 1066, após a invasão da Inglaterra pelos normandos – sob comando de Guilherme I – determinando o fim da época tribal e dando início ao feudalismo inglês.

Contudo, é no reinado de Henrique II (1154-1189), que o *Common Law* começa a ser estruturado, dando início a um sistema próprio de administração da justiça. Para isso, fazia-se uso dos *writs*, que eram ordens expedidas pelo rei às autoridades locais para que se instaurassem julgamentos ou apuração de queixas, abrindo a possibilidade de representação do soberano por parte de juízes itinerantes.

Também é a partir de Henrique II que surge a instituição do júri, que, apesar de ter origem em épocas anteriores, ganha força a partir deste período, tendo por objetivo impor alternativa aos chamados “Juízos dos Deuses”. É deste modo que, em 1166, o rei estabelece o *novel disseisin*, um *writ* que dava à comunidade local, através do *sheriff*, o poder de avaliar denúncias criminais. Para formalizar a denúncia e instaurar um julgamento, a comunidade, reunida em forma de júri – posteriormente denominado *Grand Jury* – deveria encaminhar ao juiz itinerante as acusações de

crimes graves.

Era responsabilidade do *Grand Jury* avaliar de acordo com o seu próprio conhecimento, sem considerar o levantamento de provas. Após a aceitação da denúncia, a responsabilidade do julgamento passava ao *Petty Jury*, que, de mesmo modo, não fazia uso das provas, cabendo somente o saber próprio para a determinação da culpa ou inocência do acusado. Nesta época, o *Petty Jury* caracterizava-se como um júri de prova, sendo que a sua palavra era considerada verdade e a própria prova do julgamento, porém, posteriormente, passa a ter seu julgamento alienado às provas existentes, competindo-lhe ouvir as testemunhas. Essa nova formulação aliou, de modo satisfatório, a autonomia local com a persecução penal desejada pelo Estado, na figura do rei.

Anos mais tarde, após uma conturbada sucessão de soberanos, a instabilidade resultou na perda de uma série de feudos sob domínio inglês e constantes revoltas. Em 1215, John (conhecido também como João Sem-Terra em nossa doutrina) – que usurpou o trono de seu irmão, sucessor de Henrique II – foi forçado a assinar um documento que declarasse sua derrota diante dos barões. Este documento ficou conhecido como *Magna Charta Libertatum* e mostrou-se um importante instrumento de garantias das liberdades individuais de um conjunto restrito de pessoas, no entanto, com o passar dos anos, essa Carta Magna teve seu texto reformado, de modo a ampliar sua abrangência. Suas disposições faziam clara referência ao processo legal, além de desencadear uma maior conscientização no tocante aos direitos humanos, pelo modo como restringia o poder absoluto do soberano. A garantia de liberdades e de um processo criminal que buscava a verdade sem esquecer-se dos direitos do arguido, trouxe, por consequência, o direito contra a autoincriminação, o que, por sua vez, acabou por abolir modelos de tortura próprios dos interrogatórios.

No *Common Law*, o levantamento de provas ficava sob responsabilidade de quem desejava validá-las, tornando o processo penal dependente das partes, que promoviam debates a fim de afirmar sua posição na presença do júri, a quem cabe a indicação da parte vencedora da ação. Cabe salientar que no sistema acusatório fica claro o afastamento do juiz, que é instruído durante o processo – ao contrário do que acontecia no sistema inquisitório, onde o próprio juiz se instruía.

O sistema acusatório ganhou forças através do *Bill of Rights*, datado de 1689, e do *Act of Settlement*, de 1701, porém, sem sofrer alterações essenciais até os dias de hoje, mantendo sua característica de ser contraditório, público e oral, com as provas sob responsabilidade das partes e o juiz imparcial e equidistante. O julgamento é realizado diante dos jurados e tem seu início marcado por ação pública, no caso de delitos públicos, ou por iniciativa do injuriado, para os delitos privados.

Diante do exposto, fica evidente o avanço da Inglaterra em relação aos demais países europeus no que diz respeito ao processo criminal, com um sistema estruturado a partir do

contraditório e da salvaguarda dos direitos do acusado.

Mesmo na época marcada pelo Direito Canônico na Europa, havia uma afirmação de São João Crisóstomo, em relação à Epístola de São Paulo aos Hebreus, na qual dizia que “não te digo que descubras isso – seu pecado – ante o público como uma condenação, nem que te acuses diante dos outros” Conforme explicação de Elisabeth Queijo, somente se firmou esse entendimento posteriormente na Inglaterra, por meio do *Common Law* e na Europa continental na época do Iluminismo.

A regra que vedava compelir alguém à autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do *ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha. O princípio foi acolhido pela maior parte dos comentadores medievais e repetido nos manuais de processo penal europeus dos séculos XVI e XVII. De acordo com a aceção do princípio, na época, era vedado exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da sua vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal. Entendia-se que os homens deveriam confessar suas faltas a Deus, mas não deveriam ser compelidos a confessar seus crimes a ninguém mais.

Assim, quando o Direito Canônico entrou em queda, e como já foi dito que o *Common Law* teve sua ascensão anteriormente; no continente, com a evolução histórica, uma hora ou outra o sistema inquisitório teria um fim. Contudo, isso não foi rápido, nem simples. O sistema começou a perder força por volta do século XVI, como relata Pereira.

Durante o Iluminismo, descontentes e inconformados com o sistema inquisitório, “alguns vultos notáveis rebelaram-se e passam a dedicar sua produção artística, literária, política e jurídica como forma de manifestar seu pensamento e tentar modificar as consciências, promovendo a alteração da situação vigente”. Nascia assim o Iluminismo, e com ele, uma forte busca por uma sociedade mais moderna e justa, onde se teriam penas mais justas, direitos e garantias ao homem, pautados na racionalidade e nos direitos inalienáveis.

Neste contexto e já no século XVIII, surge como um dos grandes referenciais, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que viria a denunciar os abusos do sistema inquisitório na Europa continental, especificamente na região de Milão, na Itália.

Segundo Beccaria (referindo-se ao sistema inquisitório), a prática do juramento em dizer a verdade e a utilização de tortura colocavam o acusado em uma situação onde se forçava escolher entre a própria consciência, sua crença e o temor a Deus, mentindo em relação a sua não culpabilidade ou assumindo o fato ilícito, desta forma, “submetendo-se à pena imposta pela legislação, indo de encontro às leis da natureza e servindo como meio de prova contra si mesmo”.

[...] é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio dos tormentos, com se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é a que afirma: “Homens, resisti à dor. A

natureza dotou-vos de um amor invencível ao vosso ser, e do direito inalienável de vos defenderdes; porém eu desejo criar em vos um sentimento totalmente diverso; quero inspirar-vos um ódio a vos mesmo; ordeno-vos que sejais vossos próprios acusadores e finalmente digais a verdade em meio a torturas que vos partirão os ossos e dilacerarão os vossos músculos...” [...]. O inocente gritará, então que é culpado, para que cessem as torturas que já não aguenta; e o mesmo usado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer diferença entre ambos.

Dando prosseguimento ao pensamento de Beccaria, naquela época o autor denunciava a punição pelo simples fato do acusado não confessar o delito, bem como, também, o uso das torturas.

Outra consequência ainda muito visível advém do uso das torturas: é que o inocente se encontra em situação pior que a do culpado. Efetivamente o inocente submetido à tortura tem tudo contra si: ou será condenado por confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, porém após ter passado por tormentos que não mereceu. O culpado, ao contrário, tem por si um conjunto favorável; será absolvido se souber suportar a tortura com coragem, e fugirá aos suplícios que pesavam sobre si, sofrendo uma pena muito mais leve. Desse modo, o inocente tem tudo a perder, o culpado apenas pode ganhar.

Retornando o que foi abordado anteriormente (agora cronologicamente), o modelo de processo criminal inglês, baseado no sistema acusatório, era a exceção da regra que imperava no restante dos países da Europa, os quais se utilizavam do modelo inquisitório para julgar seus processos criminais. Porém, é sabido que o sistema de inquisição sofria forte oposição de pensadores que demandavam significativas alterações no processo criminal para garantir que os acusados tivessem seus direitos protegidos e resguardados.

A partir de então o cenário para tais mudanças começa a ser definido, de modo que, em 1789, com o início da Revolução Francesa, houve uma ruptura expressiva. Os revolucionários franceses dispuseram seus ideais e aspirações para a época de modo a formar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que incluía a extinção da tortura presente nos interrogatórios e a desvalorização da confissão como meio de prova. Tal documento apresentava hipóteses para delimitar os casos aos quais seria possível levantar acusação e prisão, sendo que o processo somente poderia ser fundamentado em condições previstas pela legislação penal, são eles: o princípio da anterioridade penal, o princípio da presunção de inocência e a vedação às violências arbitrárias, descritos pelos artigos 7º, 8º e 9º, respectivamente. Estas aspirações propostas pelos revolucionários alinhavam-se com o sistema acusatório em vigência na Inglaterra, desta forma, logo surgiu o interesse na adesão deste modelo.

Conseqüentemente, com o Estado Liberal, houve ruptura do paradigma prévio, onde passou-se a tratar o indivíduo como possuidor de direitos naturais intransferíveis, tendo assim seus direitos e garantias individuais protegidos e assegurados no processo penal, o que passou a viabilizar sua defesa perante o Estado.

Um marco que nos parece interessante citar, é que, tempos depois do início do Iluminismo, bem como as regras que precediam o princípio à não autoacusar-se na Inglaterra, houve um

juízo, precisamente no ano de 1847, conhecido como *R. v. Garbett*⁸, podendo ter sido um dos principais acontecimentos do *nemo tenetur se detegere* no sistema *Common Law*, que conhecemos também como *privilege against self incrimination*⁹.

No julgamento, decidiu-se que a regra de exclusão (*confession rule*¹⁰) se estendia à testemunha, sancionando-se a violação do *witness privilege*¹¹. Isso acabou conferindo uma ampla extensão do direito ao silêncio, assegurando-se a voluntariedade de qualquer manifestação, inclusive daquela prestada pela testemunha em processo de terceiro, potencialmente autoincriminatória.

Em meio ao período do Iluminismo e da afirmação do *privilege* no *Common Law* anglo-saxão, surgiram também os primeiros indícios deste direito nos Estados Unidos da América. Não existem muitas fontes sobre o período colonial dos norte-americanos, o que nos gera certa dificuldade em trazer muitos acontecimentos ou fatos históricos acerca do tema naquela região. Entretanto, é possível notarmos que o as colônias, de modo geral, seguiram o Direito inglês, dando seguimento ao *Common Law*.

Como observado na obra de Marteleto Filho, um símbolo do *privilege* nos Estados Unidos aconteceu com a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, na qual se apresentou um modelo constitucional de julgamento por meio de júri e, na mesma seção desta instituição, foram resguardados ao acusado “os direitos ao *cross-examination*¹², à produção de provas e a não fornecer evidência contra si mesmo (*nor be compelled to give evidence against himself*¹³)”.

Após a Declaração de Independência e a transformação dos Estados Unidos em república, podemos observar uma constitucionalização de direitos fundamentais e individuais, sendo que alguns já haviam sido instaurados anteriormente nas Declarações dos Estados Federados. Entretanto, agora se vinculava “o novo Governo Federal à lei. Neste sentido, são inseridas, pelos Estados, várias Emendas à Constituição Federal”.

E foi justamente por intermédio de uma Emenda Constitucional, que em 1791, o Direito do acusado a não produzir prova contra si foi colocado ao posto constitucional, através da 5ª Emenda, que proclamou:

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor

8 “No processo, o acusado alegou que suas declarações, prestadas sob a condição de testemunha em outro processo, estavam sendo indevidamente utilizadas no processo criminal, violando-se o *witness privilege* e a *confession rule*”.

9 Em livre tradução, significa um “privilegio contra a autoacusação”, conferindo-se o mesmo significado da máxima em latim: *nemo tenetur se detegere*.

10 A *confession rule* consistia na exclusão de toda e qualquer confissão extraída do acusado quando presente alguma forma de coação, ou seja, excluindo do processo as confissões compulsórias.

11 “O *witness privilege* conferia, à testemunha, o direito de recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la ou causar-lhe prejuízos à reputação”.

12 Em livre tradução, *cross-examination* seria o que conhecemos por interrogatório.

13 “*Nem ser obrigado a testemunhar contra si mesmo*” – livre tradução

shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.(Grifamos)¹⁴. (UNITED STATES OF AMERICA, 1791, n.p.)

Contudo, ainda que com a constitucionalização do *privilege*, não se garantiu efetivamente uma mudança na esfera processual criminal, como salienta Marteleto Filho. Na prática ocorreu uma expansão do direito de Defesa, onde os advogados pugnavam pela aplicação do *privilege* como forma de anular confissões. E assim, com o passar dos anos a garantia contra a autoacusação foi ganhando força pouco a pouco, atingindo os moldes contemporâneos.

Já no século XX, no ano de 1966, a *Supreme Court*, no julgamento do caso *Miranda vs. Arizona*, teve um entendimento acerca da matéria estabelecida pelo *privilege*, que colocaria essa garantia fundamental no plano máximo de aplicação. O entendimento da Corte foi no sentido de que o direito contra a autoincriminação é completamente aplicável também na fase policial, não mais restringindo-se às fases judiciais, como anota Pereira. Para mais, foi decidido, com fulcro na 5ª Emenda, que o suspeito ou acusado deveria ser informado expressamente em relação ao seu direito ao silêncio quando do interrogatório policial.

Em *Miranda vs. Arizona*, afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos que a atmosfera que cerca o interrogatório policial, principalmente nas situações em que o acusado está sob custódia, é naturalmente coercitiva, sendo que essa combinação entre interrogatório e custódia pode, por si, levar o detido a se autoincriminar contra sua vontade. No intuito de afastar esse perigo, aquela Corte estabeleceu uma série de regras norteadoras da prática policial, que envolvem o interrogatório de acusados sob custódia e que ficaram conhecidas como *Miranda Rules*.

Apresentadas estas considerações sobre o direito a não autoincriminação, será contemplada, agora, sua história no âmbito do direito pátrio.

3 O PASSADO BRASILEIRO E O NEMO TENETUR SE DETEGERE

Conforme as obras de Marteleto Filho e de Gisele Pereira, o Brasil foi regido pelas chamadas Ordenações Afonsinas e pelas Ordenações Manuelinas, respectivamente, a primeira até o ano de 1521 e a segunda até o ano de 1603.

Pouco se tem sobre a aplicação dessas Ordenações dentro do universo criminal, pois, naquela época, ainda como colônia de Portugal, por aqui haviam poucos portugueses, dado que a efetiva instituição das colônias não se fez de imediato após o descobrimento do território. Porém, sabe-se que estas legislações eram baseadas no Direito Canônico, dado o momento histórico que Portugal vivia, assim, marcou-se também por aqui os terríveis traços dos sistemas inquisitórios.

Após esse período, a partir de 1603, houve a instituição das Ordenações Filipinas, estas

14 O texto em destaque, em livre tradução, traz o significado de que nenhuma pessoa pode ser compelida em qualquer processo criminal a testemunhar contra si mesmo.

sim, perduraram por muito tempo e foram amplamente utilizadas em solo hoje brasileiro. Segundo Pereira, foi um período completamente verossímil à inquisição portuguesa, onde se buscava a qualquer custo a confissão do acusado.

O sistema processual brasileiro possui tradição romano-canônica, e foi receptáculo das Ordenações Portuguesas (Afonso – século XV, Manoelinas – século XVI e Filipinas – século XVII) no período colonial, as quais adotavam o procedimento inquisitório. Dominava, destarte, o sistema da prova legal, sendo permitido o emprego da tortura para a obtenção da confissão, [...], tal como se verificava na Europa Continental. Embora houvesse previsão esparsa, nas Ordenações, do direito a “não declarar” e a “não prestar juramento”, isso se revelava de todo ineficaz, na medida em que se admitia, expressamente, o emprego da tortura em determinados casos.

De acordo com Laura de Oliveira Mello Figueiredo, até algum tempo após a independência, que ocorreu no ano de 1822, o Brasil teve seu direito pátrio regido pelas regulamentações portuguesas, como supracitado.

A Constituição do Império, instituída por Dom Pedro I no ano de 1824, aproximou a pátria dos ideais humanitários do Iluminismo, vetando assim o exercício de atos de tortura. Com a instauração do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, em 1832, ficou ainda mais evidente a influência iluminista em território brasileiro, pois, a partir deste momento, o interrogatório passa a ser considerado um ato de defesa, onde não era necessário que o acusado prestasse juramento ou respondesse as perguntas elaboradas por autoridades.

Naquele ínterim, podemos notar, outrossim, a forte influência do *Common Law* e do direito inglês, dado que foi adotado pelo Código Processual de 1832 a presença do julgamento através de júri e o direito de defesa por advogado.

Em seguida, na Constituição Republicana de 1891, o arguido teve a garantia de plena defesa, sendo proibido o interrogatório sob coação. Destaque-se que esta Carta consagrou “a plenitude de defesa, outorgando, ainda que de forma implícita, o direito ao silêncio”.

Junto a isso, os Estados receberam autonomia para legislar sobre normas processuais, gerando interpretações heterogêneas sobre o direito ao silêncio. Um exemplo disso é o fato de os Códigos dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal adotarem uma postura onde o silêncio do suspeito poderia conferir caráter desfavorável ao processo.

Todavia, as Constituições de 1934 e 1937, ambas concebidas durante a chamada Era Vargas, recentralizaram na União o poder de legislar sobre o direito penal e processual penal, o que se vê de forma óbvia quando se observa o contexto político-social da época, que foi marcado pelo regime ditatorial de Getúlio Vargas (principalmente a partir de 1937), com a similitude de suas imposições legislativas ao que se via no regime Fascista de Mussolini, na Itália. O Código de Processo Penal de 1941 é um exemplo, no qual, em seu artigo 186, previa o direito ao silêncio, mas “autorizava o Juiz a interpretar o seu exercício em prejuízo da defesa do acusado, o que desvelava o

espírito autoritário do diploma, inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco)¹⁵, de matriz fascista”. Isto posto, fato do interrogatório deixar de ser visto como meio de defesa para ser considerado meio de prova, remete-se ao sistema inquisitório.

O fim do nomeado “Estado Novo” de Getúlio Vargas, que ocorreu no ano de 1945, conseqüentemente deu origem a uma outra Constituição, que foi promulgada em 1946. “Esse novo texto constitucional teve o mérito de devolver o Brasil ao regime democrático, com a reafirmação dos direitos individuais, de preceitos liberais e sociais”. Sem embargo, não ficou completamente livre das estruturas antidemocráticas do regime anterior e seus traços fascistas, pois, em relação à perseguição penal, continuaram as diminuições dos direitos ligados à não autoacusação, como a obrigação em colaborar no interrogatório nos processos criminais.

Ainda durante a vigência da Constituição de 1946, teve início, provavelmente, a pior parte da história brasileira. O golpe militar de 1964 trouxe uma nova ditadura, porém, imensuravelmente mais devastadora do que a Era Vargas. O comando do Estado pelos militares e sua ânsia pelo poder criaram no Brasil o caos e o terror. Não se preservava mais os direitos e garantias fundamentais. Era claramente a instauração de uma “Santa Inquisição” moderna, porém, ao invés de se pautar suas atrocidades na religião, buscava-se provar a todo custo que aquilo tudo era para o “bem da Nação” e pela segurança nacional.

Gisele Pereira diz que entre a instalação do golpe em 1964 e a Constituição de 1967, com apoio da Emenda Constitucional 1, de 1969, teoricamente, ainda havia a preservação dos direitos individuais, mas, isso não passava de mero positivismo, dado que eram descumpridos sistematicamente pelo Estado, dado o regime ditatorial.

[...]. Durante esse período, as leis nada significavam, porquanto os Atos Institucionais editados pelo Executivo é que (des)legitimavam o regime, merecendo destaque o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, por meio do qual foi decretado o recesso parlamentar, a intervenção nos estados e municípios, as suspensão dos direitos políticos por dez anos, a cassação dos mandatos eletivos, a suspensão da garantia constitucional do *habeas corpus* e das garantias legais da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade), não cabendo apreciação judicial de nenhum ato praticado de acordo com o referido ato e seus atos complementares.¹⁶

15 “O código promulgado em 1930, e que ficou conhecido como Código Rocco, manteve o direito contra a autoincriminação e o direito ao silêncio, porém o fez de maneira limitada, tanto que adotou o sistema inquisitorial. Tal fato se deve ao regime político então vigente, uma vez que sua entrada em vigor ocorreu em plena era fascista, sob o influxo de ideias autoritárias, que denotavam o interesse de fortalecer e centralizar o poder estatal e, conseqüentemente, limitavam os direitos individuais. [...]. Outra característica desse código foi o de permitir ao juiz do processo tirar conclusões a respeito do silêncio guardado pelo imputado. Sob o argumento de que o indivíduo acusado injustamente de um fato criminoso seria o maior interessado em demonstrar a insensatez da acusação, possibilitou-se a presunção de culpabilidade a partir da utilização do direito ao silêncio, ou da mentira por parte do acusado. Portanto, explícito estava o retrocesso no sentido de que havia um ônus por parte do imputado de colaborar com a produção da prova.”

16 “Não obstante constarem formalmente direitos e garantias individuais, por óbvio não foram respeitados. A força da Revolução, chamada ‘Redentora’, logo mostraria seu lado mais negro e cruel. Através do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, foram suspensos os direitos políticos e as garantias constitucionais, retirando-se do Poder Judiciário a jurisdição para apreciação dos atos revolucionários. Nada mais precisa ser dito sobre a falta de respeito

Ante esse breve resumo histórico-legislativo brasileiro, é notório que os direitos fundamentais ao silêncio e contra a autoacusação não constaram explicitamente nos dispositivos constitucionais anteriores a Carta de 1988. Ainda que de forma subentendida pudessem ser assegurados, visualiza-se, por meio do perturbado cenário político demonstrado, que sua realização foi utópica.

A história política e jurídica de nosso país demonstra que, não obstante as profundas modificações ocorridas no governo e no regime estabelecidos, os mesmos grupos ou pessoas obstinadas pelo poder (os velhos atores) inviabilizaram o usufruto desse direito por considera-lo incompatível com sua ânsia de dominação.

Isto posto, primordial se faz analisar o atual contexto jurídico, especificamente a partir da Constituição de 1988, onde é possível vislumbrar a autoaplicação e garantia de proteção do cidadão por meio do princípio *nemo tenetur se detegere* ou o *privilege against self-incrimination*.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Após o período da ditadura militar e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o cenário nacional passou a ser (ao menos teoricamente) garantidor e propulsor das liberdades individuais, primando pela aplicação dos direitos e garantias fundamentais. A Carta ficou conhecida por “Constituição Cidadã”, dado seu amplo feixe de proteção ao cidadão perante as arbitrariedades do Estado, como havia acontecido a pouco tempo.

Pereira diz que a inviolabilidade dos direitos e garantias estava resguardado na imutabilidade de parte do Texto Maior, assim, para que se evitasse que aquele terrível passado pudesse acontecer outra vez, o legislador constituinte fez com que o Texto carregasse características imutáveis, firmando através da “rigidez constitucional”, o que José Afonso da Silva trata como “princípio da supremacia da Constituição, ou seja, a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.

Essa supremacia das normas constitucionais provoca o “ ‘princípio da conformidade’ de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais”, portanto, nenhuma norma legal (infraconstitucional) pode contrariar uma norma superior (Constituição ou tratados internacionais equiparados às normas constitucionais), isto é, elas não podem estar em “desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade,

às liberdades civis nesse período, que alcançou seu auge no início da década de 70, quando os adversários do regime ditatorial simplesmente desapareciam nos porões da tortura administrada pela terrível polícia política”. (SILVEIRA apud PEREIRA, 2012, p. 123)

anulabilidade ou ineficácia – ‘princípio da constitucionalidade’ ”.

As conhecidas Cláusulas Pétreas, englobam o citado acima, como os direitos e garantias fundamentais, isto é, a Constituição gravou essas normas máximas protetoras da dignidade humana com a “ ‘cláusula de imutabilidade’ ou ‘ garantia da eternidade’, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário” (MENDES, 2012, n.p.).

Segundo Pereira, a nossa atual Carta Magna concedeu aos direitos humanos e aos direitos e garantias fundamentais, o que naturalmente se esperaria, pela primeira vez, o direito ao silêncio surgiu positivado, especificamente no art. 5º, inciso LXIII¹⁷. Isso demonstrou mais uma vez a “cidadania” do Texto, dado a proteção e função¹⁸ dos direitos e garantias fundamentais.

A atual Constituição, na busca de instrumentos de proteção do indivíduo, também acatou a diferenciação entre direitos e garantias propugnada pela doutrina¹⁹. Dessa forma, direito “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”. Por outro lado, “as garantias constitucionais [...] têm um alcance substancialmente subjectivo, pois conduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade”. (BONAVIDES apud PEREIRA, 2012, p. 129)

Entretanto, embora possa se separar direitos de garantias²⁰, as normas podem trazer ambas configurações no mesmo dispositivo, assim, é o que acontece no inciso LXIII do art. 5º, da CF/1988, que, ao dispor sobre o direito ao silêncio, do direito a não autoacusar-se, isto é, do direito que todo indivíduo possui em não ser vinculado a meio de produção de prova contra si, deixa claro, que não se exige a ‘utilização de regras de interpretação para seu entendimento’.

No plano da aplicabilidade das normas constitucionais, como a do direito à não autoacusação, afere-se que a Carta apresentou uma solução ao problema, visto que, no § 1º do art. 5º, enuncia que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, n.p.). Isso se deu pelo fato de que, na ânsia de se aplicar tais direitos, o

17 “Art. 5º 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, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (BRASIL, 1988, n.p.)

18 “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. [...] na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa [...], destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do poder público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não – intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas”. (MENDES, 2012, n.p.)

19 Segundo Gisele Pereira, “diferenciação certamente temerosa, já que a delimitação do que seja um direito ou uma garantia não é pacífica na doutrina”.

20 Embora citada essa diferenciação entre direitos e garantias, não cabe a este breve estudo entrar no mérito desta questão dada sua demasiada complexidade, seria completamente inoportuno e não essencial para a compreensão do objeto proposto e aqui analisado.

legislador constituinte, com o objetivo de evitar que os indivíduos tivessem seus direitos e garantias afetados pela demora na regulamentação por meio de leis (normas infraconstitucionais), que são necessárias para a efetivação de certos dispositivos constitucionais. Melhor dizendo, os direitos e garantias fundamentais “têm característica de preceito autoaplicável, não sendo meramente proclamatórias (ou dependentes de regulamentação)”.

De acordo com Silva, esta disposição do § 1º do art. 5º, no tocante às normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais, apresenta dois pontos importantes. O primeiro, demonstra que elas são aplicáveis onde sejam capazes e até onde socialmente se tenha condições para seu acolhimento. Em segundo lugar, traz que o Poder Judiciário, sendo provocado a respeito de um caso concreto nelas garantida, não pode deixar de empregá-las, fornecendo ao interessado o direito reclamado.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, por conseguinte, está posto dentro deste cenário, dado que, carrega uma norma de aplicabilidade imediata. Frisando que, é também considerada norma de eficácia plena, em virtude de ser absolutamente satisfatória com a determinação de tal modelo de eficácia, a qual, segundo Silva, se descreve por normas que:

a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. [...]. As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, e existência do Estado e seus órgãos.

Continuando o pensamento de Silva, as normas constitucionais de plena eficácia, estabelecem de forma direta situações, comportamentos e interesses, e determinando ações ou omissões. Desta forma, sendo de aplicabilidade imediata, concedem todos os elementos fundamentais à concretização ou vedação dos direitos nelas previstos. Originam, em geral, direitos subjetivos para as pessoas ou entidades a que outorgam uma situação subjetiva de benefício.

Destarte, para que se exerça ao direito de não se incriminar, não é preciso que se cumpra nenhum requisito, ou então alguma prestação por parte do Poder Público. Apenas é necessário que o indivíduo, que é o único detentor desse direito, queira exercê-lo. Evidenciando que, esse direito poderá ser exercido a qualquer tempo e lugar, pois, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais vinculam todas as esferas componentes do Estado.

A vinculação é extensiva a todos os poderes públicos [...], abrangendo as pessoas colectivas de direito público, a administração directa e indirecta e a administração autónoma. Tomando-se em conta todas estas dimensões, pode afirmar-se que as entidades públicas

estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias. As formas de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é “livre” dos direitos fundamentais.

Proveitoso realçar, que os direitos e garantias fundamentais postos pela Constituição Federal de 1988, montam um complexo harmônico de proteção ao indivíduo, que tem por objetivo o resguardo dos bens jurídicos mais importantes (vida, liberdade, etc.). Por conseguinte, os princípios ali expostos são interligados e formam um universo ou um instrumento na busca do mesmo objetivo, que é a dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente por meio contexto histórico do *nemo tenetur se detegere*, bem como sua estrita ligação com o Estado de Inocência, que durante a História houve uma árdua batalha até sua consagração como proteção do homem ante as mazelas estatais. Assim, diante de todo o supracitado no trabalho, pôde-se observar que o limite razoável do exercício do *jus puniendi* estatal, principalmente em um Estado Democrático de Direito, onde há primazia acusatória e não inquisitiva como se fazia nos períodos do Medievo, os métodos utilizados durante a persecução penal deverão sempre respeitar o que as normas máximas (aquelas de *status* constitucional) colocam como proteção do acusado. Logo, o que está em jogo, não é apenas os meios que serão utilizados para a atividade punitiva, mas as definições do próprio Estado que se quer ter, ou seja, para a fiel existência do Estado de Direitos em sua plena forma democrática, é necessário que se respeite, ao mais elevado posto, os princípios norteadores em função da dignidade da pessoa humana.

Encerra-se, portanto, este trabalho, com a constatação de que o direito à não autoacusação é um reflexo de um conjunto de normas protetoras da pessoa humana, bem como seu caráter de direito fundamental, demonstrando outra vez sua capacidade de evitar que uma possível agressão estatal possa fazer alguém se incriminar, noutros termos, a vedação à autoincriminação é um modo de se proteger a Dignidade Humana ante os anseios do Estado, vinculando um limite ao *jus puniendi* ou da pretensão punitiva do Poder Público em face do direito fundamental à não autoacusação, dado que o *nemo tenetur se detegere* é uma ramificação assecuratória da própria Dignidade, ou seja, um mecanismo de proteção do indivíduo diante de um possível arbítrio do Estado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. B. M. D. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 6. ed. São

Paulo: Martin Claret, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 Jan 2018.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer; Juarez Tavares, *et al.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, L. D. O. M. **O direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 30. 2016.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MARTELETO FILHO, W. **O direito a não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, G. M. **O direito ao silêncio no processo penal brasileiro**. 1. ed. Caxias do Sul: Educus, 2012.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, M. R. P. D. M. C. D. Princípio Nemo Tenetur se Detegere e os limites a um suposto direito de mentir. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, jan/jun 2010. ISSN 2176-7939. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>>. Acesso em: 22 mai 2018.

SILVA, J. A. D. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States of America. **Fifth Amendment of 1791 of the United States of America Constitution**, 1791. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 15 jun 2018.

VALE, I. P. D. O direito ao silêncio no interrogatório no direito processual penal pátrio e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 929, p. 419-458, mar 2013. ISSN 0034-9275

O SALTO DE TIGRE PARA O PASSADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE CULPA, VIOLÊNCIA E PROGRESSO A PARTIR DO PRINCÍPIO JURÍDICO E CONSTITUCIONAL DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL

José Mauro GARBOZA JUNIOR¹
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA²

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma crítica, através de uma filosofia da história herdeira do pensamento de Walter Benjamin, ao pretensão princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social. Um capítulo será destinado para cada partícula que compõe esse vocábulo, além da introdução e da conclusão: 1) Introdução: apresentação do problema e proposta de resolução; 2) *Princípio*: crítica arqueológica das origens, que consiste em analisar a culpa em seu duplo aspecto de origem e nascimento do direito; 3) *Jurídico e constitucional*: a íntima relação entre direito e violência, ou “violência instituída” e “violência instituinte”; 4) *Não retrocesso social*: crítica do progresso, a partir da caracterização deste como *pretensão, inconcluso e irrefreável*; 5) Ao final, as conclusões. Os objetivos aqui são contrapor a cada partícula ao menos um conceito filosófico – aquilo que seria seu correlato originário –, e demonstrar, a partir dessa oposição, como cada conceito se expressa como seu contrário; e, enfim, como o Direito se apresenta como seu oposto. O método a ser utilizado, portanto, é uma fusão entre o dialético – mostrar, em cada caso, a mesma cena como “Outra” – e o arqueológico – investigar a origem sempre já presente em cada sintagma.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Princípio Jurídico Constitucional do Não Retrocesso Social. Walter Benjamin.

ABSTRACT

The tiger's leap into the past: considerations on guilt, violence and progress from the juridical and constitutional principle of the social regress impediment

The present work consists in a critique, through a philosophy of history inherited from Walter Benjamin's thought, to the pretended juridical and constitutional principle of the social regress impediment. One chapter will be destined for each particle that composes this expression, in addition to the introduction and the conclusion: 1) Introduction: presentation of the problem and proposal of resolution; 2) *Principle*: archaeological critique of the origins, that consists in analyzing the guilt in its double aspect of origin and birth of the law; 3) *Juridical and constitutional*: the intimate relation between law and violence, or “law-preserving violence” and “lawmaking violence”; 4) *Social regress impediment*: critique of progress, from the description of this as *pretended, endless and unstoppable*; 5) In the end, the conclusions. The objectives here are to oppose to each particle at least one philosophical concept – what would be its original correlate –, and demonstrate, from this opposition, how every concept expresses itself as its contrary. The method to be used, therefore, is a fusion between the dialectical – to show, in each case, the same

1 Estudante e pesquisador sob orientação do Prof. Dr. Mauricio de Aquino e sob a co-orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP), Graduação em Ciências Sociais (Licenciatura Plena) pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), graduação em História pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), é membro coordenador do coletivo Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). Tem experiência nas áreas Sociais Aplicadas do Direito, Filosofia do Direito, Teoria do Direito, nas Ciências Sociais da Teoria Sociológica, Antropologia e nas Ciências Humanas da Filosofia, Filosofia Política, Teoria do Sujeito.

2 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

scene as “Other” – and the archaeological – to investigate the always already present origin in each syntagma.

KEY WORDS: Law’s history. Juridical and constitutional principle of the social regress impediment. Walter Benjamin.

1. INTRODUÇÃO

Passado, presente e futuro são horizontes amarrados pela dependência necessária. Não há passado sem presente ou futuro, não há futuro sem presente nem passado, e não há presente sem futuro ou passado. Essas imagens temporais doam-se para os outros espaços virtualmente possíveis de transformação, ou seja, é pelo imaginário construído do passado e pela projeção do futuro que fazemos o tempo presente (e todos os entrecruzamentos possíveis). Isto quer dizer que, para tentar mudar nossa localização e nossa situação, é preciso trabalhar em três frentes: trabalhar com os eventos que já aconteceram, dando a eles uma carga valorativa adequada que vá de acordo com nossos interesses coletivos; montar um esquema de possibilidade dos possíveis que virão a partir do material obtido no presente; e agir na atualidade em busca de rápidas transformações.

A História é aquilo que se propõe a dar testemunho das contingências através do tempo. A importância da história, e principalmente da história do direito, para os estudos contemporâneos não pode ser rebaixada. Nas palavras de Giorgio Agamben:

Pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo aquele que não coincide perfeitamente com ele nem se adequa às suas exigências e é, por isso, nesse sentido, inatual [...]

A contemporaneidade é, assim, uma relação singular com o próprio tempo, que adere a ele e, ao mesmo tempo, toma distância dele; mais precisamente, essa é *a relação com o tempo que adere a ele através de uma dissociação e de um anacronismo*. Aqueles que coincidem muito plenamente com a época, que se ligam em todos os pontos perfeitamente com ela, não são contemporâneos porque, exatamente por isso, não conseguem vê-la, não podem manter fixo o olhar sobre ela.³

Contemporâneo, de acordo com Agamben, é tudo aquilo que está em relação com o seu tempo. Não se trata aqui de simplesmente pertencer ao tempo cronológico tipificado no historicismo, antes, de um tempo que se encontra em sua própria fratura. Estar na fratura e junto ao tempo cronológico (com-temporâneo) é estar naquilo que o apóstolo Paulo nomeia, em *Rm 11, 5*, de *τῷ νῦν καιρῷ* (*to nyn kairós*), o “tempo-do-agora” (*Jetztzeit*). Aquele que está no tempo-do-agora, no *kairós*, percebe na escuridão do cronológico, na fratura, aquilo que lhe diz respeito. E é este anacrônico que urge no – e transforma o – historicismo cronológico.

A representação do tempo só se faz efetiva numa história que cumpra sua vocação de

3 AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo? In: _____. *Nudez*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 22-23.

testemunho das contingências, que seja originariamente não-toda, e que, portanto, não se feche na necessidade historicista. *Tempo operativo* é o conceito que o linguista Gustave Guillaume usa para se referir ao tempo entre a apreensão de uma coisa e sua representação pelo indivíduo. É nesse presente – entre o tempo e a representação do tempo cuja expectativa é o futuro próximo – em que se localiza o contemporâneo. Por esse motivo é preciso tomar muita cautela ao se falar de *não retrocesso* como norma e elencar o *progresso* à sublime categoria de bem-estar: de que futuro se está falando quando se fala de progresso? Como a infundável impossibilidade de retrocesso é sustentável?

A doutrina jurídica define o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* (ou *princípio da vedação ao retrocesso*) como mais uma norma que visa garantir os direitos sociais até então positivados ou, por outra via, aqueles hermeneuticamente alcançados como constitucionais, marcando, assim, sua irrevogabilidade. Um dos maiores exemplos é Pedro Lenza, um nome comercialmente importante no cenário brasileiro, e que teve o livro de direito constitucional mais vendido em 2017. Sobre este tema, Lenza concorda com J. J. Canotilho, considerado por muitos como um dos nomes mais relevantes do direito constitucional da atualidade, ao afirmar que

[...] deve ser observado o **princípio da vedação ao retrocesso**, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*.

Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.

Conforme anotou Canotilho, “o princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição do retrocesso social**. [...] Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”.⁴

Outro exemplo é Felipe Derbli, que dedicou sua dissertação de mestrado – orientada pelo renomado constitucionalista Luis Roberto Barroso – ao princípio em pauta, e que vê em sua finalidade a prevalência do caráter negativo (do *não retrocesso*). Contudo, já em seguida emenda que existe (“em menor escala”) o elemento positivo (do *progresso*) de obrigação de avanço social e dever de ampliação progressiva dos direitos sociais:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social.⁵

4 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 766. Grifo do autor.

5 DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

Dessa forma, o princípio do não retrocesso imbrica-se resolutamente em duas frentes. A primeira delas é a existência da ficção de uma essência nuclear composta pelos direitos já conquistados. A segunda, uma existência ficcional de um aparente movimento progressivo mais amplo (da história) dentro do qual todo o ordenamento deve manter-se relativamente inerte, absolutamente fluindo na mesma velocidade e sentido ditado por esta dinâmica. O grande problema reside nessa complexa submissão ao cronológico, que não é, como dito, sinônimo imediato de contemporaneidade.

Em uma simples e primeira apreensão do próprio nome do princípio já se poderia apontar suas sensíveis falhas fundacionais, isto é, os *conceitos jurídicos abertos*: palavras, sintagmas ou frases que permitem uma amplíssima interpretação, operando como uma quase anomia cujo grau de indeterminação é tal que sua carga semântica tende a aceitar qualquer predicação. Em razão disso, o presente trabalho se propõe a dividir o referido princípio em três partes. Para cada partícula que compõe o princípio do não retrocesso, um paralelo será feito de acordo com os temas análogos relativos à história e à filosofia do direito em uma perspectiva crítica que endossa as contribuições de Nietzsche a respeito da genealogia do direito, de Benjamin no tocante ao poder instituinte e à história, e de Agamben acerca do caráter anômico da lei.

A primeira partícula, (1) *princípio*, será relacionada à *culpa* e à *origem*. A segunda partícula, (2) *jurídico e constitucional*, será relacionada à *violência* e à *potência*. A terceira partícula, (3) *não retrocesso social*, será relacionada ao *progresso*. Na apresentação de cada item será proposta uma inversão, no sentido de que cada partícula apresenta-se como seu oposto – (1) *princípio* como *não originário*, (2) *jurídico e constitucional* como *poder instituinte*, (3) *não retrocesso social* como *progresso técnico-científico que retém*.

2. PRINCÍPIO: CRÍTICA ARQUEOLÓGICA DAS ORIGENS – UMA HIPÓTESE SOBRE A CULPA COMO ELEMENTO ORIGINÁRIO

A atual configuração das questões constitucionais, em particular àquelas que discutem a respeito da natureza e da evolução dos direitos eleitos como fundamentais, trata de classificar suas disposições mais importantes como *princípios*. Dentre o gênero Norma, estão os princípios e regras.

Mesmo que isso tenha uma função ideologizante tipicamente brasileira, cabe indagar se quando se fala de princípios ou de fundamentos, é disso exatamente que se trata. Qual poderia ser a zona de abrangência desse tal princípio tanto para o âmbito constitucional, quanto para a teoria geral do direito e a filosofia do direito? Talvez seja preciso levar a sério a carga semântica contida no vocábulo *princípio* e encará-lo desde o ponto de vista filosófico e conceitual – para, assim, desmontar que essas singelas edificações nas quais vivem apenas os objetos da mais alta

simplicidade.

A palavra *princípio* pode possuir, à primeira vista, uma dupla acepção: uma *histórica* e outra *lógica*. Um princípio histórico que se expressa como primeiro elemento de uma nova série na linha do tempo histórica é dito “cronológico”, e que será denominado também de *nascimento*. Nesse princípio histórico (ou nascimento) do direito, a denominação jurídica mais usual é “constituição *de um direito*”, e seu personagem é o “poder constituinte”. Contudo, parece que, do ponto de vista *do* Direito, seu nascimento é desencadeado pela “culpa”.

Um princípio lógico possui como elemento em sua inscrição qualquer conjunto histórico na linha do tempo a partir de sua exclusão inclusiva⁶ – ou seja, exclui-se, mas mantém-se sempre presente como “fratura” ou “exceção” da história; é dito, portanto, “anacrônico”, e o denominaremos de *origem*. Os princípios guardam consigo, na interpretação jurídica usual, ambos sentidos (tanto histórico quanto lógico) de acordo com os quais todas as regras e sentenças posteriores devem ter por base aquilo que foi estabelecido por eles estando “fundamentalmente presentes” em todo o ordenamento, mesmo que não expressos. É o que norteia a estrutura jurídica, em sua legiferação e em sua aplicação.

O problema das doutrinas jurídicas que estabelecem o princípio como essa dupla gênese do direito, contudo, é que elas passam ao largo daquilo que seria a sua arqueologia, a investigação de sua origem lógico-anacrônica, e sua genealogia, a perquirição de seu nascimento histórico-cronológico. O princípio jurídico em seus cânones espontâneos, longe de ser nascimento ou origem, define-se como um *dispositivo*⁷. Ou seja, uma carga jurídica que se explica pelos seus efeitos e, para tanto, coloca-se *retroativamente* no lugar inicial, como “causa originária”.

Mas, então, quais seriam as causas e efeitos do nascimento e da origem para o Direito? Friedrich Nietzsche se opõe aos genealogistas usuais da moral e do direito – estes que vêem no Direito o dispositivo harmonizador contra o caos e a agressividade dos foras da lei – ao sugerir o nascimento deste (mais precisamente, do castigo por parte do Estado) na *consciência de culpa*. O castigo não é um fim em si mesmo, mas tem seu *procedimento*, duradouro e sempre existente, separado de seu *sentido*, que é fluido e mutável. A imposição do castigo, por sua vez, tem seu nascimento relacionado com o desenvolvimento da consciência e, junto a ela, da memória. No

6 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 24-28: “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 da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. [...] a exceção é, no sentido que se viu, uma *exclusão inclusiva* (que serve, isto é, para incluir o que é expulso) [...]”.

7 A este respeito, cf. AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: _____. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Chapecó, SC: Argos, 2009. p. 40. Na oportunidade, Agamben tenta definir o que entende por dispositivo – *gadgets* que marcam positivamente e subjetivam corpos. “Dispositivo” é, segundo o filósofo italiano, “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.

início do que se pode chamar de humanidade – a saber, no início da “consciência de consciência” – o sentido do castigo não era interpretado como este sendo a causa inicial e anterior da punição, como uma pressuposição de que o causador do dano era um “culpado” e “responsável” que *devia* (pois era um devedor, cuja dívida era convertida em) ser castigado; castigava-se tão somente pela raiva do dano sofrido, e não pela medição do dano.

O desenvolvimento da memória eleva a importância das promessas dos homens, e a índole, a boa imagem social, passa a ser associada à promessa e ao seu cumprimento. A nascente humanidade passa a tomar a consciência como seu próprio instinto, e, ao começar a criar medidas para as coisas, o humano passa a ser um avaliador: avalia o grau de responsabilidade dos outros a partir da confiança que o outro desperta, confiança que só pode ser medida pelo cumprimento de promessas. E a garantia que este ser memorial utiliza para seu fim creditício não é outra senão, nos primórdios do humano, a violência: duras sanções, que se configuram em compensações dos danos causados, e que vão desde alienações de coisas até dano ao corpo do devedor (o contraprazo de fazer doer como resposta ao dano sofrido). Tais sanções violentas causam marcas indeléveis na memória da humanidade. A precisão para se “medir” o dano causado aumenta com o desenvolver da consciência de si do humano, e o artifício de que a pena equivale ao dano, essa equalização dos dois momentos como facilmente avaliáveis e cambiáveis, é então a marca do homem que mede. O que há até aqui é a *consciência de culpa* equivalente ao medo das sanções externas. E *a culpa como dívida advinda de um dano poderia ser posta como o referencial do “nascimento” (cronológico) do direito*.

O mito da estirpe primordial, descrito no aforismo 19 da segunda dissertação de *Genealogia da Moral*, é, por sua vez, o que engendra e transforma a consciência de culpa. A originária comunidade tem, já no início, uma dívida para com seus fundadores: sem o sacrifício e esforço destes pioneiros não haveria nenhum dos laços comunais, a estirpe seria impossível. Ao passo que cresce a comunidade, esta dívida (e a memória da dívida) também cresce, pois os fundadores, na forma de espíritos poderosos, não cessam de proteger e ajudar o agrupamento. A contraprestação da comunidade, com a realização de sacrifícios como tradição dos costumes da estirpe, nunca exaure a dívida, que, à medida que cresce, aumenta também o medo dos comunais frente a esses espíritos, que se transformam em deuses.

A culpa da inadimplência para com a estirpe, a consciência de culpa da humanidade, atinge seu ápice com o monoteísmo cristão. O forçamento de uma inesquecível memória, de um novo costume, através da coerção – em outras palavras, a privação da liberdade e a dívida cada vez maiores – cria, como visto, a consciência de culpa – o medo de Deus. A partir de uma formulação que claramente rendeu frutos a Sigmund Freud, Nietzsche propõe que o instinto de liberdade,

coagido, impedido de se externar devido à coerção social e divina, *volta-se contra o homem* – é por ele interiorizado: este, segundo o filósofo, foi o início da *má consciência*.

Com o declínio do cristianismo como norteador cotidiano das vidas cotidianas, é a moral que vai ocupar seu lugar como *má consciência*. Não é mais apenas uma coerção externa ao instinto de liberdade que está em jogo; ao matar Deus, a culpa volta-se contra o próprio homem, e este passa a ter vontade de ser culpado por uma dívida inextinguível, vontade de estar em um castigo eterno. O homem corporifica para si uma culpa incessante e uma dívida impossível de ser paga. Este novo estado da *consciência de culpa* é, portanto, equivalente ao medo das sanções internas. E *a culpa como má consciência poderia ser posta como referencial da “origem” (anacrônica) do direito*.

Nesse estado, o homem é completamente e a todo momento inibido – seu medo da inadimplência de uma dívida “real” volta-se contra si como a moral que ordena a promessa e a adimplência, moral que internaliza a violência sancionatória contra qualquer dívida. A *má consciência* é, portanto, a consciência de culpa frente não a uma violência externa (jurídica ou pré-jurídica), mas a uma *violência interna*, sem lugar no cronológico, que é o próprio homem, e que opõe a ele mesmo a culpa infundável. Ao aumentar o poder de uma comunidade, no momento em que a má consciência já comanda a psique humana, o perigo das condutas avessas à sociedade tem um potencial subversivo cada vez menor, o que a faz atribuir menos importância a esses desvios. Além disso, ela passa a se opor e a condenar as formas de violência nua até então vigentes, e o faz com a *instituição da lei*: a impessoalidade da coerção normativa desloca a violência de uma punição pessoal e direta para uma punição por infração da lei. A lei mede o que é justo e injusto a partir daquilo que é permitido e proibido. Não só o direito encontra seu *nascimento na culpa* (culpa como dívida), como ele tem sempre já sua *origem na culpa* (culpa como má consciência).

A *origem*, todavia, não é algo que acontece uma vez e rapidamente dá lugar a outra coisa. O sentimento de culpa que provém da interiorização da dívida impossível, é o mal-estar que, na forma de *má consciência* e *violência interna*, está presente e atuante por trás do binômio dívida-pena em todo o decorrer jurídico-histórico. No momento em que se afasta toda possibilidade de pagamento da dívida colossal, o que retorna é o mal-estar: a sempre presente origem. A origem, do grego *αρχή* (*archê*), é a história mais antiga que assina a história, ou, inversamente, a *história mais antiga* “é uma *archê*, porém uma *archê* que, como em Nietzsche e em Foucault, não é reenviada diacronicamente ao passado, mas que assegura a coerência e a compreensibilidade sincrônica do sistema”⁸.

Engana-se quem pensa esta origem arcaica como mera abstração, ou como um símile do estado de natureza.

8 AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum*: Sobre el método. 1. ed. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010. p. 125.

Não é possível [...] um estudo da *arché* fora do estudo da história imanente, fora do dado. Não se trata, portanto, de uma idealidade abstrata ou de um princípio transcendente. A *arché* está presente na totalidade propriamente dita, e aquilo que lhe serve de objeto de estudo é chamado de *paradigma*. Paradigma é um conceito que Agamben resgata principalmente de Foucault e que o filósofo italiano utiliza de forma recorrente em diversas de suas obras. *Paradeigma* (do grego παράδειγμα), em que *para-* significa “ao lado” e *-deigma* significa “mostrado”, “mostrado ao lado”. A tradução latina para *exemplum* mantém o mesmo sentido. O paradigma, ou o exemplo, é aquela parte do conjunto que se põe ao lado, e, ao fazer isso, deixa de ser particularidade para exibir a singularidade de todos os demais elementos.⁹

A *culpa* é, portanto, um paradigma: na tensão de sua apreensão meramente jurídica, encontramos seu sentido originário de consciência de culpa primordial. Com a tradição da *arché*, é possível vislumbrar um excesso de significação da origem, e uma impossibilidade de coincidência de *origem* e *nascimento*. Existe uma barreira intransponível entre o signo originário-anacrônico e o signo nativo-cronológico, e essa barreira é a própria origem que opera como *má consciência* e *violência interna*. O que falta à história do direito é o “reconhecimento da impossibilidade dessa transição e, portanto, uma assunção do excesso de significação de todo significante e da morte da *tradição* de todo significado”¹⁰.

Não é por um acaso que o primeiro trabalho de Schmitt seja inteiramente dedicado à definição do conceito jurídico de culpa. O que de imediato impressiona neste estudo é a determinação com que o autor recusa qualquer definição técnico-formal do conceito de culpa, para caracterizá-lo em vez disso em termos que parece à primeira vista antes morais que jurídicos. De fato, a culpa aqui é (contra o antigo adágio jurídico que afirma ironicamente que “não existe culpa sem norma”) antes de tudo um “processo da vida interior” (*Vorgang des Innerlebens*), isto é, algo de essencialmente “intrasubjetivo” (*Innersubjektives*) (Schmitt, 1910, p. 18-24), qualificável como uma genuína “*má vontade*” (*bösen Willen*), que consiste no “posicionamento consciente de fins contrários àqueles do ordenamento jurídico” (Ibidem. p. 92). [...]¹¹

Não seria o conceito de culpa em Carl Schmitt correlato, em um certo sentido, à *má consciência* nietzscheana? É claro que, no entanto, Schmitt vê no ordenamento jurídico a possibilidade de refrear essa culpa, traduzida como “*má vontade*”. Pensando no problema da culpa de modo análogo, Kelsen afirma que é “altamente significativo que a palavra grega para causa, αἰτία, originariamente significasse o mesmo que culpa: a causa é culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito”.¹²

Estas duas últimas formulações – schmittiana e kelseniana – permitem uma visualização mais precisa do problema relativo a *um começo*: de um lado (1) a impossível culpa recalcada que se expressa na traumática *má consciência* e em sua adjunta *violência interna*, de outro (2) os

9 LIMA, Lucas Bertolucci B. de. *Assinatura de um sujeito qualquer*: dispositivo, campo e potência em Giorgio Agamben. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 26.

10 LIMA, Lucas Bertolucci B. de. *Assinatura de um sujeito qualquer*: dispositivo, campo e potência em Giorgio Agamben. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 30.

11 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: O poder soberano e a vida nua. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 34-35.

12 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 60.

instrumentos mnêmicos e históricos de castigo que dão positividade à Lei (contra o pano de fundo velado da culpa inacabável). A culpa deve, portanto, ser apreendida não só como dívida impossível subjetivada internamente (origem), mas também como causa-efeito do castigo e do direito (nascimento). Conclui-se, a partir disso, que o *princípio* estaria muito mais próximo do sentido denotativo de *jurídico e constitucional* – relativo ao direito instituído –, como a norma que sustenta e mantém a culpa originária, do que propriamente dos conceitos de *nascimento* e *origem* aqui estabelecidos.

3. JURÍDICO E CONSTITUCIONAL: A ÍNTIMA RELAÇÃO ENTRE MEIOS E FINS – DIREITO E VIOLÊNCIA

Os adjetivos *jurídico* e *constitucional* não podem deixar de aparecer em matéria da dogmática jurídica, muito menos no que tange aos princípios. Já tendo a relação entre a *origem* e o *nascimento* do direito – ou do *jurídico e constitucional* – sido tratadas no capítulo anterior, no presente capítulo será investigada a relação entre a *origem* e o “nascido”. Recorde-se que a dívida originária é “excluída” (internalizada) de tal forma que sua exclusão dá lugar ao direito, e este mantém sempre já presente a sua origem na forma da *má consciência* (e de sua anexa *violência interna*), o mal-estar da dívida eterna. A questão agora é que esta *má consciência* – que se expressa na vontade do homem de crer-se castigado e na incomensurabilidade entre qualquer castigo e sua culpa –, cujo sujeito culpado sabe-se irrevogavelmente em uma dívida e em um castigo eternos, também pretende que o Direito judicialize toda forma de violência, chame ao poder do Estado toda forma de violência possível, para que ele mantenha um “pacífico” controle sobre tudo. As doutrinas jurídicas, no entanto, se afastam da arqueologia necessária para que se observe a *arché* dentro do direito, e o *jurídico e constitucional*, no vocabulário jurídico habitual, funciona também como um dispositivo, como um gerenciador daquilo que está de acordo ou não com o direito. Mas o que significa estar de acordo com o direito?

A fim de resolver a aparente contradição entre naturalistas – “todo meio é legítimo se o fim for justo” (pois é um direito natural que rege a justiça) – e positivistas – “todo fim é justo se o meio for legítimo” (pois é um direito positivo, i. e. “legítimo”, que rege a justiça) – Walter Benjamin propõe que se houver um *reconhecimento histórico universal* de determinado fim, este será um fim “de direito” (legítimo), e, se não o houver, este será um fim “natural” (ilegítimo). E todo o uso de violência como meio é ilegítimo, a não ser quando é mediado pelo Estado, quando é legitimado juridicamente. Essa tautologia que diz “(o fim) legítimo é (resultante de um meio) legítimo” evidencia um aspecto muito importante do direito positivo. Muito mais que evitar fins ilegítimos, o que o ordenamento quer evitar é o meio não mediado pelo direito, a violência (*Gewalt*, também

traduzida para “poder”) fora do monopólio estatal. Não à toa, o direito passa a exercer sua normatização inclusive em meios não violentos que possam vir a causar alguma reação violenta, como é o caso do direito à greve – concessão da greve, desde que essa nunca seja geral, seja sempre organizada etc. – com o fim de evitar turbacões por parte dos trabalhadores.

Ao lado da violência mediada com o fim explícito de manter o Estado de direito, existe a agressiva violência instituidora. Este segundo aspecto da violência pode ser visto com maior clareza tanto na ação policial quanto na pena de morte. Nesta última, inclusive, evidencia-se claramente o “poder sobre a vida e a morte que se manifesta na ordem jurídica”.¹³ Não apenas o Direito, o fim desta violência é a *instituição do Direito como sua marca indelével*.

É no poder do herói do mito que Benjamin encontra o arquétipo do Direito. O mito é enredado pelo destino sempre já tramado, e a violência do herói contra a Lei acaba sempre se enroscando – ou melhor, a mostrar-se que já estavam enroscadas – nas linhas das Moiras.¹⁴ Analogamente, a função da violência instituinte é dupla, pois ao mesmo tempo em que se propõe a dissipar-se para instituir algo novo – o Direito – como seu fim,

[...] a violência não abdica, mas transforma-se, num sentido rigoroso e imediato, em poder instituinte do Direito, na medida em que estabelece como Direito, em nome do poder político, não um fim livre e independente da violência, mas um fim necessária e intimamente a ela ligado. A instituição de um Direito é instituição de um poder político, e, nesse sentido, um ato de manifestação direta da violência. A justiça é o princípio de toda instituição divina de fins, o poder político, o princípio de toda instituição mítica de um Direito.¹⁵

Não seria esta violência que institui o Direito e se mantém como violência correlata daquela violência interna da má consciência? De um lado, a violência moral individual – seu objetivo é manter viva a culpa e o castigo eternos (consciência de culpa) –, de outro lado, a violência instituinte jurídica – seu objetivo é manter o monopólio da violência. Ambas, portanto, constituem a sempre já presente *origem*, a *culpa* e a *violência* como aquilo que trava uma relação de exceção com o direito: sujeito *sempre já* culpado, lei *sempre já* violenta. Ser “sempre já culpado” pode ser interpretado como “estar ao abandono da lei”. Nas palavras de Jean-Luc Nancy (*O Imperativo categórico*, 1983):

Abandonar é remeter, confiar ou entregar a um poder soberano, e remeter, confiar ou entregar ao seu *bando*, isto é, à sua proclamação, à sua convocação e à sua sentença. Abandona-se sempre a uma lei. A privação do ser abandonado mede-se com o rigor sem limites da lei à qual se encontra exposto. O abandono não constitui uma intimação a comparecer sob esta ou aquela imputação da lei. É constrangimento a comparecer absolutamente diante da lei, diante da lei como tal na sua totalidade. Do mesmo modo, ser

13 BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: _____. *O anjo da história*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 68.

14 Na mitologia grega, as Moiras eram três irmãs tecelãs que fabricavam, teciam e cortavam o fio da vida de todos os indivíduos, e com isso determinavam o destino dos humanos e dos deuses.

15 BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: _____. *O anjo da história*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 77.

banido não significa estar submetido a uma certa disposição da lei, mas estar submetido à lei como um todo. Entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado de qualquer jurisdição... O abandono respeita a lei, não pode fazer de outro modo.¹⁶

O poder-violência, no entanto, necessita do mito do “novo direito” para existir – ele só pode existir através dele. Essa lógica não só faz do estabelecimento de limites por meio do direito instituído um sinônimo de “paz” contra o pano de fundo de todas as guerras, como também engendra a “expição”, ou seja, a punição do infrator das *regras não escritas*. Nisso consiste o *destino* do poder mítico: todo o acolchoado de relações já está necessariamente colocado, mas – como as vidas pré-nascidas testemunhadas por Er, que escolhem seu destino e o esquecem antes de nascer – grande parte é invisível aos sujeitos de direito, que, por conta disso, a denominam de *exceção*.

É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que, do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem ser senão *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, como meios para criar *maiores* unidades de poder.¹⁷

A vida humana pode ser tomada como “vida sagrada” perante o direito, e esta vida sacra não passa de um suporte da culpa (*Schuld*, também traduzível como “dívida”), que Benjamin chama de “vida nua” (*das bloße Leben*). E no que tange a esta culpa, Nietzsche enfatiza que na medida em que o “credor” se torna mais rico, ele se torna sempre mais humano.¹⁸ Por essa razão, o direito, ao mesmo tempo que se utiliza de meios violentos, tem como fim a legitimação retroativa desses meios – a manutenção do aspecto “sagrado” – ou “humano” – da vida, que se traduz na manutenção da culpa. Em referência ao primeiro trabalho de Schmitt, *Sobre culpa e tipos de culpa*, de 1910, Agamben aponta, em seu já parcialmente citado excursão, que

[...] Não é possível dizer se Benjamin teria conhecimento deste texto enquanto escrevia *Destino e caráter* e *Pela crítica da violência*; é fato, porém, que a sua definição da culpa como conceito jurídico originário indevidamente transferido à esfera ético-religiosa está perfeitamente de acordo com a tese de Schmitt – ainda que em uma direção decididamente oposta. [...]¹⁹

O *jurídico* e *constitucional*, portanto, não está da perspectiva do indivíduo sujeito ao direito sempre em ato. Por não estar abandonado ao destino, mas *ser o próprio destino*, o *Gewalt* mítico é, em sua forma de poder instituinte, o que Aristóteles define por *αδυναμία* (*adynamia*), e que Agamben traduz não só como “impotência”, mas também como “potência de não”. “*Τοῦ αὐτοῦ καὶ κατὰ τὸ αὐτὸ πᾶσα δύναμις ἀδυναμία*”,²⁰ excerto da *Metafísica* que Agamben traduz para “toda

16 NANCY, 1983 apud AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 64.

17 NIETZSCHE, Friedrich W. Segunda dissertação: “Culpa”, “má consciência” e coisas afins. In: _____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 65.

18 NIETZSCHE, Friedrich W. Segunda dissertação: “Culpa”, “má consciência” e coisas afins. In: _____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 62.

19 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 34-35.

20 ARISTÓTELES. *Metafísica*. 1.ed. Edição bilingue. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 396.

potência é impotência do mesmo e em relação ao mesmo”,²¹ é o trecho inicial que indica uma relação entre *δύναμις* (*dynamis*) e *αδυναμία* (*adynamia*). Mas é na análise de outra aparição destes termos que se funda a interpretação que nos interessa. Mais à frente, Aristóteles escreve que “é potente aquilo, para o qual, quando se realiza o ato do qual se disse ter a potência, *nada será de potente não ser*”.²² Este final (*οὐθὲν ἔσται ἀδύνατον*), de acordo com o filósofo italiano, deve ser interpretado não como uma tautologia usual (“se tudo é possível nada é impossível”), mas como o indicativo de que a potência que se atualiza deixe de ser potência de não, mas não deixa de ser potência.

Se a *δύναμις* (*dynamis*) é a potência, ou possibilidade, que um determinado ser tem de se atualizar em uma obra – um *ἔργον* (*ergon*) – sua “potência de não” é a possibilidade de não se atualizar, de não constituir-se como tal ou qual obra. Isso quer dizer que o direito pode-se recolher enquanto ato – enquanto poder constituído – para manter-se como potência; em outras palavras, pode suspender a lei e, ainda assim, legitimar esta suspensão como jurídica, retroativamente determinar que nunca houve tal aparente suspensão. Em decorrência disso, o *jurídico e constitucional* estaria muito próximo ao sentido denotativo de *princípio* – relativo à origem –, como a violência que institui o direito e que se mantém como direito.

4. RETROCESSO SOCIAL: NOTA DE GIORGIO AGAMBEN SOBRE DESTINO E CARÁTER DE BENJAMIN – CRÍTICA DO PROGRESSO

Retrocesso social está intimamente conectado, ao menos em seu sentido jurídico, ao bem estar da sociedade, posto que não retroceder socialmente é manter vigentes as conquistas jurídicas de um corpo social. O que está em jogo aqui é o lado obverso do *não retrocesso social*, que é o *progresso*. A palavra *progresso* tomada como antônimo do *retrocesso social* possui um sentido também imediatamente social. Ela carrega o significado de que a sociedade *apenas progrediu* de tempos longínquos para cá: o humano passou a se organizar de modo cada vez mais eficaz após a revolução neolítica, o que se traduziu em avanços sociais; formas de estado cada vez mais abrangentes e sistemas políticos e econômicos cada vez mais complexos fizeram parte do progresso; o cientificismo explosivo das últimas três revoluções industriais seria prova “irrefutável” de como o progresso apenas auxilia na vida cotidiana, facilitando em grande escala as tarefas e as comunicações. E a forma jurídica, enquanto administração da culpa e da dívida, sempre esteve ao lado dos avanços tecnológicos, como um resumo da organização das relações entre indivíduos em cada momento da história. Portanto, o não retrocesso do direito pode ser visto como a manutenção

21 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 51.

22 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 52, grifo nosso.

de um pretensão bem estar que o progresso teria trazido até então, impedindo os homens de voltarem a impor significações da lei que coadunem com o passado jurídico.

O problema é que há um vício interpretativo que relaciona o progresso das tecnologias com o progresso social, e faz do progresso um progressismo. Três são as características desse progresso “socialdemocrático” que Benjamin denuncia em sua décima terceira tese *Sobre o conceito da História*: (1) o conceito de progresso parte de *uma pretensão dogmática*, por considerar-se o progresso como sendo o da humanidade, e não meramente o do conhecimento humano; (2) o progresso nunca estaria concluído, seria *inconcluso*; (3) o progresso seria *ininterrupto*. A ideia de progresso do humano ao longo da história seria, na verdade, a ideia de *progressão* da humanidade no decorrer de um tempo vazio e homogêneo.

Sobre o primeiro ponto (1), o progresso como *pretensão dogmática*, é preciso esclarecer exatamente *o que* da História progride e não progride e *como* esta progressão se engessa na ideia de progresso. O *progresso* enquanto progresso do conhecimento humano deixa fora de si os retrocessos da sociedade, e o que a vontade de não retrocesso social teme é que esta cisão seja exposta, que o progresso deixe por um instante de ser o fantoche da progressão. O anverso obscuro do progresso como tradição da humanidade é seu calcamento na “escravidão anônima de seus contemporâneos”,²³ a impossibilidade de transmissão da tradição dos oprimidos de que Benjamin fala na oitava tese. Se, por exemplo, da evolução do trabalho fabril pode-se obter a ideia de progresso, o pano de fundo da exploração capitalista – o aumento de lucro advindo da substituição do trabalhador humano por máquina, que aumentou a desigualdade social; a diminuição relativa de trabalhadores em decorrência do aumento relativo das máquinas etc. – é o retrocesso social ignorado pelo direito. E mais, podemos arriscar uma analogia (ou mais que isso) e dizer que este contingente de retrocesso social – sem o qual o progresso não poderia existir – é invólucro daquele fenômeno que Marx denomina de fetichismo da mercadoria. Toda progressão da história da humanidade, por piores que sejam seus efeitos colaterais, é naturalizada, fantasiada como necessária – da mesma forma que o valor é fantasiado como natural dos valores de uso –, historicizada como um vendaval chamado *progresso*.

No que tange ao segundo ponto (2), o progresso como *inconcluso*, Benjamin vê a empatia que o historicismo tem para com o vencedor dos tempos históricos como o paradigma do progresso. A empatia em relação ao vencedor favorece sempre aqueles que detêm o poder, e estes são os herdeiros de todos os que foram vencedores antes deles, num *continuum* histórico. É a própria ideia do progresso que o mantém indefinidamente, sem pretensão de fim. Pode-se perceber uma

23 BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: _____. *O anjo da história*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 13.

ressonância do *κατέχων* (*katechon*) presente em 2 Tess. 2, 6-7, em que Paulo se refere àquele que retém (*to katechon*) o mistério da anomia. Esta passagem, segundo Agamben²⁴, consiste numa cena de três personagens: o *katechon*, o *homem da anomia* e o *messias* (a interpretação mais recorrente dos padres dos séculos II e III identificava o *homem da anomia* com o Anticristo). A função do *katechon* é manter velada a ausência de lei do Anticristo, ao passo que o papel do messias é desvelar, expor, trazer à luz, esta anomia. Não nos afastaremos de Benjamin se identificarmos seu *progresso* com o *katechon*; tal como o objetivo deste é postergar o fim da história (o apocalipse) para manter a anomia – e, não por acaso, Agamben o reconhece na Igreja, no Estado e na Lei – a função do *progresso* é refrear perpetuamente a transmissão da tradição da História e, com isso, manter vigente o historicismo. A História, muito além da ideia de progressão, compõe-se do *Jetztzeit* (tempo do agora), um presente no qual estão inseridos estilhaços do messiânico; um presente que é não só tempo, mas também paragem, suspensão do tempo, experiência do passado. O que resulta do progresso é um passado formado por um amontoado de ruínas.

Acerca do terceiro ponto (3), o progresso como *ininterrupto*, a citação de um dos mais icônicos excertos benjaminianos – a nona tese *Sobre o conceito da História*, é claro – se faz imprescindível:

Há um quadro de Klee intitulado *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece preparar-se para se afastar de qualquer coisa que olha fixamente. Tem os olhos esbugalhados, a boca escancarada e as asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Voltou o rosto para o passado. A cadeia de fatos que aparece diante dos nossos olhos é para ele uma catástrofe sem fim, que incessantemente acumula ruínas sobre ruínas e lhas lança aos pés. Ele gostaria de parar para acordar os mortos e reconstituir, a partir dos seus fragmentos, aquilo que foi destruído. Mas do paraíso sopra um vendaval que se enrodilha nas suas asas, e que é tão forte que o anjo já não as consegue fechar. Esse vendaval arrasta-o imparavelmente para o futuro, a que ele volta as costas, enquanto o monte de ruínas à sua frente cresce até o céu. *Aquilo a que chamamos o progresso é este vendaval.*²⁵

Dessas três abordagens do progresso, assim como do caráter do direito como violência instituinte e do caráter do direito como culpa originária, é possível tomar o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* como o paradigma desta referida *culpa*, desta mencionada *violência*, e do acima investigado *progresso*. A partir disso, Agamben afirma, novamente em referência ao conceito de culpa no texto de Schmitt de 1910, o que se segue:

[...] Dado que, enquanto para Benjamin trata-se precisamente de superar o estado de existência demônica, do qual o direito é um resíduo, e de liberar o homem da culpa (que não é outra coisa senão a inscrição da vida natural na ordem do direito e do destino), à frente da reivindicação schmittiana do caráter jurídico e da centralidade da noção de culpa não está a liberdade do homem ético, mas somente a força refreadora de um poder soberano (*katékhon*) que, no melhor dos casos, pode apenas retardar o domínio do Anticristo. Uma convergência análoga se tem com a relação ao conceito de caráter. Também Schmitt,

24 AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos*. 1. ed. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Ed. da UFSC, 2015. p. 40-44.

25 BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito da História*. In: _____. *O anjo da história*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 13-14, grifo nosso.

como Benjamin, distingue claramente caráter e culpa (“o conceito de culpa” – ele escreve – “tem a ver com um *operari*, e não com um *esse*”: Ibidem. p. 46). Em Benjamin, todavia, é justamente este elemento (o caráter enquanto escapa a toda vontade consciente) a apresentar-se como o princípio capaz de liberar o homem da culpa e de afirmar a sua natural inocência.²⁶

O caráter é oposto, por Benjamin, ao destino, de tal forma que é aquilo que foge a qualquer expectativa para a qual se estava predestinado. Seu personagem é o herói cômico, o anti-herói do palco da comédia; e o caráter não se mostra, nesse sentido, como qualidade moral, mas como ação trágica que é refletida no palco como ação cômica, e que consegue quebrar a rede da culpa do destino.²⁷ O *caráter* benjaminiano, que escapa a toda vontade consciente, aproxima-se do que Agamben chama de “inesquecível”; aquilo com o qual deve sempre ser mantida uma relação, a sempre já presente origem “mítica” – que neste contexto quer dizer nada menos que “constitutivamente violenta” – do destino.

O que torna histórica toda história e transmissível toda tradição é, precisamente, o núcleo inesquecível que essa traz dentro de si. A alternativa aqui não é entre esquecer e lembrar, ser inconsciente e tomar consciência: decisiva é apenas a capacidade de permanecerem fiéis àquilo que – mesmo incessantemente esquecido – deve permanecer inesquecível, exige permanecer de algum modo conosco, de ser ainda – para nós – de algum modo possível.²⁸

Uma palavra dentre as demais se destaca nas cartas de Paulo: *Katargein*. Ela aparece a partir de suas variações em apenas 27 ocorrências no Novo Testamento, e 26 destas estão nas Cartas. Dentre elas, algumas merecem ser apontadas, como 1 *Cor* 15, 24 (“então o fim [virá], quando [o Cristo] entregará o reino ao Deus e pai, quando *tornará inoperante* (*καταργήση*) todo principado e toda autoridade e poder”) e *Rm* 3, 31 (“*Tornemos inoperante* (*καταργοῦμεν*), portanto, a lei através da fé? De modo algum! Antes, mantenhamos a lei firme”). A ação do Messias é tornar algo inoperante; este ato descrito por Paulo, como demonstra Agamben, apresenta uma relação com a díade aristotélica da potência (*dynamis*) e ser em ato (*energeia*), posto que, assim como a potência é também potência de não (estar em ato), *katargein* é tornar uma obra (um *ergon*) inoperosa, torná-la uma não obra (um *argos*). Mas muito mais do que mera desativação, o referido léxico carrega consigo uma oposição entre “desativação” e “cumprimento”, ou de cumprimento de algo através de uma desativação. Por esse motivo, Lutero traduziu o *katargein* paulino para *Aufhebung*, palavra que alguns anos mais tarde, Hegel, um cristão luterano, vai utilizar para descrever sua dialética (e que é

26 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 34-35.

27 Não seria o pai de família de *Um violonista no telhado* um exemplo do personagem cômico que põe fim à culpa? Tevye (Chaim Topol) é um autoritário pai de uma família judia de um pequeno vilarejo, cuja principal ambição é manter a tradição de sua crença e de seus costumes – no caso do filme, em específico, a tradição do casamento arranjado de três de suas filhas. Contudo, quando interpelado por cada uma delas – que declaram a ele seu amor por outros pretendentes, não combinados conforme a tradição –, acontece um cômico monólogo utilitarista (“por um lado...por outro lado...”) que se encerra com a permissão. A culpa da insuportável quebra da tradição é revertida, pela ação cômica, na própria transmissão da tradição.

28 AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: Um comentário à carta aos Romanos*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 54.

traduzida para o português como “suprassunção”, por poder significar, ao mesmo tempo, “supressão” e “assunção”).

Existe uma inapreensibilidade do agora constitutiva do humano, e é essa inapreensibilidade, este deslocamento entre o tempo e sua representação, que constitui o tempo operativo, o tempo-do-agora messiânico. Tornar inoperante não é, portanto, o impossível (o “inapreensível”), mas a assunção da inapreensibilidade, o desvelamento das faltas no progresso histórico. É este tempo que se mantém como a origem (a “infância”) da história em seu decorrer:

Por isso a história não pode ser o progresso contínuo da humanidade falante ao longo do tempo linear, mas é, na sua essência, intervalo, descontinuidade, *epoché*. Aquilo que tem na infância a sua pátria originária, rumo à infância e através da infância, deve manter-se em viagem.²⁹

Não é por acaso que no versículo seguinte àquele do *katechon*, na segunda carta aos Tessalonicenses acima referida, apareça a palavra *καταργήσει* (*katargése*). 2 Tess 2 se resume, como dito, em uma cena de três personagens: o Messias,³⁰ o Homem da anomia e o *Katechon*. Nele é descrito que o *katechon* possui a função de reter a anomia, o que deu azo à controvertida interpretação schmittiana de que o *katechon* – representado pela Igreja e secularizado na figura do Estado – seria aquilo que evita a ausência de lei, possuindo, então, um papel positivo. No entanto, o ponto chave para a interpretação do excerto é a passagem de 2 Tess. 2, 7 que diz “de fato, o mistério da anomia já *está em ato* (*ἐνεργεῖται*)”, e que revela que a anomia não só já existe, mas é resguardada pelo *katechon*. Este retém, em verdade, o vir à luz da anomia da Lei – assim como o vir à luz da não transmissão da tradição da História –, e o papel do Messias é tornar inoperante este dispositivo de retenção ao revelar a anomia sempre já existente (da mesma forma que a *Aufhebung* hegeliana é uma mudança de perspectiva para revelar um Absoluto sempre já existente).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um dos últimos capítulos de *O processo*, de Franz Kafka, K., o protagonista, entra em uma igreja e conversa com um padre, e este lhe conta uma lenda. A lenda é sobre um camponês que gostaria de adentrar aos portões da lei, apesar de o guarda à sua frente jamais lhe conceder a entrada; ele afirma, desde o começo, que no momento sua entrada é proibida, mas que pode ser que haja uma eventual permissão. Durante toda a sua vida o camponês estuda a sentinela, e tenta agradar-lhe para que esta o deixe passar, o que nunca acontece expressamente. O guarda o desanima

29 AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história: Destruição da experiência e origem da história*. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005. p. 65.

30 A palavra *Χριστοῦ* (*Christou*), tradução para o grego do hebraico *mašiah* (Messias), não aparece neste capítulo, mas o que se tem aqui é o composto *κύριος Ἰησοῦς* (*kyrios Iesou*), “senhor Jesus”. Acontece que, no vocabulário de Paulo, o sintagma *Christou Iesou* normalmente vem acompanhado do termo *kyrios Iesou*, de forma que ambos possuem a mesma carga semântica.

ao afirmar que ele é apenas o primeiro e mais fraco – apesar de poderoso – dos muitos guardas da Lei; e durante toda a vida do camponês, o porteiro mantém frente a este uma postura de indiferença, como quem, de tão poderoso, não se importa com a insignificância do homem do campo. O homem, no entanto, não para de estudar a sentinela, e, de tanto o fazer, esquece-se dos demais guardas, “parece-lhe que o primeiro é o único que o impede de adentrar à Lei”.³¹ Ao final de sua frustrada vida, em seu leito de morte, o camponês faz uma importante pergunta ao guardião:

Finalmente sua vista enfraquece e ele não sabe mais se é realmente noite ao seu redor ou se seus olhos o enganam. Mas agora *distingue na escuridão o brilho de uma luz que cintila através das portas da Lei*. Não tem muito tempo de vida mais. Antes da morte, todas as suas lembranças vêm concentrar-se no seu cérebro para impor-lhe uma pergunta que ainda não formulara. E, não podendo erguer seu corpo enrijecido, faz sinal ao guarda para que se aproxime. O guarda vê-se obrigado a inclinar-se muito sobre ele, pois a diferença de altura entre um e outro mudara enormemente. “O que é que você ainda quer saber?”, pergunta. “Você é insaciável.” “Se todo o mundo procura conhecer a Lei”, diz o homem, “como é possível que há tanto tempo ninguém além de mim lhe peça para entrar?” O guarda vê que o homem está às portas da morte e, para alcançar seu tímpano morto, berra-lhe ao ouvido: “Ninguém além de você tinha o direito de entrar aqui, pois esta entrada foi feita apenas para você, agora vou embora e fecho a porta”.³²

Longe de uma interpretação quiçá mais usual da lenda kafkiana – a de que o camponês seria o excluído da lei tentando atravessar seus portões para adentrá-la – o conto permite outras abordagens. Se a perspectiva for transferida dos olhos do homem do campo para os olhos do guardião, o que se percebe é não mais o ponto de vista entre Lei e Fora da Lei, mas o ponto de vista da Culpa/Violência/*Katechon* – a trama do destino. Neste lugar, o jurídico-histórico tem no seu olhar o olho submisso do pobre camponês refletido para si, e o homem fora da lei é visto como sempre já na Lei, pois não há um fora da lei. É isso que Agamben quer dizer com uma exclusão da e, ao mesmo tempo, inclusão na Lei; só existe exclusão da Lei da perspectiva daquele que se vê, potencialmente ou não, fora dela – o Soberano sempre vê tudo e a si mesmo como Lei. Em outros termos, aquilo que se exclui para dar lugar à Lei – a violência – é, no mesmo ato, reinserido na Lei, transformado em Direito, por mais que, da perspectiva do campônio, esta violência jurídica se apresente como exceção extrajurídica.

A fim de organizar e concluir, façamos um epítome de tudo o que foi visto em todo o texto. As ideias guias expostas na introdução contextualizaram o princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social ao conceito de *contemporâneo*, e explicaram como se daria o desenrolar da pesquisa. A crítica da palavra *princípio* relacionou esta, que significa “fundamento” ou “começo”, com os conceitos de *origem* e *nascimento* a partir do conceito de *culpa* presente na *Genealogia da Moral* de Friedrich Nietzsche. Mostrou-se que *princípio*, em seu sentido jurídico, distancia-se significativamente daqueles que seriam os inícios histórico e anacrônico do direito, e que o

31 KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Clube do Livro, 1985. p. 162.

32 KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Clube do Livro, 1985. p. 162, grifo nosso.

princípio jurídico seria, verdadeiramente, um dispositivo.

A crítica do sintagma *jurídico e constitucional* confrontou este com o conceito de *Gewalt*, de Walter Benjamin, que significa tanto *poder* quanto *violência*; apontou-se que o *jurídico e constitucional* é muito mais achegado à violência que institui o direito e à exceção que propriamente ao jurídico-positivo. Demonstrou-se, ainda, como o conceito aristotélico de *potência* é um possível paradigma para o Direito, como aquilo que pode se suspender e manter-se no poder como violência.

Na crítica da expressão *não retrocesso social*, finalmente, esta foi oposta ao conceito de *progresso* presente nas *Teses sobre o conceito de História* de Benjamin, definido como *pretensamente social, inconcluso e irrefreável*. Neste contexto, foi ainda abordado o conceito de *katechon* presente nas cartas de Paulo de Tarso, relacionando-o não apenas à crítica ao progresso, mas também à crítica ao direito.

Em vista do exposto, resta que o *princípio* não faz jus ao seu significado cronológico de início histórico, ou a seu significado anacrônico de fundação originária. O *jurídico e constitucional*, outrossim, não coaduna com seu ser em ato, posto que apresenta-se como exceção e violência instituinte. O *não retrocesso social*, da mesma forma, expõe-se, na realidade, como o vendaval sem fim e sem freio da ciência e da progressão histórica, e tem na locução “progresso social” uma marionete que atua em seu nome. E o *princípio jurídico e constitucional do não retrocesso social* não pode ser outra coisa além de seu oposto, a violenta culpa originária e excepcional da retenção do progresso social.

A saída hermenêutica para quaisquer problemas envolvendo princípios é, obviamente, limitar-se a interpretá-los com uma generosa abertura contextualizante, que possibilita, ao tomar o ordenamento jurídico em seu conjunto, relativizar sua força normativa e justificar suas decisões. E o princípio em pauta é aplaudido por constitucionalistas e demais juristas quando, na verdade, só o que se faz é utilizá-lo para nomear, como um grande arquivo jurisprudencial, aquilo que do ponto de vista e dentro do estrito âmbito jurídico-positivo se entende por *progresso* e por *social*. Por este motivo, o presente trabalho teve como objetivo tomar o referido princípio, aparentemente amplo em sua proposta, como paradigma do Direito, ou seja, como uma *inclusão exclusiva*: aquilo que ao se expor absolutamente, expõe todas as nuances e singularidades veladas pelo conjunto – em outras palavras, expõe tudo aquilo que se esconde no ordenamento jurídico: a *culpa*, a *violência* e o *katechon*. O novo desafio constitucional, por sua vez, é, no lugar de desvios hermenêuticos e panprincipologismo, repensar a constituição: não a constituição como “lei maior” de um Estado, mas como a própria constituição política da vivência em comum.

E a meditação sobre o que seria uma constituição política só se dá com a prévia reflexão

sobre o complexo obverso do jurídico. Por esta razão, faz-se imprescindível uma breve passagem por cada capítulo, tomando-se como ponto de vista o não-lugar entre cada sintagma e seu oposto, o intervalo do tempo operativo.

Da crítica ao princípio do capítulo 2 pode-se absorver que, a partir da noção de culpa como origem e nascimento do Direito, toda mítica contratualista de uma instituição voluntária e geral do direito por parte dos homens só pode ter lugar se por “voluntária” quer-se referir às consciências de culpa que internalizaram o medo da dívida como má consciência. E não existe crítica do Direito sem que antes haja uma crítica da moral culposa. O contemporâneo ocupa o lugar desta crítica, como aquilo que percebe e interage com a origem anacrônica no interior da descontínua cronologia jurídica.

Em relação à crítica ao jurídico e constitucional do capítulo 3, depreende-se que a violência que põe o direito equivale ao poder jurídico constituído, e que este caráter mítico da violência instituinte, que aparenta criar um “novo direito”, tem seu destino retroativamente traçado pelo ordenamento instituído, que abarca para dentro de si – e monopoliza – toda violência. Perceber a potência suspensiva e violenta do Direito incluso como a sempre presente exceção é a atitude crítica do tempo-do-agora

No que tange à crítica ao não retrocesso social do capítulo 4, revelou-se como o problema do Direito está enodado junto aos problemas do capitalismo. O aumento da produção, com cuja necessidade a economia se deparou no decorrer dos últimos séculos, passou a depender cada vez mais intensamente do avanço tecnológico das máquinas e de seu correlato aumento do desemprego. É disso que se trata quando se pensa em progresso do prisma jurídico: aumento da exploração e *necessário retrocesso social*. E é na mi(s)tificada anomia que este progresso do capital pode se apresentar como progresso social. Desvelar a anomia é a atitude messiânica que põe fim ao *katechon*.

Nesse sentido, não poderia a lenda do camponês presente em *O Processo* ser interpretada sob um viés muito mais radical? E se o camponês compreende estar tragicamente sempre já dentro da Lei anômica, e consegue, de algum modo, ver na porta a possibilidade de desativação da Lei? Em 2 Tess. 2, 3 Paulo afirma que antes da *katargein* a ser realizada pelo Messias, *será revelado* (*ἀποκαλυφθῆ*) o mistério da anomia. Portanto, se o ponto de vista da lenda deslocar-se de volta ao olhar do homem – mas encontrando-se este já ao fim da sua vida – sabe-se que ele “agora distingue na escuridão o brilho de uma luz que cintila através das portas da Lei”.³³ Esta luz é o mistério da anomia.

O que o leitor talvez tenha notado até aqui é que existe uma fratura em cada um dos três

33 KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Clube do Livro, 1985. p. 162.

sintagmas (*princípio, jurídico e constitucional e não retrocesso social*) que os dividem neles mesmos e em seus duplos: *culpa, violência e katechon*. Dessa fratura emerge o contemporâneo, que se encontra no lugar da não coincidência dos conceitos consigo mesmos, na “anomia” do direito e na “infância” – ou origem sempre já presente – da história. E o movimento do messiânico é, conforme o léxico benjaminiano, o *salto de tigre para o passado* que, sob o véu livre da História, capaz de desvelar a não identidade dos termos e trazer à luz o que há de originário em cada conjunto. Se, diante disso, a culpa – eixo em torno do qual todo o ordenamento jurídico e sua sanção giram – cumpre sua função ideológica de *má consciência* e de uma adjacente e *violenta dívida impagável*, como resultado óbvio, só podemos concordar que o maior crime de todos os tempos é justamente o simples fato de existência do Direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010. 197 p.
- AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história: Destruição da experiência e origem da história*. Tradução de Henrique Burigo. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005. 187 p.
- AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos*. Tradução de Silvana de Gaspari e Patricia Peterle. 1. ed. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Ed. da UFSC, 2015. 78 p.
- AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo? In: _____. *Nudez*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. p. 19-34
- AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: _____. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009. p. 25-54.
- AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: Um comentário à carta aos Romanos*. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. 215 p.
- AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum: Sobre el método*. Tradução para o espanhol de Flavia Costa e Mercedes Ruvitoso. 1. ed. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010. 163 p.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Giovanni Reale. 1.ed. Edição bilíngue. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 695 p.
- BENJAMIN, Walter. Destino e caráter. In: _____. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 47-56.
- BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: _____. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 57-82.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: _____. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 7-20.

- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 312 p.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Traduzido por Syomara Cajado. São Paulo: Clube do Livro, 1985. 206 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 925 p.
- LIMA, Lucas Bertolucci B. de. *Assinatura de um sujeito qualquer: dispositivo, campo e potência em Giorgio Agamben*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. 173 p.
- NIETZSCHE, Friedrich W. Segunda dissertação: “Culpa”, “má consciência” e coisas afins. In: _____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 47-85.
- PAULO DE TARSO. Referências textuais paulinas. In: AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: um comentário à Carta aos Romanos*. Tradução interlinear grego-português realizada por Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. Apêndice. p. 169-205.

POSITIVAÇÃO BRASILEIRA DE VALORES: A CAÇULA DO ENLACE ENTRE AS LEIS REAIS DE NUMA POMPÍLIO E A CONSTITUIÇÃO MATERIAL DE CARL SCHMITT

Rogério Piccino BRAGA¹
Octaviano de Biassio MAZZUTTI

RESUMO

Numa Pompilio, conhecido como o rei legislador de Roma (715-673 a.C), foi o primeiro a posicionar as decisões reais de cunho religioso. O espaço de tempo entre a sacralidade das primeiras leis reais no cenário do direito romano e o simbolismo dos textos normativos que conformam direitos essenciais na atualidade - como se verá pela pesquisa que segue -, não é mais representativo de uma evolução histórica, política ou social. É, na realidade, uma determinante para a constatação de que a dissociação do direito atual, de sua essência de matriz pode representar um desvirtuamento histórico. Desvirtuamento este, responsável pela falta de eficácia social do que hoje se convencionou denominar de fenômeno jurídico - o direito como experiência jurídica também missionária da construção de enunciados normativos. O conceito de Constituição material, como desenhado por Carl Schmitt consubstancia, portanto, mecanismos aptos ao desprendimento do texto não interpretado.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito; direito romano; direitos fundamentais; eficácia social.

ABSTRACT

Numa Pompilio, known as the law-making king of Rome (715-673 a .C), was the first to make real decisions of a religious nature. The space of time between the sacredness of the first real laws in the scene of Roman law and the symbolism of normative texts that conform essential rights nowadays - as will be seen in the research that follows - is no longer representative of a historical, political or social evolution. It is, in fact, a determinant for the realization that the decoupling of the present right, of its essence of matrix can represent a historical distortion. This distortion, responsible for the lack of social effectiveness of what is now known as a legal phenomenon - law as a legal experience also missionary of the construction of normative statements. The concept of material constitution, as designed by Carl Schmitt, therefore, incorporates mechanisms capable of detaching the uninterpreted text.

KEY WORDS: History of law; Roman law; fundamental rights; effectiveness.

INTRODUÇÃO

Faz-se imprescindível para a compreensão do atual ordenamento jurídico pátrio o conhecimento sobre suas origens. O nosso direito, como há muito já sabido, deriva da escola de

1 Advogado, Pós-doutorando (2018/2019) no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR) e na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho; Pós-graduado em Direito Municipal (especialização), Membro Efetivo da Comissão Especial de Ensino Jurídico da Seccional SP da Ordem dos Advogados do Brasil - Triênio 2016/2018. Graduando em Filosofia (Licenciatura). Foi Diretor Jurídico da Câmara Municipal de Jaú, autor do Livro "Direito Fundamental à Inimputabilidade Penal"; co-organizador do livro "Estudos da Teoria da Constituição", autor do livro "Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal" e dos livros "Embates & Opiniões", "O que eu falo se escreve" e "Ideias Articuladas".

pensamento alicerçada no *Civil Law* e, por consequência, do tradicional direito exposto no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Nesse sentido, um sumário estudo sobre o direito romano demonstra ser de grande importância para conhecer não somente os pontos de intersecção deste com o nosso, mas também o afastamento entre eles, sob uma perspectiva constitucional moderna.

Por conseguinte, diversamente do que afirmam os opositores ao ensino do direito romano, a compreensão do passado, longe de levar à estagnação do ordenamento jurídico, ou empenhar esforços desnecessários no estudo de um “organismo morto”, apresenta-se como fundamental ferramenta na formação do jurista brasileiro, pois permite a compreensão da Lei (lato senso) no presente e no passado.

A influência romanística no direito brasileiro ao longo da história é evidente. Durante o período colonial tal influência manifestava-se por meio das Ordenações Portuguesas: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas; todas estas profundamente inspiradas nos elementos do *Corpus Iuris Civilis* e vigentes no solo pátrio com força de lei. Mais adiante, com o surgimento do Código Civil de 1917, esta influência continuou sendo exercida já que cerca de 1445 de seus 1807 artigos eram produtos da cultura romana. Ainda hoje pode-se vislumbrar referida influência no Direito da Família, no Direito de Sucessões, Direito das Coisas, dentre outros.

Do início da construção do ordenamento jurídico global, experienciando o direito romano como pedra motriz caracterizadora do viés normativo das atuais cláusulas do contrato social, o texto a seguir consubstancia não somente essa trajetória, como a origem dos problemas concernentes à ineficácia social dos atuais direitos subjetivos do indivíduo. Não somente isso, mas também uma análise comparativa entre estes dois entes, analisando o direito romano da vida pública e privada na antiguidade sob uma perspectiva brasileira pós-advento da Constituição Federal de 1988, em meio a discussões sobre Direitos Humanos Fundamentais.

Por fim, busca-se a resposta ao seguinte questionamento: a inefetividade de um instituto jurídico está relacionada com o desvirtuamento de sua essência de origem? A pesquisa bibliográfica e comparativa será empregada para que as respostas ao questionamento sejam encontradas, em consonância com a proposta apresentada ao final.

1 A TRADIÇÃO ROMANISTA DE CONFORMAÇÃO E INFLUÊNCIA NORMATIVA

Há muito se difundiu na doutrina, a origem romanista do direito brasileiro. Não como bandeira de independência dos demais sistemas, mas pura e simplesmente por influência exercida matricialmente no colonizador – assim como nos demais países colonizados². A influência em quase

2 Cf. GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. 7 ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 20. *Ipsis litteris*: “A quase totalidade dos direitos dos países europeus pertence à família romanista, salvo o direito inglês (o *common law*) e o irlandês e salvo, também, o

todos os países da Europa, assim como nos países colonizados se dá pela notabilidade do sistema jurídico dos romanos, tanto no ramo privado quanto no público a partir dos séculos II e III.

A criação romanista das regras jurídicas e da ciência do direito de forma técnica não antes encontrada – em que pese a anterioridade dos direitos egípcio e grego -, consubstanciadas na profundidade do estudo das instituições de pesquisa, foi primordial para a influência nos direitos dos demais países. O Rei de Roma, Numa Pompílio (715-673 a.C), que empresta o nome à construção do título desta pesquisa, fora o primeiro a trazer tal tecnicidade ao direito romano. Religioso e conhecido como o “rei legislador”, conformou normativamente as leis de Roma, de caráter religioso – em uma época em que se vislumbrava o poder secular e o poder eclesiástico em harmonia, a caracterizar o chamado modo plástico da Idade Média³.

E o pioneirismo romano da formação da ciência jurídica com a tecnicidade jamais encontrada até então, é descrita por grandes juristas, para quem, por muitos séculos, a pensar no início da “obra fundadora dos jurisconsultos romanos até o século XIX, pode-se dizer que a ciência do direito, entendida como Teoria Dogmática, ocupou quase que sozinha toda a esfera do saber jurídico”⁴.

O paradigma do sistema jurídico brasileiro, na lei, assim difundido para além dos bancos acadêmicos - na cultura nacional, portanto -, mitiga a concepção humanista que se deseja atribuir ao direito. E isso se dá, primordialmente, no lugar em que menos deveria ocorrer, ou seja, na academia. Há, para isso, razões históricas que apesar de não serem justificativas, ao menos elucidam a práxis da construção da ciência jurídica, tanto sob o aspecto normativo, como sociológico ou axiológico, por assim dizer.

Corroboram o raciocínio, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵, para quem “a teoria jurídica transformou-se em uma disciplina universitária dominada “por livros que gozavam de autoridade. Estes eram além do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, de 1140, além das fontes eclesiásticas que formavam os cânones”. Não é diferente o raciocínio difundido por John Gilissen quando afirma que “o sistema jurídico, que assim elaboravam, era todavia um direito teórico, um direito erudito”⁶.

direito dos países de tendência comunista da Europa oriental, onde se formou, desde há algumas dezenas de anos, um sistema de direito socialista. Pertencem, portanto, à família romanista de direito, os direitos italiano, espanhol, português e grego, no sul da Europa; e os direitos alemão, austríaco, suíço, belga, holandês, dinamarquês, sueco, finlandês, norueguês e escocês, no centro e norte da Europa. O sistema de direito romanista impôs-se fora da Europa **nos países que foram colonizados por países da Europa continental: países da América Latina**, Luisiana (nos U.S.A), Canadá francês (Québec), a Austrália, a Nova Zelândia e numerosos países africanos”. (grifo nosso).

3 REDBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 175.

4 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, p. 327.

5 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003, p. 63.

6 Op. Cit. p. 203. E continua o autor (*ipsis litteris*): “O elemento comum aos direitos romanistas é a influência

Contraponto importantíssimo, por assim dizer, é encontrado no pensamento de Justiniano quando discorre sobre o que se pensava acerca da “codificação” em sua época. O próprio Imperador no primeiro livro dos Pandectas, fazia alusão a um direito não escrito, não conformado em enunciados normativos, sem olvidar, entretanto, da posituação do *ius civile*. O *ius civile* era não só inspirado, como também próximo do direito natural:

Este nosso direito portanto se estabelece ou por escrito ou não, como entre os gregos se diz: das normas, umas são escritas outras não escritas. *Ius civile* é o que advém das leis, plebiscitos, senátus-consultos, decretos dos príncipes e da autoridade dos prudentes [...]. Todos os povos que são regidos por leis ou por costumes se utilizam em parte do seu próprio direito, em parte do direito comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo construiu por si mesmo a si constituiu este é próprio desta mesma civitas e se chama *ius civile*, como que um direito próprio desta mesma civitas. Mas aquele que a razão natural constituiu entre todos os homens, é entre todos igualmente protegido e se chama direito das gentes, como o que o direito do qual as gentes se utilizam⁷.

O contexto histórico de formação e consolidação do direito primeiramente no Egito, mais tarde na Grécia e posteriormente em Roma – esse de influência quase global até os dias de hoje -, liga o direito à sua dimensão normativa. Esse contexto, ilustrado pelo binômio direito/enunciado normativo, influencia os bancos acadêmicos na atualidade. O acadêmico do direito é influenciado pelo positivismo do ensino jurídico. Trata-se, portanto, de herança de uma época em que, erroneamente – ou como ponto de partida, talvez -, se atribuía à ciência do direito a definição simplista do estudo das regras jurídicas, somente.

Erroneamente uma vez que, como denotam as referências acima invocadas, até mesmo na época dos Digestos de Justiniano, já era reconhecido o chamado direito das gentes, com força e densidade normativa equiparada ao que se denominava de *ius civile*. Interpretar literalmente o *ius civile* era tarefa comum, como era, também, no constitucionalismo do Estado de Direito em período de estrita legalidade.

2 TRAÇOS COMPARATIVOS ENTRE A PRÁTICA ROMANÍSTICA E O DIREITO BRASILEIRO

Em um quadro ilustrativo do que se pretende descrever em sede de traços evolutivos, basta um paralelo comparativo entre o que dispõe a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5º, *ad exemplum*, sobre o direito à vida e o direito em seu nascedouro na Roma Antiga, assim chamada. Contemporaneamente, reza o texto constitucional que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborada nas universidades a partir do século XII. Aí, o ensino do direito é quase exclusivamente baseado no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, que então foi batizado de *Corpus iuris civilis*. Pela análise racional dos textos reproduzidos nesta compilação, os professores elaboraram uma ciência do direito” (p. 203).

7 JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. Digesto de Justiniano, *liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22-23.

inviolabilidade do direito à vida [...]”.

O dispositivo, tão basilar e indispensável (tendo em vista ser a vida o direito mais fundamental de todos – ao menos no plano abstrato), seria completamente estranha aos antigos romanos. Para o direito romanista, o nascimento de uma criança não se condicionava apenas à pressupostos biológicos: ainda que concebida com vida, a criança deveria ser “aceita”. Para a sociedade da época os enfeitamentos, bem como os infanticídios, eram práticas comuns e aceitáveis.

Ao nascer uma criança, era incumbido ao pai aceitá-la ou não, através do gesto de levá-la do chão e trazê-la aos braços, manifestando que a reconhecia como sua prole. Não o fazendo, a criança era deixada em frente à casa ou no lixo para que, caso alguém se interessasse, a recolhesse. Igualmente era permitido o afogamento de crianças com alguma espécie de deficiência ou frutos de uma relação extraconjugal. Além destas, algumas das causas mais comuns de abandono derivavam do planejamento financeiro da família (que preferia a concentração de recursos em um pequeno número de filhos) ou interesses sucessórios (sabendo-se que o recém-nascido alteraria disposições testamentárias já estabelecidas). Nenhuma dessas ações acarretava qualquer tipo de sanção ou pena; o exercício delas era plenamente admissível nos termos da lei. Nesse sentido, leciona Paul Veyne:

Os recém-nascidos só vêm ao mundo, ou melhor, só são recebidos na sociedade em virtude de uma decisão do pai de família; a contraceção, o aborto, o enfeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava são, portanto, práticas usuais e perfeitamente legais. [...] A mulher acaba de dar à luz: [...] isso não basta para decidir a vinda de um rebento ao mundo⁸.

A própria existência do recém-nascido, condicionava-se ao reconhecimento da sociedade, com base em requisitos, dentre eles a “forma humana”. Não a possuindo, o indivíduo era tido como *monstrum*, *prodigium* ou *portentum*, todos com o sentido de “abominação” ou “monstro”. Aquele que não possuía a forma humana, mesmo que nascido com vida, não existia para a sociedade e para o direito. Em duas hipóteses consideravam-se disformes os seres nascidos de uma mulher:

- a) Quando tivessem, no todo ou em parte, configuração de animal (os romanos acreditavam na possibilidade de nascerem seres híbridos ou inumanos da cópula entre animal e mulher);
- b) Quando apresentassem deformidades externas excepcionais, como, por exemplo, o caso de acefalia⁹.

O aborto também era permitido: “nem os moralistas mais severos podiam impor à mãe o dever de guardar o seu fruto: sequer pensaram em reconhecer ao feto o direito de viver”¹⁰. Visto isso, é notório que o direito à vida, tal como conhecido por nós atualmente em tudo diverge quanto ao desenhado pelos romanos. A ausência de proteção legal aos recém-nascidos culminava na banalização do infanticídio, do desamparo e do abandono. Os romanos ignoravam o direito à vida, que nas palavras de André Ramos Tavares “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que

8 VEYNE, Paul. História da vida privada. V. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 23.

9 ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. V. 1., p. 93.

10 VEYNE, Paul. Op. Cit., p. 26.

surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”¹¹.

Outro exemplo temporal e comparativo pode ser elucidado pelo que hoje dispõe o texto constitucional brasileiro sobre a dignidade humana – base nuclear dos direitos fundamentais –, e o tratamento dado aos escravos romanos. Como exposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Esta consiste no valor básico de respeito e garantias a todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser humano, deve ter assegurada sua dignidade, sendo tratado como fim em si mesmo, tal como expõe Immanuel Kant:

Ora digo eu: O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim¹².

Ainda nesse raciocínio, debruçado sobre o pensamento de Kant, Fábio Konder Comparato pondera e afirma que não basta ao Estado um “não-actuar” contra as liberdades do indivíduo quando o assunto é a consecução do bem comum. Necessária é a atuação positiva do ente estatal, ou a quem é incumbido atuar para que o ser humano seja um fim em si mesmo e não um mero instrumento como na concepção utilitarista:

Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica no dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem sejam por mim considerados também como meus¹³.

Tal princípio não se fazia reconhecido pelo direito romano. Prova disso é a existência da escravidão durante toda a República e Império, onde os subjugados viviam, na grande maioria dos casos, em condições de penúria pois tidos como seres sub-humanos, ou ainda, naturalmente inferiores. Disto resulta que tais indivíduos não figuravam como titulares de direitos ou como os homens-livres, dignos de respeito. Os escravos eram antes de tudo uma posse; um bem vivo de seu amo:

Esse ser humano é igualmente um bem, cuja propriedade seu amo detém; nessa época, duas espécies de seres podiam ser assim apropriados: as coisas, os homens. ‘Meu pai’, escreve Galeno, ‘sempre me ensinou a não encarar tragicamente as perdas materiais; se me morre um boi, um cavalo ou um escravo, não faço disso um drama’. [...] Sendo um bem que se possui, um escravo é um inferior. E como essa inferioridade de um homem faz de outro homem seu proprietário, um chefe, esse amo, seguro de tal grandeza, a consagrará considerando natural a inferioridade do escravo¹⁴.

De sua condição de coisa (res), decorrem consequências atribuídas aos objetos do direito

11 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 69.

12 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

13 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

14 VEYNE, Paul. Op. Cit., p. 61-62.

subjetivo romano, ou seja, não poderia ser parte em juízo, eram transferíveis por seu proprietário e as suas uniões eram tidas como ilegítimas (*contubernium*). Tornar-se escravo em Roma, não se restringia a fatores relativos ao nascimento ou captura por inimigo (estas correspondem apenas às causas *ius gentium*), e conseqüentemente, não era algo incomum.

Essa mudança de posição social poderia ocorrer por uma série de fatores, dentre os quais, não prestar declarações ao censo, não se apresentar ao exército quando convocado, caracterizar-se como devedor insolvente, ser pego furtando em flagrante; ou ainda, ser vendido pelo próprio *pater familias*. Preenchidos quaisquer destes requisitos, o indivíduo tornar-se-ia escravo até a morte, ou, com sorte, até que seu amo lhe concedesse liberdade.

Ainda que liberto, o ex-escravo tinha sua liberdade concedida apenas formalmente. Por vezes isto era feito apenas com intuito de conferir maior autonomia e um certo grau de dignidade ao escravo que após liberto, continuaria a gerir os negócios de seu amo, possivelmente na mesma casa. Mesmo que não fosse este o caso, formava-se um laço simbólico entre o liberto e seu antigo amo, agora seu “patrono”, devendo o primeiro prestar-lhe suas homenagens (*obsequium*) em gratificação à liberdade concedida. Não o fazendo, recebia o rótulo de “liberto ingrato”, o que lhe causava exclusão social, assim como penalidades impostas pelo patrono.

Neste sentido, aos indivíduos que não se reconhecia a menor parte de benevolência, eram expostos ao livre arbítrio de seus amos; um verdadeiro tribunal doméstico. Tudo o que se buscava analisar era sua fidelidade e se era ou não próprio ao serviço. Não lhes atribuíam os mesmos nomes que os da classe de homens livres e, durante séculos, o casamento entre eles era completamente impensável. Sobre as angústias físicas legalizadas e corriqueiras sofridas por eles, cumpre ressaltar:

[...] o escravo é e continua sendo um homem que a qualquer momento pode ser vendido; se seu amo, que tem direito de castigá-lo à vontade, decidir que ele merece o derradeiro suplício, alugará os serviços do carrasco municipal, fornecendo-lhe a resina e o enxofre para queimar o infeliz. O escravo poderá ser torturado perante os tribunais públicos para confessar os crimes do amo, enquanto homens livres não eram ameaçados de tortura¹⁵.

Os antigos romanos, mesmo com incontáveis contribuições para o nosso direito, não reconheciam (ou melhor, por questões econômicas e sociais, optavam por não reconhecer) o que entendemos por dignidade da pessoa humana. Na época, o princípio indispensável para a organização da sociedade como a conhecemos hoje, cedia espaço à exploração de uma massa populacional que constituía considerável parte da mão-de-obra do Império.

Toda a vida pública e privada em Roma pautava-se no exercício da religião da cidade. Entender o Estado, e a própria jurisdição à parte dela, era absolutamente impensável. Das esferas mais íntimas do cotidiano, aos atos processuais da vida pública, a crença era o fator que atribuía legitimidade, e operava assim, inseparavelmente do direito. Conforme elucida Fustel de Coulanges

15 VEYNE, Paul. Op. Cit. p. 68.

“[...] tanto em Roma, como em Esparta e em Atenas, o Estado estava sob o jugo da religião; ou antes, o Estado e a religião estavam tão completamente entrelaçados que era impossível não só ter a ideia de um conflito entre eles, mas até distinguir um do outro”¹⁶.

A reunião do povo romano em assembleia ocorria somente nos dias em que a religião permitia fazê-lo; não se ousava tomar decisões sem a certeza de que os deuses eram favoráveis a ela. Iniciada a sessão, a assembleia seguia a prece proferida pelo áugure. Além disso, o local de reunião do Senado era irrevogavelmente um templo. Em caso de reunião em local não sagrado, as decisões feitas nelas eram tidas como nulas, pois não se encontrava a presença divina nas mesmas. Analogamente, o exército romano não batalhava sem a certeza de que as deidades não o são adversas.

Anteriormente ao estabelecimento do Império, ou mesmo da República, Roma se organizava numa monarquia. Seu rei, ainda que principal autoridade política, era simultaneamente a autoridade religiosa:

Não foi diferente com os reis de Roma. A tradição representa-os sempre como sacerdotes. O primeiro foi Rômulo, instruído na ciência augural, que fundou a cidade de acordo com ritos religiosos. O segundo foi Numa; ele preenchia, diz Tito Lívio, a maior parte das funções sacerdotais [...] Assim, o sacerdócio romano não era senão uma espécie de emanção da realeza primitiva¹⁷.

A confusão político-religiosa não se limitava à figura do rei; manifestava-se igualmente no magistrado. Este, enquanto ocupasse o cargo, deveria usar uma coroa, como os sacerdotes. Era proibido durante esse período, cortar seus cabelos ou portar algum objeto de ferro, e durante toda a sua magistratura, presidia as festas religiosas e deveria vestir branco (a cor sagrada). Seu primeiro ato no exercício desta função era a realização de um sacrifício no fórum. Como entende Coulanges “segundo os antigos, toda autoridade deveria ser sob algum aspecto religiosa”¹⁸.

Faz-se lógica a presunção de que a lei também não escapava ao misticismo. Entre os romanos, tal qual os gregos, a lei surgiu e se perpetuou durante muitos séculos como uma parte da religião. As mais antigas leis romanas (chamadas leis régias) tratavam igualmente os direitos e deveres da vida civil e os comandos relativos aos cultos. Mais adiante, a Lei das XII Tábuas, ainda que mais direcionada aos assuntos do direito, não deixa de apresentar determinações religiosas.

Por consequência, os mais antigos juristas romanos eram os pontífices, e era de conhecimento geral que não se podia sê-lo sem conhecer o direito, e nem assimilar este último sem a compreensão da religião. Disto decorre a conceituação de juristas que perdurou até os tempos de Justiniano: *jurisprudencia est rerum divinarum atque humanarum notitia* (a

16 FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 183.

17 FUSTEL DE COULANGES. Op. Cit. p. 192.

18 Idem, p. 198.

jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas).

O elemento construtivo do direito foi sempre moldado à forma da religião. As leis que estabeleciam e organizavam a adoção, a sucessão, o testamento e a propriedade, eram intrinsecamente fadadas a cumprir o que premeditava a crença comum. Tomemos como exemplo o direito de adoção: este consistia apenas numa ferramenta de evitar a extinção do culto doméstico e de continuação das oferendas fúnebres e salvação do lar. Desvinculada de qualquer ideal humanitário, amor ou afeto, a adoção era o último recurso para a perpetuação das almas ancestrais. Sendo esse seu único propósito, era concedida apenas àqueles que não tivessem filhos.

Outro exemplo da absoluta influência da religião no direito se dá através do conceito de cidadão para os antigos, a saber, aquele que participa do culto da cidade. Desta participação derivavam todos os direitos civis e políticos do indivíduo. O estrangeiro por sua vez, não tendo acesso a este culto, e, portanto, destituído da proteção dos deuses, é completamente excluído daquela comunidade (tanto em Roma, quanto em Atenas ou Esparta). Disto decorre que não possuía nenhum direito: não podia ser proprietário; não podia casar; não podia realizar contratos; não podia comerciar; e ainda, não podia herdar de cidadão ou deixar bens para que um cidadão pudesse herdar dele. Para que o estrangeiro fosse admitido como cidadão, e conseqüentemente obtivesse algum valor perante a lei devia-se transpor uma infinita rede burocrática, na qual provavelmente seria detido nas primeiras etapas pelo rigor do processo, tendo em vista que “Excluir o estrangeiro é ‘velar pelas cerimônias santas’. Admitir um estrangeiro entre os cidadãos é ‘permitir-lhe participar da religião e dos sacrifícios’”¹⁹.

O homem não teve de esquadrihar a consciência e dizer: Isto é justo, aquilo não o é. Não foi assim que nasceu o direito antigo. Mas o homem cria que a lareira, em virtude da lei religiosa, passasse de pai para filho; isso fez que a casa fosse um bem hereditário. O homem que sepultara o seu pai em seu campo cria que o espírito do morto tomava posse para sempre desse campo e exigia de sua posteridade um culto perpétuo; isso fez que o campo, território do morto e lugar dos sacrifícios se tornasse propriedade inalienável de uma família.

Dizia a religião: o filho da continuidade ao culto, não a filha; e a lei disse com a religião: O filho herda, a filha não herda; o sobrinho pelos varões herda, não o sobrinho pelas mulheres. Assim se fez a lei; ela se apresentou por si mesma e sem que fosse preciso procurá-la. Era consequência direta e necessária da crença; era a própria religião aplicando-se às relações entre os homens²⁰.

Muito antes de se pensar na desconsideração das liberdades individuais por Estados totalitários como os presenciados no século XX, no qual os indivíduos atuam como servos deste; tal

19 FUSTEL DE COLANGES. Op. Cit. p. 212.

20 Idem, p. 205.

restrição já era observável cotidianamente no direito antigo. Na sociedade romana, o cidadão estava invariavelmente submetido à cidade. Seu corpo e alma eram um instrumento de manutenção da mesma, durante a paz, ou durante a guerra.

Não havia no cidadão nenhuma espécie de autonomia: os homens estavam submetidos ao serviço militar até os cinquenta anos; seus bens estavam à disposição do Estado, caso os cofres públicos o requisitassem; sua intimidade era regrada por determinações governamentais; e a decisão sobre sua vida estava à cargo da lei, em caso de nascimento com deformidades. Não bastasse isso, a própria indiferença ante aos assuntos públicos era vedada. O exercício da magistratura, quando fosse escolhido através de sorteio, era não só um direito, mas também uma obrigação. Sobre o autoritarismo estatal no direito antigo:

A vida privada não escapava a essa onipotência do Estado. A lei ateniense, em nome da religião, proibia o homem de permanecer celibatário. Esparta punia não só aquele que não se casava, mas até aquele que se casava tarde. O Estado podia prescrever em Atenas o trabalho, em Esparta o ócio. Exercia tirania até nas menores coisas; em Lócris, a lei proibia que os homens bebessem vinho puro; em Roma, em Mileto, em Marselha, proibiam-no às mulheres. Era comum que os trajes fossem definidos invariavelmente pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta determinava os penteados das mulheres, e a de Atenas proibia-lhes de levar mais de três vestidos em uma viagem. Em Rodes, em Bizâncio, a lei proibia cortar a barba²¹.

Ainda, muito do que hoje compete ao poder público, era de responsabilidade e jurisdição exclusivamente paterna. Um romano só atingia sua plena capacidade civil com a morte do pai, independentemente se já fosse púbere, casado, e pai de família. Mesmo que já em idade madura, se o seu genitor ainda estivesse vivo, não poderia realizar qualquer ato jurídico sem o consentimento deste: realizar um contrato ou empréstimo; libertar um escravo; elaborar seu próprio testamento; enfim, tudo estava sob o jugo da autoridade paterna.

O constituinte, como se pode notar no capítulo VII da Carta Magna, atribuiu e prezou pelos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade no que concerne a administração pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL, 1988)

Art. 39.

§4º: O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (BRASIL, 1988).

Desta nebulosa e confusa separação entre público e privado para o direito romano, derivava uma infinidade de abusos administrativos. O moderno conceito de serviço público era alheio ao pensamento da época; não havia uma verdadeira distinção entre dignidade privada e funções públicas, ou entre economia estatal e finanças pessoais. Toda e qualquer parte da

21 FUSTEL COULANGES. Op. Cit., p. 236.

administração dentro do império era exercida ante interesse pessoais, e corriqueiramente buscava a obtenção de propinas para o devido exercício da função em um caso particular. O ideal contemporâneo de dignidade não representava para os antigos uma manifestação de boa conduta, ou uma virtude moral; mas era antes de tudo, uma glória pessoal atingida pelo aumento de patrimônio e elevação na esfera social. Sobre isso, ensina Paul Veyne:

Toda função pública era uma falcatura em que os prepostos faziam os subordinados pagarem e todos juntos exploravam os administrados; foi assim na época da grandeza de Roma e foi assim em seu declínio. [...] os antigos sistemas administrativos têm em comum o que chamamos de administração apenas o nome; durante milênios, os soberanos extorquiam impostos ou subjugaram as populações servindo-se de uma máfia chamada administração²².

Traçados os comparativos entre o direito influenciador (romano) e o influenciado (brasileiro da atualidade), importante será, como a seguir, o discorrer sobre as mudanças no cenário do constitucionalismo contemporâneo, passando pelos períodos da estrita legalidade, legitimidade e juridicidade. Tudo para que se possa encontrar o que move a inefetividade dos direitos fundamentais na atualidade.

3 A MUDANÇA DO PARADIGMA DE INFLUÊNCIA PELO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como dito acima, por estrita legalidade há de se descrever a prática de um período importante também do Estado brasileiro. Notadamente daquele em que houve a ruptura com regimes autoritários, porém, onde a lei se confundia com a vontade do governante, ou, quando criada pelo parlamento, era interpretada pela vontade do governante. Em contrapartida, enunciava-se direitos aos administrados. Instalada a chamada crise de legalidade, a lei – antes uma conquista social, passou a instrumento não mais de imposição de freios aos desmandos dos governantes, mas de empecilho à concessão de direitos aos indivíduos.

Empecilho materializado em forma de atos normativos aplicados sem extração de sentidos e comandos adaptados aos anseios sociais do tempo do fato. Passa o magistrado a exercer a função de “boca da lei”. Não havia caminhos claros à aplicação da argumentação, nem ao menos à fundamentação racional e proporcional à caminho de uma tutela efetivamente justa.

A superação veio mais tarde com a evolução ao que se convencionou denominar de Estado (democrático) de Direito e a incorporação pelo direito, da finalidade e da moralidade como instrumentos de aplicação da lei, ou seja, como elementos de interpretação argumentativa do enunciado normativo – a ampliação do âmbito normativo.

Falava-se, a partir de então, não mais da estrita legalidade, mas da legitimidade.

22 Op. Cit. p. 105, 107.

Legitimidade de da finalidade normativa quando de construção e da moralidade como caminho a ser trilhado durante a aplicação do produto do trabalho do legislador. Legislados este, agora eleito democraticamente. Atualmente, por evolução do constitucionalismo – não do Estado propriamente -, a contemporaneidade conheceu o Estado Democrático (Social) de Direito, ao amparo do que se denominou de período da juridicidade. Juridicidade a justificar como instrumento de aplicação do direito, não mais e somente a letra da lei, nem mesmo unicamente a finalidade do ato normativo, ou aspectos da moralidade em interpretação, mas também o bloco de legalidade que consagra atos normativos outros que não aqueles transitados pelo Congresso Nacional.

Atualmente, dos princípios constitucionais, assim como das regras (aqui entendidas como enunciados normativos) se extrai normas. Trata-se da construção de atos normativos outros que não somente a letra da lei. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo²³, ou a forma linguística que expressa uma diretiva²⁴.

A confirmar o raciocínio e, no interim da proposta de pesquisa que se desenha com o texto em seguimento, ou, em franca consonância com o aspecto evolutivo que vai da influência do direito romanista – como ponto deflagrador da atuação legislativa do Rei Numa quando conformava as leis reais religiosas -, de se considerar, agora, a Teoria material da Constituição como melhor apresentada, em Carl Schmitt. Para Paulo Bonavides, a Teoria material da Constituição, em Carl Schmitt, “assenta basicamente sobre a distinção que ele faz entre Constituição e Lei Constitucional” e “sem essa distinção não é possível estabelecer o conceito de Constituição”²⁵.

Assim, em Carl Schmitt, a Constituição concentra uma decisão política do Estado e não um conjunto formal de leis constitucionais. É dizer, a finalidade da reunião do Estado por meio de seus poderes, assim como o anseio social devem estar em consonância com a construção dos atos normativos nacionais. Do mesmo modo, a aplicação do conjunto de regras ou da Constituição como decisão política, não pode dissociar-se da interpretação que alcança a finalidade e a vontade social institucionalizada:

O constitucionalista, ao mostrar que a Constituição não pode dissolver-se num conjunto de leis constitucionais, repeliu, como erro, a assertiva de Bernatzik, de que a transformação da Constituição numa espécie de lei fora uma conquista da cultura política contemporânea. A Constituição – unidade política – se caracteriza, na acepção de Schmitt, por seu profundo valor existencial. Ao culto da norma, contrapõe ele o culto do fato, às regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes

23 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

24 WEINBERGER, Christiane; WEINBERGER, Ota. Logik, semantik, hermeneutik. München: Beck, 1979, *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54

25 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Ed 33. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104, *apud*, SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Reimp. Berlim, Neukoeln, 1954, p. 20.

por uma Corte Constitucional²⁶.

Não obstante a superação da crise (da legalidade), reconhecendo-se a legitimidade e o chamado bloco de legalidade onde se insere atos normativos outros como os princípios, atualmente não mais como simples objetos de contemplação, mas também como mandados de otimização e como fontes da extração de normas do dever ser, registra-se medidas retrocessivas com o fim único de atribuir à lei em sentido estrito o status de fonte exclusiva do direito. Esvazia-se, dessa forma, o campo argumentativo, assim como a construção de novos direitos decorrentes da evolução social.

Prova dessa evolução é o paralelo entre a defesa das liberdades no cenário constitucional de hoje, notadamente a liberdade religiosa e o que os romanos pensavam e difundiam sobre a religião no cenário de construção da influência no direito de hoje. Entende o constitucionalista português Jorge Miranda a vasta importância da liberdade religiosa no ordenamento jurídico, afirmando que a mesma se encontra “no cerne da problemática dos direitos humanos fundamentais, e não existe plena liberdade cultural nem plena liberdade política sem essa liberdade pública, ou direito fundamental”²⁷.

Seguindo o mesmo raciocínio, estabeleceu o legislador constituinte, no artigo 5º, em seus incisos VI e VIII, garantia à liberdade religiosa enquanto direito fundamental à República Federativa do Brasil:

VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

VII – Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa [...]

Tal preocupação, expressa pelo constituinte, em assegurar o pleno exercício e garantia da liberdade de crença, em muito dista da noção feita pelos antigos, manifestando-se como posicionamento relativamente moderno (entendendo-se que o movimento de separação entre Clero e Estado começou a ser idealizado com o advento do Iluminismo, e posteriormente, com a Revolução Francesa e a 1ª Emenda à Constituição Norte-Americana).

Necessário, portanto o vencimento de paradigmas que emperram a aplicação do ordenamento jurídico interpretado e, para tanto, a argumentação se oferece com mecanismo apto. A práxis do direito consiste, basicamente, na atividade argumentativa. A teoria da argumentação (e suas diversas variantes) analisa os argumentos produzidos nos contextos jurídicos, seja no momento da produção (criação) das regras jurídicas, da sua aplicação ou no âmbito da dogmática jurídica. Assim leciona Manuel Atienza:

26 BONAVIDES, Paulo. Op. cit, p. 104.

27 MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1992, p. 199.

Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões - os casos difíceis - relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. Mas a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não jurisdicionais do Governo têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e assim os argumentos que ocorrem, suscitados por eles, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica²⁸.

Uma adequada teoria da argumentação jurídica deveria, segundo o autor, “cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada como política ou moral”²⁹. Compreendido o direito como um conjunto de regras jurídicas (teoria estrutural do direito) e, também, como um conjunto de procedimentos e valores, resta claro que estes não podem ser construídos de forma isolada das técnicas argumentativas que se realizam em outros campos do conhecimento como na Filosofia, Linguística e outros.

Além disso, resta claro que a primordial função prática de uma argumentação jurídica é ser capaz de ofertar uma orientação adequada às etapas de produção, interpretação e aplicação do direito. Novamente o autor adverte acerca da necessidade do emprego dos argumentos em sede de fundamentação, agora, das decisões judiciais, em uma perspectiva mais crítica e realista do direito:

Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva³⁰.

Desse modo, superados os momentos históricos de conformação do direito no cenário nacional e global de desenvolvimento, não há como vislumbrar a efetivação de direitos sem a adequação das regras construídas em tempos outros, à realidade atual em que se configuram os fatos. Não é razoável a subsunção sem o processo interpretativo e argumentativo, de um fato deflagrado nos dias de hoje a regras conformadas, por exemplo, na década de 1960.

Perante o exposto, torna-se clara a percepção de que entendimento do constitucionalismo pós-moderno sobre a natureza e necessidade de direitos fundamentais ao todo diverge da concepção dos antigos romanos. Os primeiros traços do que veio a fundamentar a teoria contemporânea podem ser rastreados somente com o advento da Era Moderna, e mesmo nela, muito do que se entendia por direitos fundamentais, não o são atualmente.

Nesse sentido, Lynn Hunt demonstra o papel inovador da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, redigida por Thomas Jefferson, ao expor: “Consideramos estas verdades

28 ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3.

29 Idem, p. 269.

30 ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 272.

autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”³¹.

Como se nota, daí decorre a preocupação com direitos que ainda hoje se caracterizam como fundamentais. Ainda assim, o pensamento moderno dispôs como igualmente fundamentais direitos inimagináveis para o olhar contemporâneo. Um exemplo é o “direito divino dos reis” manifestado por Hobbes, Bodin e Bossuet; onde entendia-se que todo o poder do Estado devia se concentrar irrevogavelmente na figura do rei, sem limites ou controles, pois a legitimidade para tanto derivava do fato do mesmo ser um representante de Deus na Terra.

A partir deste raciocínio pode-se inferir dois fatos: os direitos humanos são resultados de um processo histórico, em constante transformação, e subordinados ao pensamento e condições sociais vigentes em determinada época; e ainda, que os direitos fundamentais ao longo da história, quando tidos como absolutos ou inalteráveis, foram utilizados para a manutenção de um conservadorismo que visava interesses e privilégios particulares. Sobre isso ensina Norberto Bobbio: “Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais – fundamentais somente na opinião de quem os defendia – foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem”³²:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais imitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações³³.

De se notar que, apesar de ter influenciado o processo construtivo de origem do direito brasileiro, o direito romano não se assemelha às conquistas jurídicas, políticas e sociais do constitucionalismo brasileiro. De outro modo, o que restou a título de essência e natureza do direito romanista no cenário atual de positivação de direitos, aponta a origem da ineficácia social da liberdades sociais no constitucionalismo contemporâneo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As semelhanças e diferenças entre o direito brasileiro – notadamente no histórico de conformação normativa, revelam o motivo da baixa densidade normativa dos direitos fundamentais do Estado Brasileiro na atualidade. Não somente pela influência do direito romanista, mas pelo apego à letra da lei não interpretada. Apego este, difundido desde os bancos acadêmicos e na falta

31 HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos – Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 13.

32 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16.

33 Idem, p. 18.

de espaço para a prática do direito argumentativo.

Como visto, ainda que de o pioneirismo do direito seja dedicado aos egípcios e posteriormente aos gregos, foi no direito romano que se desenvolveu a melhor técnica legislativa e cientificidade do direito. Um direito atrelado ao *corpus civile*, à boa técnica legislativa e à dimensão normativa do direito. Essa a nossa influência.

Constata-se, com isso, que a luta do direito no Estado brasileiro – principalmente após o contexto de redemocratização do país – tenha sido, até os dias de hoje, a busca pela interpretação do direito posto, sem a necessidade de conformar normativamente todas as condutas humanas imagináveis. É dizer, a luta por não submeter tudo e a todos ao produto do trabalho do legislador, como solução aos conflitos sociais.

O esvaziamento do campo argumentativo e interpretativo, a evolução social, os anseios sociais e a mutação de conceitos antes considerados universais, exige do aplicador do direito o conhecimento da ciência jurídica não somente como significativa do corpo legislativo vigente. É preciso considerar o direito, contemporaneamente, como uma decisão política do Estado, em consonância com os anseios de uma sociedade que evolui em informação, além da evolução formal de seu texto normativo de condutas.

A abertura de espaço à construção de princípio-normativos e à otimização de valores consagrados socialmente, impulsiona um flanco de esperança e de retomada do sentimento constitucional, sobretudo no acadêmico do curso de direito – futuramente responsável este pela construção da ciência jurídica como equivalente funcional ao Estado, quando falho. Se considerado como na origem, ou seja, um direito representativo apenas da expressão legal, práticas retrocessivas serão propagadas em pleno século XXI.

Por evidente que o direito assim entendido, é dizer, retrocessivamente, jamais será instrumento social de resolução de conflitos não previstos no ordenamento jurídico. Ao passo que se quebrados os grilhões romanos que uniram por séculos a ciência jurídica aos textos formais unicamente, a academia poderá transformá-lo em equivalente funcional que vivencia os aspectos normativo, sociológico e axiológico – em um fenômeno jurídico efetivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. V. 1.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Ed 33. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104, *apud*, SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Reimp. Berlin, Neukoeln, 1954, p. 20.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 7 ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos – Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LOBO, Abelardo. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. V. 1.
- MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1992.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, p. 327.
- REDBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 175.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010
- VEYNE, Paul. História da vida privada. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. V. 1
- WEINBERGER, Christiane; WEINBERGER, Ota. Logik, semantik, hermeneutik. München: Beck, 1979, *apud*

RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOCIEDADE DE RISCO

Lais Chuffi RIZARDI

RESUMO

A discussão sobre a relação entre os direitos fundamentais e a sociedade de risco põe em evidência, dentre tanto outros aspectos, até em que ponto as contradições geradas pelo sistema econômico, político, social e jurídico existente coloca em risco a 'sobrevivência' da própria sociedade, tomando-se por base, de forma peculiar, o fato de que parcela substancial de nossa sociedade vive à margem da fruição de direitos fundamentais indispensáveis à concretização da dignidade da pessoa humana. De posse de tais elementos, o presente artigo tem o objetivo de abordar de forma sistematizada com base no repertório de Beck, Luhmann e Giddens os inúmeros reflexos que giram em torno da propriedade urbana, enquanto direito fundamental e a sociedade de risco. A metodologia utilizada é a pesquisa de natureza bibliográfica, com base na consulta às publicações existentes sobre a temática proposta. Torna-se, possível destacar inicialmente que ao longo da história da humanidade a dinâmica social não foi capaz de acompanhar na mesma proporção a ampla disponibilidade de bens materiais e culturais que a sociedade globalizada passa a oferecer à pequena parcela dos que dispõe de recursos para se inserirem no ideal de 'modernidade'. Como resultado de tal ingerência tem-se o acirramento das consequências provocadas pela exclusão, o que torna inegável o aprofundamento das mazelas geradas pela sociedade de risco, de modo especial, o distanciamento entre as garantias formais e a capacidade de fruição dos direitos fundamentais, o crescimento da violência, dentre tantos outros aspectos, que não podem ser negligenciados.

PALAVRAS-CHAVE: Dinâmica social. Disponibilidade. Ideal de modernidade

ABSTRACT

The discussion on the relationship between fundamental rights and the risk society reveals, among other aspects, the extent to which the contradictions generated by the existing economic, political, social and legal system jeopardize the 'survival' of society itself, taking as a basis, in a peculiar way, the fact that a substantial part of our society lives outside the fruition of fundamental rights indispensable to the realization of the dignity of the human person. The aim of this article is to systematize the repertoire of Beck, Luhmann and Giddens, based on the repertoire of urban property, as a fundamental right and a society of risk. The methodology used is the research of bibliographic nature, based on the consultation of existing publications on the proposed theme. It is possible to emphasize at the outset that throughout the history of humanity the social dynamic has not been able to accompany in the same proportion the wide availability of material and cultural goods that the globalized society happens to offer to the small portion of those who have the resources to into the ideal of 'modernity'. As a result of such interference, the consequences of exclusion are heightened, which makes it possible to deepen the problems generated by the risk society, in particular the distance between formal guarantees and the ability to enjoy fundamental rights. violence, among many other aspects, which can not be neglected.

KEY WORDS: Social dynamics. Availability. Ideal for modernity

INTRODUÇÃO

É inegável os avanços alcançados ao longo das últimas décadas em termos de

disponibilidade de bens materiais e culturais, atrelado a um discurso que caminha em direção de uma sociedade amplamente globalizada que tende a acolher aqueles que estiverem devidamente preparados para se inserirem em um ideal de modernidade.

Paralelo a tais ‘conquistas’ evidencia-se o aprofundamento cada vez mais acirrado das contradições geradas por um sistema econômico, político, social e jurídico, na medida em que parcela substancial da sociedade, que vive à ‘margem’ deste sistema, não consegue desfrutar do mínimo existencial, a tal ponto de poder viver em dignidade.

Como consequência direta de tal “ingerência” tem-se, dentre tantos outros aspectos, a ampliação da exclusão social e o aprofundamento das mazelas geradas pela então denominada sociedade de risco, como o aumento da violência em todos os níveis.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, embora gradativamente ampliados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é forçoso reconhecer o distanciamento entre a teoria e a prática, quer seja, entre o formalmente assegurado e as condições materiais para que tal elenco de direito se concretize indistintamente em meio a sociedade.

De posse de tais elementos, o presente artigo tem o objetivo de abordar de forma sistematizada com base no repertório de Beck, Luhmann e Giddens os inúmeros reflexos que giram em torno da propriedade urbana, enquanto direito fundamental e a sociedade de risco.

Para tanto, a metodologia adotada é a pesquisa de natureza bibliográfica. A partir das proposições de Gil (2008) denota-se no que se refere aos procedimentos técnicos que a pesquisa bibliográfica é realizada a partir de material já elaborado, constituído essencialmente de livros e artigos científicos.

1. A ORDEM E PAZ SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em um Estado Democrático de Direito, fundado essencialmente na promoção da dignidade da pessoa humana, a garantia de fruição dos direitos fundamentais, dentre os quais, se insere o direito à moradia, revela-se como substancial para a construção da ordem e harmonia social.

Há de tal modo que se atentar para o fato de que a sociedade está imersa em um amplo sistema, quer seja econômico, social, político e até mesmo jurídico que se traduz em um conjunto de valores que regem a organização da vida em sociedade, mas que de igual modo, também gera contradições que colocam em risco toda a sociedade civilmente organizada.

É preciso, atentar para a profundidade contemplada nos fundamentos e objetivos que regem o Estado Democrático de Direito, abordagem centrada a princípio no artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal que versam respectivamente sobre a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, neste sentido, a importância de se desvincular a concepção estrita de cidadania que rotineiramente está ligada tão somente ao campo dos direitos políticos, uma vez que esta deve ser pensada e exercida de forma plena, com a efetiva participação do cidadão em todos os contextos sociais, inclusive no campo da moradia.

É primordial de tal forma, situar o exercício da cidadania como um atributo que demanda para sua concretude a fruição de todos os direitos essenciais para que o ser humano se reconheça como participante ativo em sociedade.

Além do enfoque atribuído a cidadania, a discussão entre direitos humanos fundamentais e sociedade de risco merece ser amplamente discutida sob outro fundamento essencial de nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Merece atenção a constatação de que não se pode falar em dignidade quando negados ao ser humano o direito ao mínimo existencial, em especial o direito de moradia.

É preciso ter em mente o fato de que nos grandes centros urbanos, um contingente de seres humanos vive à margem da fruição deste direito, aglomerando-se em ‘barracos’ e ‘construções improvisadas’, cenário diante do qual torna-se inegável refletir sobre a dignidade (ou sua falta) daqueles que se encontram na mesma situação.

Torna-se, possível também abordar a temática entre os direitos fundamentais e a sociedade de risco, tomando-se, por base os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de modo peculiar, os incisos I e III do artigo 3º.

O inciso I, ao situar como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, enfatiza a demanda por ações concretas que induzam à liberdade, justiça e solidariedade entre os componentes de uma mesma sociedade, cenário que viabiliza a construção de uma ordem social na qual cada ser humano reconheça que todos devem ter assegurados os mesmos direitos e garantias.

Por sua vez, o inciso III aponta como objetivo a ser concretizado a erradicação da pobreza e da marginalização, com a consequente, redução das desigualdades sociais e regionais, condição que está ligada aos argumentos anteriormente tecidos em termos daqueles que se encontram à margem do sistema econômico, social, político e até mesmo jurídico vigente, não podendo usufruir do direito à moradia em condições dignas.

Diante dos argumentos propostos, pressupõe-se, que somente se pode atingir um estado pleno de ordem e paz social no Estado Democrático de Direito quando qualquer ser humano puder desfrutar em seu âmbito de condições dignas.

Passa-se de tal modo, a refletir sobre a importância da concretização do mínimo existencial, a ponto de assegurar condições materiais e não meramente formais, para que o

indivíduo possa viver em dignidade, ao passo em que quanto maior for a negligência do Estado em termos de promoção do bem estar do seu povo, maior a tendência de aumento de problemas que afetam a ordem e a paz social no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido:

A necessária inter-relação entre bens dos particulares e Bem Comum se explica também por outra razão. Os indivíduos não estão isolados dentro da comunidade política, mas, ao contrário, mantêm relações afetivas em vários níveis, principalmente familiares e amistosas. O sumo bem de cada qual – ou melhor, a existência digna e plena de todo indivíduo – pressupõe que as pessoas a ele afetadas também gozem da mesma situação. Pode-se supor que a vida digna de cada um pressuponha a existência minimamente satisfatória de todos os cidadãos, dado que situações de carência de qualquer pessoa podem pôr em risco todo o sistema de cooperação social. Neste sentido, pode-se assumir, por exemplo, que existências indignas deem ensejo à violência pública, que coloca em risco a paz social. Da mesma forma, é plausível que situações de miséria firam ainda a integridade da própria democracia, ao limitar a autonomia política dos mais pobres, o que acarreta perigoso precedente (CASTILHO, 2009, p. 96).

Denota-se que é preciso entender que a sociedade está distribuída em diferentes espaços, mas que os seus habitantes estabelecem entre si uma série de relações em maior ou menor intensidade, atrelados à uma ordem social maior cujos valores coletivos estão a cima dos valores individualmente considerados.

Pois bem, é essencial para a manutenção desta ordem as pessoas que pertencem aos mesmos espaços desfrutem das mesmas condições de oportunidades. Assituações de carência enfrentadas por parte da população podem colocar em risco a predisposição dos seres humanos de cooperarem uns com os outros para o bem geral.

A indignidade, ou seja, existência de condições que ofendem a cidadania e a dignidade da pessoa humana passa então a ser o ‘estopim’ para o desencadeamento de fenômenos que acabam por colocar em xeque os valores consagrados por toda a sociedade, a exemplo da onda de violência que assola os quatro cantos do país.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOCIEDADE DE RISCO

Tomando-se, por base a interrelação entre o bem comum, a ordem e a paz social no Estado Democrático de Direito, adentra-se, nos aspectos que regem a relação entre os direitos fundamentais e a sociedade de risco, à luz das diferentes interfaces que regem a sociedade globalizada na atualidade.

Conforme defendido por Vaz (2008), compreende-se que a globalização atinge a sociedade em nível mundial, acarretando efeitos não só do ponto de vista econômico, mas também no campo político, social e jurídico, dentre tantos outros.

Passa-se de tal modo a compreender que a globalização enquanto fenômeno mundial gera

uma série de consequências, mudanças e transformações que afetam a população de todo o planeta, não só do ponto de vista econômico, mas também em outros campos, sendo as classes sociais menos favorecidas as mais afetadas.

É possível sustentar que os efeitos positivos de uma sociedade marcada pela ampla produção e circulação de bens, passa a “demonstrar” suas faces perversas, ou uma série de riscos, frente as quais a ciência e a técnica não são capazes de oferecer uma resposta adequada.

Em atenção a tais aspectos:

...A sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. O desenvolvimento da ciência e da técnica não poderiam mais dar conta da predição e controle dos riscos que contribuiu decisivamente para criar e que geram consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis (GUIVANT, 2001, p. 95).

Interessante destacar que o avançado estágio de desenvolvimento da ciência e da tecnologia não tem sido suficientemente preciso para se antever e controlar os riscos que afetam toda a coletividade, que podem até mesmo se tornar irreversíveis, ou em outros termos, não passíveis de reparação.

A partir do entendimento de Vaz (2008), é possível sugerir ao mesmo tempo que o encurtamento das fronteiras e a expansão industrial e tecnológica marcaram os séculos XX e XXI, promoveram maior nível de conforto e integração à modernidade e não se pode negligenciar o fato de que surgiram novos problemas e a expectativa de que os mais diversos setores do conhecimento humano estejam preparados para atender às novas demandas.

Um dos maiores entraves a tal paradigma de modernidade reside justamente no surgimento de novos problemas, quer sejam econômicos, políticos, sociais e até mesmo ambientais, ao mesmo tempo diferentes setores do conhecimento humano embora se reconheçam em um estágio evolutivo, ‘ignoraram’ uma realidade que tem se tornado cada vez mais incontestável.

Por um lado, o mesmo progresso que fora responsável, no século XIX, pelas reformas sanitárias, o advento da imprensa ou a fabricação de balões a gás também levou à confecção de máquinas que se locomoviam rapidamente no ar e permitiram o bombardeio de cidades inteiras já na primeira guerra mundial. Por outro lado, é também no século XX que se toma consciência, aos poucos ou de repente, do fato de as indústrias e as formas de vida por elas cunhadas nas sociedades já interferiam negativamente também nas demais formas de vida da natureza, assim como nos elementos que as circundam. A modernidade, portanto, deixa de ser vista como um minadouro de otimismo e de esperança no progresso e se torna um motivo de preocupação. O desenvolvimento da humanidade ameaça, agora, as demais criaturas e formas da natureza. Desfaz-se a cortina de ilusões. A vida não é mais uma certeza (ARNAUT, 2013, p. 139).

Em termos de riscos sociais, conforme a abordagem de Vaz (2008), os riscos que ameaçam a sociedade e os direitos fundamentais formalmente assegurados no atual contexto histórico nem sempre são devidamente reconhecidos a tempo, somente sendo percebidos quando se tornam

extremamente prejudiciais.

De tal modo parcela da sociedade que se intitula civilmente organizada ‘fecha’ os olhos aos problemas sociais, econômicos, jurídicos e políticos, ‘alegando’ não se tratar de problema seu, até o ponto de se tornarem extremamente prejudiciais, como é o caso da pobreza extrema que afeta não somente aqueles que se encontram nesta situação, mas também a própria sociedade como um todo. A pobreza passa a ser vista como a causa da violência em todos os seus níveis.

Quanto à definição de risco e sobre os aspectos gerais sobre a sociedade de risco, consoante as observações de Vaz (2008), evidencia-se entender como risco situações imprevistas com consequências prejudiciais para a vida e saúde humana, à propriedade e ao meio ambiente; cujo abordagem científica tem por precursora os estudos de Ulrich Beck, ao defini-lo como resultante dos efeitos não desejados resultantes da modernidade radicalizada.

Fala-se em efeitos não desejados abusca em torno do desenvolvimento e ampliação que o nível de conforto e modernização não é antecedido de um processo de planejamento que prevê a possibilidade de ocorrência de prejuízos à espécie humana.

A relevância de se falarem uma modernidade radicalizada, ao passo que o então ‘progresso’ é conduzido de forma desmedida, com raros e até mesmo ineficazes mecanismos de controle, gerando a partir deste enfoque uma série de mazelas, podem levar justamente ao contrário, ou seja, a incapacidade do ser humano de desfrutar no futuro dos bens necessários ao atendimento de todas as suas necessidades.

Com base em Beck (2015), é possível compreender que a sociedade está imersa em uma série de complexidades e conflitos, sem se dar ‘conta’ dos efeitos provocados pelas suas próprias ações.

À luz deste cenário, dentro de uma mesma sociedade, marcada por uma infinidade de bens materiais, remetem à maximização do conforto humano aos que detêm recursos suficientes para adquiri-los e de outro lado a destruição de recursos naturais, o aprofundamento da marginalização e exclusão social.

Processo este conduzido sem meios críticos e reflexivos, baseado praticamente no ‘atendimento’ das necessidades atuais, sem que a humanidade se dê conta de num futuro não tão distante a escassez poderá atingir níveis insustentáveis.

É possível sustentar, os riscos revelam-se por situações negativas que afetam a vida, a saúde, a propriedade e até mesmo o meio ambiente, constituindo-se em uma análise científica em efeitos não desejados, mas decorrentes de uma modernidade, cujo desenvolvimento, se deu de forma não ordenada.

Partindo deste pressuposto, a partir do entendimento de Beck (2015), há necessidade de

vincular a ideia de risco ao conjunto de ações e medidas que a sociedade estabelece no presente, para sustentar o desenvolvimento necessário ao atendimento de suas necessidades cada vez mais crescentes.

Saliente-se ao mesmo tempo que a globalização desconhece ‘fronteiras’, os efeitos da então denominada sociedade de risco também passam a ser democráticos, ou seja, em todas as regiões do planeta Terra a ampla disponibilidade de bens e serviços voltadas ao maior conforto do homem, passa a conviver ‘lado a lado’ com bolsões de pobreza, crescimento de protecionismos desmedidos, crises éticas, econômicas e até mesmo de cunho religioso.

É possível sustentar que mesmo países marcados pelo maior acúmulo de riquezas, como os países altamente desenvolvidos não escaparam dos efeitos produzidos pela sociedade de risco. O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego (GUIVANT, 2001, p. 96).

Pelo contrário, passam cada vez mais a serem afetados, sobretudo, do ponto de vista ambiental.

Se é notório que modernização trouxe por um lado desenvolvimento econômico, embasada no sistema mercadológico do capitalismo, por outro lado trouxe consigo o estado de pobreza e mazela a determinadas categorias sociais e a muitos países que suportam a força das grandes potências, e suas repercussões nos mais diversos planos, como o econômico, ecológico e mercadológico, entre outros (VAZ, 2008, p. 243).

De acordo com Vaz (2008), na análise da concepção de risco é digna de atenção os aspectos sustentados por Anthony Giddens, embora também relacione tal ideia à modernidade, no contexto atual o conceito de risco comporta uma nova roupagem e ímpar relevância.

Assim sendo, embora a noção de risco seja incorporada à dinâmica moderna, as inúmeras atividades humanas passam a contemplar um potencial lesivo quer seja ao próprio homem e ao meio ambiente. Na atualidade tal percepção amplia-se na medida em que atrela-se à noção de risco, isto é, a necessidade de se atentar para a minimização dos impactos por eles gerados, como condição para a preservação da própria humanidade.

O conceito de risco passa a ocupar espaço decisivo nas discussões de governos, autoridades e diferentes tipos de organizações em todo o mundo, devendo ser repensado os valores que regem o irrefreável modelo de desenvolvimento predominante, sobretudo, nos países mais industrializados.

Tomando-se, por base tais elementos:

Depreende-se que na sociedade de risco é de fato um paradigma a nortear a atuação de todos os setores que interagem para a proteção e desenvolvimento desta, sendo imprescindível o aprimoramento de técnicas e estratégicas para evitar que os efeitos

maléficos do rápido desenvolvimento industrial e tecnológico se sobreponham às vantagens deste (VAZ, 2008, p. 245).

Reforça-se, neste contexto, a necessidade de reunião de esforços por parte de toda a sociedade civil organizada e em particular, do Estado para com o desenvolvimento de ações e medidas efetivas para evitar que os efeitos prejudiciais decorrentes do acelerado desenvolvimento industrial e tecnológico não se sobreponham às vantagens por ele proporcionadas em termos de conforto e bem estar da humanidade.

De acordo com Guivant (2001), Ulrich Beck ao tratar das complexidades que regem o mundo contemporâneo destaca a sociedade brasileira, assim como as sociedades mais industrializadas estão afetadas por problemas de escassez, mediante a qual a desigualdade existente convive lado a lado com os problemas da sociedade de risco, sem haver um processo reflexivo sobre o assunto.

“Tal sociedade deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza” (ROMA, 2017, p. 9).

Por sua vez, o capitalismo moderno difere de todas as formas anteriores de sistema econômico em suas atitudes em relação ao futuro, pois passa a administrar o risco tendendo a considerá-lo importante elemento gerador de riquezas.

Nota-se os problemas no campo econômico, social, político e até mesmo jurídico que afetam a sociedade brasileira, encontram-se distribuídas em outras partes do planeta, merecendo atenção a questão de escassez e desigualdade social que marcam a existência, ou melhor dizendo, subsistência de um grande número de pessoas.

Merece igualmente atenção com base em Arnaut (2013), as proposições de Niklas Luhmann, que junto Ulrich Beck passam a tratar dos riscos ambientais em escala planetária, em atenção aos efeitos provocados pela globalização.

Os riscos ambientais desta forma, passam a ser entendidos como efeitos da exploração desenfreada dos recursos naturais existentes, gerando consequências que vão desde o aquecimento global, mudanças climáticas que afetam a produção de alimentos, dentre tantos outros que acabam sendo compartilhados por todas as nações, mas que produzem consequências mais drásticas nos países menos desenvolvidos.

Arnaud (2013), sustenta que tanto Luhmann como Beck compreendem a ampliação da percepção da sociedade sobre os riscos ambientais, como um fator que se reflete na própria concepção do que se entende por sociedade.

O conceito de sociedade passa de tal modo a ser redimensionado, na medida que a intitulada sociedade civil organizada não foi capaz de conduzir de forma ordenada o processo que

conduz ao atendimento de suas necessidades; pelo contrário, passou a gerar consequências negativas que se voltam contra si mesma.

É possível sugerir até determinado momento a sociedade pensava apenas em como satisfazer todas as suas necessidades em termos de conforto e fruição de bens materiais; desenvolvimento que foi sendo conduzido a qualquer custo e sem qualquer preocupação social e ambiental.

Todavia, em tal ‘progresso’ mostra não só benefícios, mas prejuízos que se irradiam por todo o planeta, a sociedade começa a refletir sobre o que fazer para retomar o equilíbrio perdido.

A partir de tais elementos nota-se, que para além de uma abordagem sociológica sobre o tema, a sociedade passa a conviver com diferentes tipos de mazelas e problemas, quer sejam de ordem social, econômica, político e até mesmo jurídica, uma vez que os bens necessários para alavancar e assegurar o desenvolvimento tornam-se cada vez mais escassos e disputados.

Como resultado tem-se uma evolução, sobretudo, tecnológica, mas ao mesmo tempo acaba por se tornar cada vez mais insustentável e colocado em xeque, com riscos ambientais, bem como demais riscos, que comprometem a sobrevivência da própria humanidade.

O lado mais perverso de tal cenário é, a escassez e a desigualdade social tem sido parte integrante de sociedades entendidas por ‘democráticas’, mas cuja pretensa igualdade ainda está atrelada essencialmente ao campo formal, ou seja, a própria sociedade anseia pelo desenvolvimento e acaba sendo afetada pelos inúmeros riscos e perigos produzidos.

Tem-se, de tal modo que:

Num momento em que se fala de uma democracia global, de interesses comuns ao ser humano, difundidos nos quatro cantos do globo, é que surge a necessidade de se proteger essa mesma humanidade dos riscos que, paradoxalmente, todo este rápido desenvolvimento traz. Portanto, parece necessária e adequada a preocupação do Direito com o tema neste quadrante histórico (VAZ, 2008, p. 248).

Surge a necessidade de estabelecer medidas efetivas para a tutela dos direitos fundamentais, cuja fruição do desenvolvimento desenfreado coloca em xeque, cabendo ao Direito enquanto instrumento apto a reger as relações em sociedade e aos seus ‘operadores’ um papel decisivo de atuação em prol da preservação da própria sociedade.

Tomando-se, por base tais aspectos:

Assim, parece clarividente que os bens a serem protegidos contemporaneamente necessitam de uma cooperação de toda a sociedade, sendo relevante a informação adequada desta quanto à forma de apresentação dos acontecimentos e a elucidação acerca das consequências de determinados comportamentos humanos de forma imparcial e eficiente. Devem ser favorecidas ações positivas de solidariedade e rechaçadas as atitudes negativas, individualistas e egoístas (VAZ, 2008, p. 249).

À luz de tais comentários, é essencial toda a sociedade tomar consciência plena dos efeitos

que a gama de comportamentos indiscriminadamente realizados vem gerando, reforçando-se, o sentimento de solidariedade que deve mover a humanidade em prol da igualdade de acesso aos direitos fundamentais do ser humano.

3. O DIREITO À MORADIA – DISCUSSÃO DE SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE RISCO

Tomando-se, por base os valores que guarnecem a ordem e a paz social no Estado Democrático de Direito e a interrelação entre os direitos fundamentais e a sociedade de risco, torna-se, primordial discorrer sobre o direito fundamental à moradia e seus reflexos no âmbito da sociedade de risco.

Dentro desta análise não se pode perder de vista o fato de que a discussão que envolve o direito à moradia, não está afeta apenas àqueles que não podem fruir deste direito, mas sim, a toda sociedade, uma vez que a ausência de efetividade deste direito por parte do ser humano gera inúmeras consequências, dentre as quais, a usurpação da propriedade alheia, violência associada à ocupações clandestinas e danos ambientais decorrentes da ocupação desordenada de áreas de preservação ambiental.

O direito à moradia, além de ser considerado direito fundamental passa a ser entendido como direito cuja fruição de forma adequada tende a gerar benefícios para toda a sociedade, com a consequente diminuição das mazelas sociais, como a violência que gravita em torno da tentativa de ‘fruição’ forçada deste direito.

Interessante observar que o direito à moradia passa ao longo da história a ser entendido de forma ampla, quer seja, para além de um ‘teto’ é de substancial importância que o seu exercício se dê em condições dignas, nas quais o ser humano possa desfrutar de todos os elementos indispensáveis à qualidade de vida.

Diante do exposto:

Esta definição, como nova roupagem do espaço de vida do indivíduo foi desenvolvida ao longo do tempo e tratada agora como Direito à Moradia. A partir desta nova roupagem, o Direito à Moradia encontra definição apropriada na Observação Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que prescreve: o direito a uma moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável (PANSIERI, 2012, p. 12).

O direito à moradia adequada significa desfrutar de um lar com espaço adequado, ou seja, condizente com as necessidades da família que nele vai residir, bem como venha oferecer conjuntamente segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica e por sua vez, está interligada aos serviços essenciais para o exercício ativo da cidadania.

‘Foi com a Emenda Constitucional 26/00 que o Direito à Moradia foi elevado ao status de Direito Fundamental Social, sendo inserido no artigo 6º do referido diploma’ (PANSIERI, 2012, p. 24).

O direito à moradia, passa de tal forma, a figurar expressamente no elenco dos direitos fundamentais sociais, estreitamente relacionado com os fundamentos e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito, com vistas à construção de uma sociedade mais justa, igualitária e humana.

“Uma das possíveis estratégias de delimitação do conteúdo essencial dos direitos sociais, ao lado de uma dogmática específica de cada um dos direitos, radica na defesa da dignidade da pessoa humana, como conjunto de posições que definiriam o referido conteúdo” (SAMPAIO, 2013, p. 214).

A dignidade da pessoa humana como núcleo intangível em torno do qual irradia todos os direitos fundamentais, inclusive, aqueles de cunho social. Embora a especificidade de cada direito, não se pode deixar de lado a constatação de que todos concorrem para o mesmo fim, a promoção da dignidade de cada indivíduo.

Por tais razões, embora reconheça a força e a sofisticação do modelo relativo, em países de modernidade periférica e de economia forte como o Brasil, onde as instituições democráticas ainda necessitam de aprimoramento porque incipientes, a defesa de um conteúdo absoluto dos direitos sociais pode ofertar grande contribuição à superação da triste conclusão: o Brasil é um país rico, onde vive uma nação pobre (SAMPAIO, 2013, p. 214).

Somente com a promoção da igualdade no acesso material ao conteúdo dos direitos sociais é que há de se construir uma nação sem pobreza e marginalização social e reduzir as consequências geradas por uma sociedade de risco.

Evidencia-se, que:

...o Direito à Moradia passou a compor o rol dos Direitos Fundamentais e este é o motivo pelo qual se justifica uma análise detalhada deste direito com novo *status*. O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição Brasileira, em correspondência com demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade (PANSIERI, 2012, p. 24).

O direito de moradia deve de tal modo ser compreendido e valorizado conjuntamente com os demais valores consagrados na Constituição Federal, condição que inclui os fundamentos e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito, bem como a necessidade de levar em conta os princípios e preceitos por ela adotados, inclusive, aqueles decorrentes dos tratados internacionais.

É preciso de tal forma compreender, à luz da dinâmica social, que a efetividade do direito social à moradia, ao figurar como instrumento preventivo das mazelas geradas pela sociedade de risco, envolve a prerrogativa de se viver em um ambiente seguro, salubre e digno, em contrário à

situação enfrentada por aqueles que vivem à margem da sociedade, permeados pela violência, sensação de insegurança e indignidade.

Evidencia-se, de tal modo que sob o prisma da ordem constitucional vigente o direito à moradia deve conduzir à promoção do bem estar individual e coletivo, tendo em vista o fato de que cada ser humano tem assegurado, ao menos no plano formal, o direito de usufruir de condições materiais necessárias à existência com dignidade.

Assim sendo:

A doutrina, no que toca à nomenclatura utilizada para definir o mínimo existencial, não possui consenso, porém em última análise todas estão dentro de um núcleo muito próximo da definição, que se pode resumir na garantia do núcleo essencial dos Direitos Sociais tocados pela dignidade da pessoa humana (PANSIERI, 2012, p. 172).

Embora a indefinição conceitual acima descrita, garantir a fruição do núcleo essencial dos direitos sociais marcados pela dignidade da pessoa humana assegura a todo ser humano exercer sua cidadania, tomando parte nos bens e avanços alcançados no estágio de modernidade em que a sociedade se encontra.

Desfrutar neste sentido, de um mínimo existencial representa para cada ser humano a possibilidade de se ver reconhecido como pessoa, tanto por parte da sociedade, quanto por parte do Estado que passa a zelar para a concretização dos direitos fundamentais de cada um dos seus concidadãos.

Para “cumprir” os direitos previstos nesses instrumentos internacionais (e, por óbvio, os decorrentes do ordenamento interno), é preciso que os Estados adotem as medidas necessárias para, a partir da priorização do máximo dos recursos disponíveis, implementá-los progressivamente a fim de alcançar a sua plena realização (GOTTI, 2012, p. 250).

Há que se atentar para o fato de o Estado possuir meios próprios para superar inúmeras mazelas sociais, porém acaba por aprofundar as mazelas geradas pela sociedade de risco.

No caso específico do Direito à Moradia na sua perspectiva prestacional, o mínimo existencial tem diversos exemplos a serem tratados, mas toma-se no Brasil, o fato da existência de inúmeras áreas de sub-habitação nas grandes cidades, que são desocupadas sem nenhum projeto habitacional para as famílias que ali residiam. Neste caso específico, o dever do executivo inicia-se já na elaboração do orçamento, no qual deverá prever os possíveis custos para o alojamento das pessoas que vivem nestas áreas em caso de ordem judicial, como se encontra estabelecido a partir de 2000, com lei complementar 101, que impõe: art. 5 - O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta lei complementar: (...) III – conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base a na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinadas ao: a)(...) b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevisíveis (PANSIERI, 2012, p. 174).

É digno de ressalva o fato de o próprio ordenamento jurídico contemplar a necessidade de se atender a ‘diferentes riscos’, que certamente poderiam ser pormenorizados acaso houvesse uma abordagem preventiva de todos os fatores que predis põe uma sociedade de risco, condição que

inclui, inevitavelmente a garantia do mínimo existencial, do qual o direito à moradia o integra.

Partindo deste pressuposto:

O referido dispositivo exige do Executivo em última análise, ligando a ideia de orçamento com o Direito à Moradia, uma ação preventiva para a alocação dos habitantes das áreas invadidas em caso de desocupação. O que possibilita ao Magistrado na tomada de decisão garantir o direito a propriedade dos donos da terra e também o Direito à Moradia como núcleo essencial da dignidade humana, tutelando o referido direito na perspectiva do mínimo existencial, pois ao poder público além da obrigação de tutelar o Direito à Moradia ainda existe a previsão para que este reserve parcela orçamentária para casos emergenciais. O problema é que nos países em desenvolvimento, os passivos contingentes sempre serão maiores que as contencões orçamentárias existentes, o que remeterá o debate novamente à reserva do possível (PANSIERI, 2012, p. 174).

Entende-se, não obstante o amplo debate em torno da efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, inclusive quanto ao direito fundamental social à moradia, quando colocado em xeque sua efetividade entra em cena a questão da ‘reserva do possível’, quer seja, como escusa para o Estado isentar-se do seu dever frente à sociedade de risco, embora seu poder-dever de agir.

Tem-se, que o “conteúdo essencial dos direitos sociais, além de impor uma configuração dos direitos sociais, sob pena de omissão inconstitucional, gera a proibição efetiva de reduzir ou retroceder as conquistas já feitas, no plano da legislação” (SAMPAIO, 2013, p. 230).

Não pode de tal forma o Estado ficar inerte diante das inúmeras garantias legais, sobretudo, constitucional, que guarnecem e fundamentam a existência do Estado Democrático de Direito, sob pena de retrocesso.

No papel do Estado de auxiliador na criação de condições materiais, tanto do ponto de vista normativo, quanto político, a ele incumbe a tomada de decisões que devem concorrer para o bem de toda a nação.

Concretizar de tal forma o exercício das liberdades individuais significa favorecer a cada ser humano as bases para desfrutar O papel do Estado é, a partir desse duplo fundamento dos direitos sociais, justamente o de auxiliar na criação das condições materiais, concretizando o exercício das liberdades individuais “por intermédio do Estado” e a transformação social por meio da distribuição de riqueza (GOTTI, 2012, p. 49).

Da igualdade de oportunidades, tornando a sociedade mais justa, igualitária, solidária e fraterna.

De igual modo, torna-se, substancial que ocorra a transformação social através da distribuição de riquezas, favorecendo as condições para fomentar trabalho e renda adequada para a população ter melhor qualidade de vida, a começar pelo direito de moradia.

“Os direitos sociais prestacionais são, por conseguinte, sobretudo, endereçados ao Estado, para quem surge, na maioria das vezes, deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material” (GOTTI, 2012, p. 50).

A melhoria das condições de vida de toda a população deve ser vista como o bem maior a ser alcançado pelo Estado em nome de seus cidadãos, até mesmo pelo fato de que entre os objetivos a serem alcançados no Estado Democrático de Direito está a redução da pobreza e marginalização social.

Com respeito à promoção da igualdade material é de substancial importância que a igualdade não se resuma à letra fria da norma, mas sim, seja transferida para a realidade concreta, pautando-se, no ideal de uma sociedade que reconheça a prerrogativa de cada ser humano à fruição dos direitos fundamentais.

Defende-se que:

Impedir o retrocesso conduz à afirmação de que os direitos sociais, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional que os impede de ser anulados pelo desfazimento do ato de implementação e um direito subjetivo à fruição do próprio direito (SAMPAIO, 2013, p. 230).

O direito subjetivo de fruição cabe a todo ser humano indistintamente, bem como usufruir dos direitos sociais existentes, inclusive o direito à moradia, com vistas a exercer sua cidadania e ao mesmo tempo desfrutar do essencial para viver em dignidade.

É preciso atentar para os seguintes aspectos:

Deixar de levar em consideração o “resultado” é ter uma visão míope sobre os direitos sociais, na medida em que aquele é uma decorrência lógica do fundamento e da legitimação desses direitos, que visam, sobretudo, assegurar condições mínimas de existência. Observe-se, ainda, que somente a partir da preocupação com e da análise do resultado é possível monitorar, de forma efetiva, o grau de concretização dos direitos sociais alcançado pelo Estado (GOTTI, 2012, p. 51).

A partir do entendimento de Sampaio (2013), denota-se, que o exercício dos direitos fundamentais deve concorrer para o bem estar coletivo.

Busca-se zelar a cada integrante da sociedade desfrutar do mínimo existencial, condição que certamente influencia no bem estar coletivo e conseqüentemente, na minimização dos impactos gerados pela sociedade de risco.

Atenta-se, de tal forma para os seguintes aspectos:

De fato, por ter a missão de possibilitar melhores condições de vida às pessoas em situação de vulnerabilidade e de realizar a igualização de situações desiguais – e por ser, sobretudo, implementado por meio de políticas públicas empreendidas pelo Estado –, a aferição do resultado é fundamental para a precisa identificação do grau de fruição desses direitos pelos cidadãos e, conseqüentemente, para sua garantia (GOTTI, 2012, p. 51).

Sustenta-se quanto maior for o bem estar geral, com a distribuição igualitária de acesso aos bens considerados essenciais para o ser humano, menor será a susceptibilidade da sociedade de um determinado território aos riscos que ela mesma produz em termos de desenvolvimento e acirramento do processo de modernidade.

CONCLUSÃO

Ao passo em que a sociedade evolui extraordinariamente em termos de disponibilidade de bens, não foi capaz de na mesma proporção assegurar que estes possam ser usufruídos por toda a coletividade, condição para gerar consequências que se voltam contra toda a sociedade, colocando em risco a ordem e a paz social.

Tem ocorrido de tal modo um acirramento da crise social imposta por um sistema social, político, econômico e até mesmo jurídico que não consegue concretizar, para além do aspecto formal, uma série de direitos e garantias, cuja base principiológica concorre ou ao menos deveria concorrer para a promoção da igualdade.

Cenário diante do qual evidencia-se um grande distanciamento entre os direitos fundamentais formalmente assegurados ao longo do texto da Constituição Federal e as condições materiais para sua fruição, sobretudo, em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, em especial, quanto ao direito à moradia, cuja ausência de efetividade tem gerado inúmeros problemas sociais e até mesmo ambientais, que induzem cada vez mais à necessidade de discussão das implicações geradas pela sociedade de risco.

Trata-se, de tal forma, a sociedade de risco de uma ‘categoria’, cujas proposições de Beck, Luhmann e Giddens demonstram o quanto a intitulada ‘modernidade’ tem gerado mazelas que irão afetar de forma cada vez mais profunda a própria sociedade, que expressa ou tacitamente ‘legítima’ a manutenção de um sistema excludente, materialmente incapaz de romper com a exclusão, constituindo a negligência em torno do direito à moradia uma das faces, senão uma das mais expressivas a demonstrar que são necessárias mudanças urgentes no sistema vigente, sob pena das consequências geradas pela sociedade de risco não serem mais passíveis de reparação.

REFERÊNCIAS

ARNAUT, Danilo. **Da biosfera à sociedade global: contribuição das teorias de risco para a sociologia da globalização**. Cadernos Cerumv. 24, n. 1, vol. 7, 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/68592/0>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Edições 70, uma chancela de Edições Almedina S.A., 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos Sociedade e Agricultura, vol. 16, abril, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMA, Rodrigo. **Sociedade de risco e bens jurídico-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAZ, Caroline. **Os direitos fundamentais na sociedade de risco**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 61, mai/out., 2008. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246466326.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

TEMAS FEMINISTAS X CONSERVADORISMO LATENTE: O LUGAR DO PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO E DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

Vinicius Alves SCHERCH¹
Sandra Santos Rosa SCHERCH²

RESUMO

O artigo trata do desafio que as reivindicações femininas encontram diante da dominação política, social e cultural do discurso conservador. Analisa aspectos do ordenamento jurídico que colocam as mulheres em condição subalterna e valorizam o ideal falocêntrico como vetor de obtenção da coesão da ordem social. Busca, pela teoria do pensamento jurídico crítico e pela teoria do reconhecimento, expor que a igualdade formal permite a perpetuação da injustiça. Utiliza a metodologia hipotético-dedutiva e a pesquisa bibliográfica para obtenção de respostas ao objetivo de desconstruir os padrões patriarcais, tradicionais e conservadores que colocam a mulher em situação inferior. Conclui que a dominação do conservadorismo é latente na produção legislativa e que pelo pluralismo político, com a participação feminina efetiva, é possível melhorar o quadro de desvantagem da mulher, garantindo seu acesso a direitos fundamentais de forma mais plena.

PALAVRAS-CHAVE: Conservadorismo; Feminismo; Pensamento jurídico crítico; Realismo político e jurídico; Teoria do reconhecimento.

ABSTRACT

The article addresses the challenge that women's claims are facing in the face of the political, social and cultural domination of conservative discourse. It analyzes aspects of the juridical order that place women in a subaltern condition and value the phallogocentric ideal as a vector for obtaining the cohesion of the social order. It seeks, through the theory of critical juridical thinking and the theory of recognition, to expose that formal equality allows the perpetuation of injustice. It uses the hypothetico-deductive methodology and the bibliographical research to obtain answers to the objective of deconstructing the patriarchal, traditional and conservative standards that put the woman in inferior situation. It concludes that the domination of conservatism is latent in legislative production and that through political pluralism, with effective female participation, it is possible to improve the disadvantage situation of women by ensuring their access to fundamental rights more fully.

KEY WORDS: Conservatism; Feminism; Critical legal thinking; Political and legal realism; Theory of recognition.

1 INTRODUÇÃO

- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista em Administração Pública pela Unicesumar (2014), em Direito e processo do Trabalho pela Unopar (2015) e em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC (2018). Graduado em Gestão Pública pela Unopar (2015) e em Direito pela Faculdade Cristo Rei (2010). Integrante do grupo de pesquisa da Academia Brasileira de Direito Constitucional (2017), Intervenção do Estado na vida das pessoas INTERVEPES (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito à moradia, direito orçamentário, direitos fundamentais, constituição e decisões políticas.
- 2 Possui licenciatura plena em Geografia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Cornélio Procopio - Paraná (2014). Atualmente aluna do curso de Direito pela UNOPAR, Campus Bandeirantes - Paraná. Atualmente aluna do curso de pós graduação IDCC-Direito Constitucional Contemporâneo.

A pauta feminista contemporânea ocupa uma considerável parte das reivindicações gerais em âmbito legal. No entanto, ainda que conferida a liberdade de expressão, formalmente igualitária, a voz feminina parece ecoar no vazio da falta de acolhimento pelo Poder Legislativo que resiste às pressões, mantendo seu pensamento eminentemente conservador, latente em discursos que visam a proteção da família, da segurança e da ordem nacional, do combate à corrupção e da busca pelo milagre econômico do país.

O problema que o presente artigo se debruça sobre a luta das mulheres para a desconstrução dos padrões patriarcais, a fim de que possam ter efetivo reconhecimento. Em aparência de igualdade, os discursos políticos mascaram uma desigualdade estrutural, que impulsiona falta da decisão popular sem levar em consideração os movimentos das minorias. Ainda, é concebido como avanço direitos primários como o voto, a possibilidade de participar ativamente da política e ter acesso a cargos públicos, que são conferidos à mulher, mas, no entanto, nunca lhe poderiam ter sido negados.

Objetivando uma investigação a respeito da falta de peso da participação das mulheres, a ausência de apoio institucional e a resistência social aos discursos feministas, que inviabilizam colocar em pauta a discussão sobre seus direitos. Para isso, é apresentada busca pela liberdade e pela igualdade substanciais, pois a desigualdade se faz presente ao longo da história e o quanto a opressão imposta pelo discurso falocêntrico e por premissas epistemológicas na construção de leis que levam em consideração a subalternização da mulher incidem na busca pelo reconhecimento efetivo da pauta feminina.

Para abordar tais questões será utilizado o referencial teórico da construção do pensamento crítico do Direito e da Teoria do Reconhecimento. Justifica-se este recorte teórico a partir da ideia de que o pensamento político-jurídico hegemônico naturaliza a subalternização da mulher situando-a em um papel secundário e muitas vezes inexistente.

A fim de alcançar respostas, é utilizado o método hipotético-dedutivo, para fornecer uma compreensão da forma como é construído o ordenamento jurídico que influencia diretamente a situação das mulheres, aplicando alguns possíveis resultados das teorias predominantemente críticas, como técnica de pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica.

A estruturação deste artigo dá-se em duas partes. Primeiro é estudada a relação do conservadorismo com a estrutura do ordenamento jurídico e o impacto disso sobre as mulheres. Na segunda parte, a pesquisa dedica-se ao pensamento jurídico crítico e à teoria do reconhecimento aplicadas às mulheres.

2 O CONSERVADORISMO COMO PREMISSA DO DISCURSO TRADICIONAL

FALOCÊNTRICO

A partir de uma leitura mais geral, em aspecto de um giro materialista da história, inevitável passar pela leitura proporcionada por Engels já em 1884. A família, em suas primeiras formas de organização tinha diferenciações quanto ao modo de parentesco, numa multiplicidade de relacionamentos o homem não somente chamava filhos e filhas os próprios, mas também os de seus irmãos, que assim também aqueles o chamavam de pai, mas entre os filhos das suas irmãs havia a relação entre tios e sobrinhos/sobrinhas. Ao passo que a mulher chamava de filhos e filhas, além dos próprios, os de suas irmãs, mas chamava de filhos e filhas, assim como estes os chamavam de mãe. No entanto, as mulheres chamavam de sobrinhos e sobrinhas os filhos de seus irmãos, que assim a chamavam de tia. Os filhos da mulher e de seu irmão, chamavam-se, de modo recíproco, de primos e primas (ENGELS, 1984, p. 28-29).

Dessa “família pré-monogâmica” percebe-se que a mulher tinha condições de saber aqueles que eram filhos seus, ao passo que a paternidade não era distinguível, dando à mulher a importância e destaque em razão de dominar a descendência, dando fundamento para o direito materno, assim como reconhecia-se à mulher o predomínio na economia doméstica (ENGELS, 1984, p. 44-50). Embora não seja uma constante das diversas culturas e povos da Humanidade, em que cada povo teve um modelo de família e de construção de técnicas evolutivas – do ponto de vista da produção, não se descarta a influência disso no quadrante de opressão da mulher:

À medida que o homem desenvolveu a capacidade da agricultura e da domesticação de animais, sua atividade tornou-se mais apreciada pelo grupo social em detrimento da atuação feminina. Dessa forma, o trabalho doméstico da mulher perdeu sua importância comparado com o trabalho produtivo do homem. (VARGAS PALAR; OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 725)

Esta vertente materialista e capitalista, que se desencadeia da sociedade de classes contribui para a subalternar a mulher, relegando-a ao espaço doméstico e colocando o espaço público como verdadeiramente importante, mais do que isso, a noção de secundarização da figura feminina acompanhou àquela da família como um módulo de produção e tornou o lar em primeiro império do homem. E como a cultura impacta diretamente os aspectos normativos, institucionalizando modelos de conduta para manter a coesão social (WOLKMER, 2012a, p. 1), a influência da dominação masculina acabou ordenando o Direito, reproduzindo a figura central do *pater* como a autoridade suprema e, ideologicamente, orientando a produção normativa.

Como se pode ver, a abordagem que Engels desenvolveu na obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, ainda que se utilize de um nítido fundamento no evolucionismo social clássico – com base nos estudos do antropólogo Lewis Henry Morgan –, que era a teoria social de destaque no século XIX, traz um grande aporte teórico para a aplicação do marxismo enquanto movimento que contribui para a desnaturalização da posição secundária da mulher.

Objetivamente, no Brasil, não há muito, em aspecto de relatos, a respeito da mulher nos períodos pré-coloniais – antes da chegada dos portugueses –, todavia, é possível perceber o discurso falocêntrico logo nas primeiras percepções dos costumes indígenas:

No parto, por exemplo, o papel paterno era ressaltado, pois cabia ao homem cumprir com diversas tradições como se privar de comer carne e sal durante os três dias que seguiam esse ato e cortar o cordão umbilical na hora do parto. Caso deixasse de cumprir esses preceitos, ele era responsabilizado pelas cólicas ou pela morte da criança. Além disso, o ato sexual era uma prática comum e anterior ao casamento.

Nessa perspectiva, é possível perceber que a mulher indígena não estava envolvida por um ideal materno ou de honra. Ademais, as comunidades nativas não possuíam normas jurídicas que estabelecessem a posição da mulher no grupo. (VARGAS PALAR; OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 730-731)

Na época da colonização, a partir das capitânicas hereditárias no Brasil, ficou caracterizada a importação dos padrões culturais e morais europeus, com isso, as mulheres eram tidas como submissas aos homens, continuando um projeto educacional/vocacional para o casamento e para a servidão da figura masculina, a violência contra a mulher era banalizada e justificada na sua condição de propriedade do homem (VARGAS PALAR; OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 731-732).

Com a conquista da independência do Brasil em 1824 e a outorga de uma Constituição, nada de novo sobreveio à situação das mulheres. Mas com o Código Criminal do Império, a mulher apareceu em diversas passagens como sujeito passivo, mas acompanhada de atributos como honestidade e virgindade, “a aplicação da lei decorria da situação social da mulher, de modo que aquelas que não preenchiam os requisitos tornavam-se mais vulneráveis” (VARGAS PALAR; OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 731-732). A partir de 1927, com a Lei 15, as meninas das cidades mais populosas ganharam o direito à educação, onde poderiam aprender economia doméstica com as professoras, somente em 1879 foi permitido o acesso da mulher ao ensino superior.

Após a Proclamação da República, em 1891 o Brasil ganha sua segunda Constituição, agora com a inovação da igualdade formal, onde “todos” eram iguais perante a lei, mas a mulher não tinha direito a sufrágio e continuava submetida ao critério subjetivo da honestidade para a configuração do crime de estupro, conforme o Código Penal de 1890.

Na passagem para o século XX, e com um novo diploma civil, o Código Civil de 1916 ainda tratava a mulher como uma figura oprimida, tanto que a mulher casada era tida como relativamente incapaz (art. 6º), a descoberta pelo marido, de que a mulher não era virgem, dava a

oportunidade de alegar erro essencial e anular o casamento (art. 219, IV) e o art. 233 colocava o marido como chefe da sociedade conjugal, responsável pela manutenção da família e com poder para autorizar a mulher a trabalhar. A mulher era controlada juridicamente não só em relações civis, mas também pela interferência em seu lazer, lhes era negado participar de esportes “incompatíveis com a sua natureza”, como registra o art. 44 do Decreto-Lei nº 3.199/41, por exemplo.

Ainda que a Constituição de 1934 expressamente vedasse a distinção e os privilégios decorrentes de sexo (art. 113, ‘1’), a CLT, em 1943, trazia o matrimônio e a gravidez como justo motivo para a rescisão do contrato.

Somente em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, a mulher deixou de ser relativamente incapaz e com a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) restou regulamentada a dissolução conjugal e o casamento. Ainda que em poucas medidas, a estrutura do ordenamento jurídico foi abrindo espaços para as mulheres:

Nota-se que, a partir da segunda metade do século XX, cresce o número de normas jurídicas que reconhecem os direitos das mulheres e estabelecem medidas protetivas para garanti-los. Essas mudanças culminam na Constituição Federal Brasileira de 1988. (VARGAS PALAR; OLIVEIRA DA SILVA, 2018, p. 736)

A Constituição de 1988 trouxe em seu art. 5º que todos são iguais, reforçando no inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, todavia, na prática a mulher enfrenta desafios para alcançar essa igualdade.

Pode-se dizer que “a libertação feminina que levou a decadência do viés patriarcal da família. Foi a luta feminista que impôs o império da liberdade e da igualdade” (DIAS, 2105, p. 13), e é esta a grande resistência que a mulher encontra quando se depara com a estrutura do Direito. O discurso conservador impede que temas relativos a direitos das mulheres (igualdade, liberdade) sejam discutidos com justificativa na manutenção da ordem natural e da família tradicional. Basta lembrar a ADPF 54³ em 2013 e o HC 124306⁴ em 2017, que respectivamente trataram da interrupção da gravidez de feto anencéfalo e da prisão preventiva de uma mulher em razão de um

3 (...) impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. (Trecho do voto do Rel. Min. Marco Aurélio na ADPF 54)

4 (...) o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro. (...) é dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. (Trecho do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso no HC 124306/RJ)

aborto, são temas que encontram uma intransponível barreira em sentido de aprimoramento legislativo e que deixam ao STF a tarefa de garantir direitos fundamentais básicos como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, autonomia da mulher para fazer suas escolhas, integridade física e psíquica da mulher, e da igualdade de gênero.

Ora, o conservadorismo não passa de um discurso falacioso que conduz a um engessamento no reconhecimento substancial da igualdade e da liberdade das mulheres, quando é o primeiro a impulsionar o desprezo e descaso com as mulheres na sociedade⁵. A busca pela igualdade e liberdade está longe de ser alcançada, mas, aos poucos, mais movimentos sensibilizam o mundo, para que as mulheres tenham seus direitos reconhecidos⁶.

Diante do olhar feminista, buscando os princípios epistemológicos das leis no Brasil para a proteção das mulheres, a crítica ao discurso jurídico colonial que se faz é que sua busca pela imparcialidade sempre se dá no sentido do dito pelo não dito, como por exemplo, a Lei nº 12.034/2012 que garante o mínimo de 30% e máximo de 70% para **candidaturas** de cada sexo⁷, a Lei do Feminicídio que apenas foi introduzida como uma qualificadora e com agravantes do crime de homicídio⁸ e, ressalta-se, dados apontam que entre 2015 e 2016 os casos de feminicídio aumentaram 38,3⁹.

Em especial, o conservadorismo e o poderio falocêntrico registram sua hegemonia com a simples inserção do feminicídio no Código Penal, que gera a falta de apoio da sociedade à alteração legal e endossa os discursos pela sua desnecessidade, ante a ausência de exposição do pano de fundo que leva ao aumento da punição da violência contra a mulher:

Nesta senda, percebe-se que enquanto a legislação destinada a coibir o feminicídio em outros países da América Latina assumiu um posicionamento expresso quanto à constatação

-
- 5 El PAÍS. **“Garotas Mortas”: O machismo e a filosofia do garfo.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/26/cultura/1527361681_572078.html>. Acesso em 26, mai. 2018.
- 6 El País. **Arábia Saudita finalmente permite que as mulheres dirijam.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/23/internacional/1529752275_970482.html Acesso em: 24 jun. 2018
- 7 Nas eleições gerais de 2014, de 6.178 candidatos a Deputado Federal, 1.796 eram mulheres, das quais 51 conseguiram se eleger. Como são 513 vagas, as mulheres têm uma representação efetiva de 9,94% na Câmara. Já no Senado, das 169 candidaturas, 34 eram femininas, das quais 5 foram eleitas, totalizando 18,51% de representação substancial, vez que são 27 vagas preenchidas. Em âmbito nacional, concorreram ao cargo de Deputado Estadual 14.882 candidatos às 1.035 vagas, do total de candidaturas, 4.326 eram femininas e apenas 114 conseguiram ser eleitas representando 11%. A vitória do discurso conservador reside em dar reserva de candidatura, mas não dar reserva de vagas para as mulheres, bem como, das estatísticas do TSE, grosso modo, aplica-se o critério binário para definição do gênero, não aparecendo o percentual LGBT. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>> Acesso em: 25 jun. 2018.
- 8 Reconhece-se a importância da Lei nº 13.104/2015, que trata do homicídio qualificado e que aumenta em de 1/3 até a metade a pena quando o cometido contra a mulher, classificando-o como hediondo. No entanto, fica evidente a falta de atenção e de criação de políticas públicas para o combate à violência contra a mulher, pois, o homicídio é a última instância da resignação da mulher ao homem.
- 9 SENADO NOTÍCIAS. **Três anos depois de aprovada, Lei do Feminicídio tem avanços e desafios.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-feminicidio-tem-avancos-e-desafios/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-feminicidio-tem-avancos-e-desafios>>. Acesso em 20, jun. 2018.

de que o feminicídio é fruto da estrutura patriarcal, tendo em vista que citam a questão das relações desiguais de poder entre homens e mulheres, o Brasil limitou-se a ocultar essa dimensão no texto da regulação da agravante do tipo penal destinado à punição do homicídio.

(...)

O dispositivo legal pátrio considera feminicídio aquele “praticado contra a mulher por razões da condição de sexo”: ou seja, há razões da “condição de sexo feminino” quando o crime envolve “violência doméstica e familiar” e “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. (MARQUES, 2016, p. 152).

Além de não cobrir a integralidade de homicídios contra a mulher e que encampam uma luta da sua dominação pelo homem, o feminicídio deixa de lado muitas questões, até mais graves, como violências horizontalizadas nas condutas de *stalking* extremado que culmina na morte da vítima.

Assim, os discursos tradicionais impedem que esses temas relacionados aos direitos femininos, ao menos possam ser colocados em pauta para discussão, e quando o são, não têm a devida atenção e importância transferida para o plano normativo desamparando a minoria – em questão os direitos das mulheres:

O Direito muitas vezes tem sido apontado como responsável por legitimar discursivamente, ideologicamente, normativamente e na prática a ordem patriarcal, legitimando com isso a dominação masculina como parte da “boa ordem social”. Nesse sentido, é preciso pensar o Direito a partir de outro paradigma que supere a dominação masculina que se nota na aprendizagem e linguagem jurídica. (MARQUES, 2016, p. 152).

Na verdade, o Direito tem um compromisso com justiça e para torna-lo viável, precisa considerar os aspectos morais, culturais e sociais em combate ao preconceito e à reprodução de um modelo de dominação de um sobre o outro, não só garantindo a tolerância, mas também buscando o respeito e a efetividade:

A depender da crescente visibilidade social conferida à defesa de direitos sexuais, impondo, pela correlação de forças e interesses entre os atingidos pela intolerância sexual, o rompimento do silêncio de que padece a ciência jurídica perante o homoerotismo no Brasil, importaria darmos atenção ao que nos diz Singer quanto ao tema em nosso país.

O discurso jurídico, por seu turno, não pode mais centrar-se unicamente numa razão androcêntrica, quando a proposição principal do milênio propugna o respeito à diversidade e à pluralidade. É óbvio que a discriminação racial e de gênero, a xenofobia, a intolerância para com o homoerotismo como legítima expressão sexual, e outras formas de exclusão, não serão superadas por meras alterações legislativas ou doutrinárias, nem tampouco conseguirá ser imposta a tolerância pelo poder judiciário. Todavia, o fato de tais reivindicações forçarem uma reformulação baseada na consideração da igualdade como princípio ético não pode ser desconsiderado – sob pena de deslegitimá-lo – por nenhum ordenamento jurídico. (OLIVEIRA, 2004 p. 68-69)

É neste sentido, ressaltando o impacto do conservadorismo no ordenamento jurídico, ao permitir a dominação do discurso falocêntrico em opressão à mulher, que será estudada a posição das teorias do pensamento crítico e do reconhecimento, a seguir.

3 TEORIA DO PENSAMENTO CRÍTICO E TEORIA DO RECONHECIMENTO: EM BUSCA DA IGUALDADE

Como ficou demonstrado, há uma nítida interferência da moral e das opiniões majoritárias no Direito, de modo que é inconcebível pensar a construção do ordenamento jurídico sem a influência da política. Neste sentido, o Direito não tem um papel meramente formal e teórico, merecendo um estudo de implementação de mecanismos que sejam capazes de garantir a concretização das demandas constitucionais e o respeito aos valores e princípios que retomam a consciência de dignidade das pessoas humanas e da justiça.

Funda-se, portanto, a teoria crítica do Direito em um pensamento político-social, não meramente teleológico, mas qualitativo quanto à obtenção de resultados substanciais na efetivação dos direitos, transformando a realidade experimentada pelas pessoas:

Desse modo, pode-se conceituar teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes, subalternos e colonizados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos de resistência que conduzem à formação de novas sociabilidade possuidores de uma concepção de mundo libertadora, antidogmática, participativa, criativa e transformadora. (WOLKMER, 2012b, p. 29)

Através do pensamento crítico é possível investigar questões que, muitas vezes, não aparecem expressamente no ordenamento jurídico, mas transparecem de suas fissuras, ou seja, ficam claras a partir de uma visão racional e não meramente conformativa do Direito. A igualdade material, por exemplo, é deduzida através do pensamento crítico que contrapõe os aspectos formais da norma aos seus efeitos concretos em sociedade e no tratamento efetivamente dado às pessoas, trazendo à luz que seus vetores não alcançam somente a atores políticos determinados, mas a todos, em tom de regra, mas, sobretudo, em tom de princípio:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas, que, ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais. (DIAS, 2015, p. 48)

Desta forma, pelo pensamento crítico fica exposto que o Direito não é sinônimo de lei, mas incorpora valores e princípios que buscam o bem comum, da mesma forma, não é neutro ao demandar a consciência do legislador e dos intérpretes, bem como tem uma nítida tarefa de se propor à solução de um problema e se impor como um instrumento de transformação social no sentido de proporcionar a emancipação do ser (COELHO, 1991). E ainda, sobre a teoria do pensamento crítico Antonio Carlos Wolkmer (2012b, p. 255):

O pensamento crítico tem a função de despertar a autoconsciência de subjetividade oprimidas que são vítimas dos segmentos sociais opressores, dos corpos dirigentes,

hegemônicos e das formas institucionalizadas de violência e de poder (local e global). Certamente a “crítica”, como dimensão epistemológica e sociopolítica, tem um papel pedagógico transgressor, à medida que se torna instrumental operante correto para a conscientização, resistência e libertação, incorporando as esperanças, intentos e carências de sociopolítica, tem um papel pedagógico transgressor, à medida que se torna instrumental operante correto para a conscientização, resistência e libertação, incorporando as esperanças, intentos e carências de sociabilidades que sofrem qualquer forma de discriminação, exploração e exclusão.

Em aspecto global, segundo a ONU, uma em cada três mulheres é ou será vítima de violência de gênero no mundo e quase metade dos casos de homicídios envolvendo mulheres como vítimas, tem como sujeito ativo do crime um parceiro ou ex-parceiro. Em média, por ano, 17 milhões de meninas se casam quando ainda são menores de idade¹⁰. Desta forma, pelo pensamento crítico é possível questionar se há realmente efetividade no ordenamento jurídico que se propõe a proteger as mulheres. Sem objeção, no Brasil, casos que compõem a cifra negra da violência contra a mulher não entram nas estatísticas, assim, em aspecto real, a violência doméstica, a violência moral sofrida pelas mulheres no lar, no trabalho e na rua é muito maior do que aparenta. Ainda que importantíssimo mecanismo de proteção feminina, a Lei nº 11.340/2006 carrega algumas medidas insatisfatórias para a efetiva transformação social:

De certo modo, algumas previsões que foram consagradas na Lei Maria da Penha possuem nítido caráter de direito penal simbólico, na medida em que os homens agressores são tratados com mais rigor (e.g., medidas preliminares de afastamento do lar, possibilidade de prisão preventiva, não conversão da prisão em multa), sem que exista, necessariamente, preocupação vinculada a estatísticas ou dados concretos quanto à efetividade ou eficiência dessas medidas no rompimento do ciclo de violência. Presume-se que o tratamento mais rigoroso implicará efeitos na cessação da rotina de violência. (CARVALHO AMARAL, 2016, p. 107)

Sob este viés, a teoria crítica permite a percepção de que a igualdade é um mecanismo de injustiça ao desconsiderar a posição da mulher e conferir poucos mecanismos de proteção efetiva:

A naturalização das diferenças construídas socialmente entre homens e mulheres é fundamental para essa atuação supostamente neutra do direito. Ao propor um tratamento formalmente igualitário para as mulheres, o Estado o faz partindo de diferenças que se materializam em desigualdades e em desvantagens para as mulheres e, dessa forma, a igualdade materializa-se como injustiça. (OLIVEIRA, 2017, p. 622)

Desta forma, ainda que as previsões da Lei nº 13.641/2018¹¹ tenham o descumprimento da decisão judicial das medidas protetivas de urgência como um crime, sua pena é de até dois anos e admite fiança. A mulher fica em um aspecto secundário de proteção, já que a lei ostenta a decisão judicial como bem jurídico primariamente tutelado e há riscos por isso, não só de surgirem

10 ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Vice-chefe da ONU denuncia pandemia global de violência contra as mulheres**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/vice-chefe-da-onu-denuncia-pandemia-global-de-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em 18 jun. 2018.

11 Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1o A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2o Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3o O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

correntes para aplicação da Lei nº 9.099/95 para o ilícito em específico, como podem decorrer violências reflexas contra a vítima. Assim, o legislador continua a desconsiderar aspectos críticos e a pauta feminina:

O Direito Penal, utilizado simbolicamente, possui grande aptidão para, ao contrário do pretendido pelas feministas, perpetuar desigualdades, ocultar as causas da violência de gênero, propiciando etiquetagem de vítimas e agressores, da ineficácia dessa visão ontológica do delito e da não consideração das cifras ocultas, que tendem a incrementar por medidas penais mais rígidas que não sejam acompanhadas por políticas públicas de teor social. (CARVALHO AMARAL, 2016, p. 108-109)

Em muitos aspectos, o pensamento jurídico crítico encontra sinergia com a Teoria do Reconhecimento proposta por Nancy Fraser. Conforme explica Fraser (2002), a condição injusta é vista sob três pilares “ (i) problema da substituição; pelo reconhecimento; substituição da redistribuição; (ii) Reificação das identidades coletivas; (iii) problema do enquadramento desajustado”. Essas três questões traduzem luta pelo reconhecimento e redistribuição igualitária¹².

O reconhecimento “diz respeito a uma questão de status social, redistribuição ao problema de classes, representação refere-se ao direito a voz destes grupos marginalizados do espaço político” (CRISTIANETTI; BRUM, 2017, p. 133).

A Teoria do Reconhecimento se propõe a analisar:

Do ponto de vista distributivo, a injustiça surge na forma de desigualdades semelhantes às da classe, baseadas na estrutura econômica da sociedade. Aqui, a quintessência da injustiça é a má distribuição, em sentido lato, englobando não só a desigualdade de rendimentos, mas também a exploração, a privação e a marginalização ou exclusão dos mercados de trabalho. Conseqüentemente, o remédio está na redistribuição, também entendida em sentido lato, abrangendo não só a transferência de rendimentos, mas também a reorganização da divisão do trabalho, a transformação da estrutura da posse da propriedade e a democratização dos processos através dos quais se tomam decisões relativas ao investimento.

(...)

Do ponto de vista do reconhecimento, por contraste, a injustiça surge na forma de subordinação de estatuto, assente nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural. A injustiça paradigmática neste caso é o falso reconhecimento, que também deve ser tomado em sentido lato, abrangendo a dominação cultural, o não-reconhecimento e o desrespeito. O remédio é, portanto, o reconhecimento, igualmente em sentido lato, de forma a abarcar não só as reformas que visam revalorizar as identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados, mas também os esforços de reconhecimento e valorização da diversidade, por um lado, e, por outro, os esforços de transformação da ordem simbólica e de desconstrução dos termos que estão subjacentes às diferenciações de estatuto existentes, de forma a mudar a identidade social de todos. (FRASER, 2002, p. 11-12).

Para alcançar a concepção de justiça, Fraser aponta a necessidade premente de formulação de políticas que, precisam se imbricar. É necessário, portanto, que a distribuição e o reconhecimento caminhem juntos e busquem um objetivo comum, sob pena de não alcançar a efetividade:

Do ponto de vista distributivo, portanto, a justiça requer uma política de redistribuição. Do ponto de vista do reconhecimento, em contraponto, a justiça requer uma política de reconhecimento. A ameaça de substituição surge quando as duas perspectivas da justiça são

12 Por redistribuição igualitária devem ser entendidas não somente as riquezas, mas as posições sociais e o acesso aos cargos públicos.

consideradas mutuamente incompatíveis. Nesse caso, as reivindicações de reconhecimento desligam-se das reivindicações de redistribuição, acabando por as eclipsar. (NANCY, 2002, p. 12).

Na medida que movimentos das minorias tentam combater o discurso esmagador do conservadorismo, Fraser (2002, p.10) traz um olhar sobre as lutas em aspecto de reconhecimento, as minorias passam a ter visibilidade em rápida extensão pelos fluxos dos meios de comunicações globais, e, em certa medida, algumas lutas pelo reconhecimento tentam encorajar a intolerância e o patriarcalismo, com uma matriz fixada na questão da distribuição. O discurso neoliberal, por exemplo, se arvora na globalização para promover o capitalismo caracterizando assim, o problema da substituição. Outro problema que Fraser (2002, p. 14) aponta é o da reificação.

Uma segunda ameaça à justiça social no contexto da globalização surge como resultado de uma outra ironia histórica: as lutas pelo reconhecimento estão hoje a proliferar apesar (ou por causa) do aumento da interação e comunicação transculturais. Isto é, manifestam-se precisamente quando a aceleração das migrações e dos fluxos dos meios de comunicação globais estão a fracturar e a hibridar todas as formas culturais, mesmo aquelas anteriormente vividas como “intactas”. Em consonância, algumas lutas pelo reconhecimento procuram adaptar as instituições a esta condição de complexidade crescente. No entanto, muitas outras tomam a forma de um comunitarismo que simplifica e reifica drasticamente as identidades de grupo. Nestes casos, as lutas pelo reconhecimento não fomentam a interação e o respeito entre diferenças em contextos cada vez mais multiculturais, mas tendem antes a encorajar o separatismo e a formação de enclaves grupais, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo.

A essa forma das instituições, de manter e proliferar os discursos conservadores, Fraser chama de falso reconhecimento:

O falso reconhecimento consiste na depreciação de tal identidade pelo grupo dominante e no conseqüente dano infligido ao sentido do eu dos membros do grupo. A reparação deste dano requer o envolvimento numa política de reconhecimento que visa rectificar a desestruturação interna através da contestação da imagem pejorativa do grupo projectada pela cultura dominante. Os membros desses grupos devem rejeitar tais imagens em favor de novas auto-representações por eles próprios construídas. Depois de remodelar a sua identidade colectiva, devem exhibi-la publicamente de forma a ganhar o respeito e a consideração da sociedade em geral. Quando o resultado tem êxito, atinge-se o “reconhecimento” uma relação não distorcida consigo próprio. Relativamente ao modelo identitário, portanto, a política de reconhecimento significa política de identidade. (NANCY, 2002, p. 14-15).

Ainda há um terceiro apontamento chamado por Fraser (2002) de problema do enquadramento desajustado. Onde os movimentos que defendem os enclaves étnicos e a mistura crescente de população, torna os projetos utópicos. Ainda, Fraser (2002, p. 17) faz o seguinte apontamento:

Contudo, os conflitos actuais assumem um enquadramento desadequado. Por exemplo, há numerosos movimentos que procuram garantir enclaves étnicos precisamente numa altura em que a mistura crescente de populações está a tornar tais projectos utópicos. E há alguns defensores da redistribuição que se tornam proteccionistas precisamente numa altura em que a globalização económica está a fazer com que o keynesianismo seja impossível num país só. Nestes casos, o efeito não conduz à paridade de participação, mas antes à exacerbação das disparidades, ao impor à força um enquadramento nacional a processos que são inerentemente transnacionais. Chamo a isto o problema do enquadramento

desajustado.

Pode-se perceber que a luta das mulheres para romper os paradigmas do ordenamento jurídico predominantemente conservador encontra fundamento na Teoria do Reconhecimento, não somente no aspecto da visibilidade e da posição na sociedade, mas no acesso aos bens que são disponibilizados aos homens, repercutindo assim em desdobramentos da empregabilidade, promoção salarial, acesso a cargos públicos, representação junto ao Poder Público e poder de agenda. Notadamente, a contribuição do pensamento crítico permite a distinção dos problemas e a produção de possibilidades de solução, bem como a transformação social requerida pelas mulheres.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, os homens têm posição de destaque e colocam seus interesses como pressupostos de uma coesão da ordem social. Não há razão para justificar a dominação masculina, uma vez que as questões colocadas em discussão nesse artigo, permanecem ainda sem solução, pois a leis e os discursos tradicionais deixam de lado, dizendo e não dizendo, retornando no mesmo ciclo de perpetuação da desigualdade.

Por uma breve incursão no pensamento de Engels e em investigações do ordenamento jurídico eivado de vícios adquiridos da influência de um pensamento colonial e conservador, é possível perceber que a desigualdade e a opressão que, ao longo do tempo, colocam em xeque a segurança e a vida das mulheres não são uma causa natural e tampouco originam-se do acaso.

O Brasil ao mesmo tempo que encerra, reinaugura os ciclos de opressão da mulher, negando não só sua existência em espaços fora do tradicional domiciliar, como também diminuindo seus direitos, em orientação ao discurso conservador que perpetua a injustiça.

As lutas para alcançar os direitos e liberdades pelos movimentos feministas encontram resistência por parte dos grupos hegemônicos de poder, em seu bojo ainda estão longe de alcançar seus objetivos, são votos vencidos pelo conservadorismo, que insiste em naturalizar a desigualdade e neutralizar os discursos pela mudança do *status quo* das mulheres.

Hodiernamente, é possível encontrar países em que a própria igualdade formal ainda está bem longe de ser alcançada, mulheres sem liberdade para dirigir, e, desconhece-se quantas morrem a favor do discurso falocêntrico, encoberto por cifras negras do crime. De certo modo, no Brasil, não está longe de ser assim, mesmo diante das leis que preveem punições mais severas, os índices de violência só aumentam. E, vencendo novamente, o discurso conservador que instrui a produção de um direito penal simbólico, é um obstáculo quase intransponível para políticas públicas de combate real à violência contra a mulher.

A Teoria do Pensamento Crítico, abordada nesse artigo, traz as epistemologias do pensamento jurídico, colocando o despertar das minorias como uma luz, que irá acender, mas enquanto não ocorre, o discurso da maioria prevalece contra as minorias. Enquanto a luz da crítica ao ordenamento jurídico não se acende, as luzes de alerta se tornam mais fortes, sinalizando a tomada dos poucos espaços plurais da sociedade, na iminência de completa dominação do pensamento conservador, autoritário e intolerante, que ganha adeptos pela crença na defesa da segurança, da família e da ordem, por meio de políticas de exclusão.

A Teoria do Reconhecimento que diz respeito à voz das minorias, como abordado, corre o risco de ser minada pelo falso reconhecimento, pois os movimentos que buscam liberdade, igualdade, são derrubados e dão lugar a ideias espúrias que suprem todas as ideologias possíveis para sufocar os movimentos das minorias.

Os temas feministas só encontrarão lugar seguro se garantida a ocupação política e o acesso substancial da mulher para fazer valer seus anseios subjetivos e assim derrubar a falsa percepção de igualdade e de segurança do ordenamento jurídico que atualmente reproduz injustiças somente descortináveis pelo pensamento crítico e pela aplicação da Teoria do Reconhecimento.

O Direito somente se reabilita à sua função de transformação social pela inclusão de uma política plural alinhada aos princípios de valores constitucionais, que garante a participação das minorias e efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

CARVALHO AMARAL, Alberto. DISCURSOS SOBRE O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL E A (NÃO) APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/657>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

CRISTIANETTI, Jessica. BRUM, Amanda Netto. O debate Butler-Fraser: Um olhar sob a perspectiva de gênero e o empoderamento feminino. In: DIAS, Renato Duro. BIJOS, Leila Maria Da. IGREJA, Rebecca Forattini Altino Machado Lemos. **Gênero, sexualidade e direito II**.

Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <

<https://conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/wu0nu37x/aLceFnDZoUeDB5gQ.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

El PAÍS. **“Garotas Mortas”**: O machismo e a filosofia do garfo. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/26/cultura/1527361681_572078.html>. Acesso em 26, mai. 2018.

El PAÍS. **Arábia Saudita finalmente permite que as mulheres dirijam**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/23/internacional/1529752275_970482.html> Acesso em: 24 jun. 2018

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 9 ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1984.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [S.l.], n. 63, p.07-20, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/1250>> Acesso em 10 jun. 2018.

MARQUES. Clarice Gonçalves Pires. **Direito e feminilidade: crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio**. Porto Alegre : Editora Fi, 2016.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha / Feminists and the resignification of law: challenges for the approval of the Maria da Penha Law. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 616-650, mar. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27767/20015>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Para uma crítica da razão androcêntrica: gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 41-72, jan. 2004. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15232/13852>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Vice-chefe da ONU denuncia pandemia global de violência contra as mulheres**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/vice-chefe-da-onu-denuncia-pandemia-global-de-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em 18 jun. 2018.

SENADO NOTÍCIAS. **Três anos depois de aprovada, Lei do Feminicídio tem avanços e desafios**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-feminicidio-tem-avancos-e-desafios/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-feminicidio-tem-avancos-e-desafios>>. Acesso em 20, jun. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Estatísticas das eleições eleitorais de 2014**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>> Acesso em: 25 jun. 2018.

VARGAS PALAR, Juliana; OLIVEIRA DA SILVA, Maria Beatriz. O Direito como instrumento contra a opressão feminina / The Law as an instrument against women’s oppression. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 721-748, maio 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25258>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UM OLHAR PARA AS MULHERES ENCARCERADAS: ANÁLISE HISTÓRICO-SOCIOLÓGICA DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO

Vitória Sumaya Yoshizawa TAUIL¹
Ana Claudia Rocha REZENDE²

RESUMO

O trabalho em questão tem como objetivo dar visibilidade a realidade feminina dentro do cárcere e indagar se essas mulheres tem sido tratadas como sujeito de direitos, em meio a sociedade misógina e o consensual caos do sistema carcerário brasileiro – tratando-se de uma análise histórico-sociológica dessas violações. Há, no caso feminino, uma atenuante da situação do cárcere, já que elas são “duplamente” invisibilizadas – pela sociedade misógina, e, depois pelo cárcere. Ressalta-se no trabalho primeiramente a sociedade misógina e a invisibilidade das mulheres, bem como, o silenciar das vozes femininas demonstrando as restrições de direitos das mulheres. Após, traz-se acerca do caos do sistema carcerário brasileiro, abordando as penitenciárias, trazendo o hiperencarceramento e a seletividade no âmbito penal – com isso, também traz-se a inviabilidade de quem está atrás das grades atualmente. Finalmente, a partir das questões abordadas anteriormente, à luz do trabalho fica exposta a realidade das mulheres que estão atrás das grades, as quais tem o atenuante supramencionado. Trazendo inúmeras transgressões aos direitos dessas mulheres, assim como, o caso de Janaína Aparecida Querino, a qual foi compulsoriamente levada a fazer uma laqueadura por decisão judicial da Comarca de Mococá, SP. Utilizou-se na formulação da referida pesquisa o método dedutivo, em que se parte da análise geral da restrição dos direitos fundamentais das mulheres meio à sociedade misógina e da violação à dignidade da pessoa humana no cárcere (amplamente, isto é, homens e mulheres) para a análise específica da transgressão aos direitos das mulheres no âmbito carcerário.

PALAVRAS-CHAVE: Invisibilidade das mulheres carcerárias; Restrição de direitos humanos; Sociedade Misógina.

ABSTRACT

The present research aims to provide visibility to female reality, inside the prison and to inquire if this women has been treated as a subject of rights, in the midst of a misogynist society and the consensual chaos in a Brazilian prison system – it is a historical-sociological analysis of these violations. There is, in the female case, an attenuation of the situation of prison, since they are "doubly" invisible - by the misogynist society, and then by the prison. The research emphasize, the misogyny society and the invisibility of women and the silence of their voices, demonstrating the restrictions on women's rights. Afterwards, it is about the chaos of the Brazilian prison system, approaching the penitentiaries, bringing the hyper-attendance and the selectivity in the criminal scope - with that, also brings the invisibility of who is behind the bars currently. Finally, from the issues discussed above, the work expose the reality of women who are behind the bars, such as

1 Técnica em Informática pelo Instituto Federal do Norte do Paraná - IFPR. Iniciou o Bacharelado em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) cursa atualmente o 3º ano. Profissionalmente atuou como estagiária na Pró-Reitoria de Recursos Humanos da Reitoria da própria universidade, UENP. Integra os grupos de pesquisa "Violência: entre feminismos e infância", coordenado pelo Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba e "Intervenção do Estado na vida da pessoa", coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi. Elabora estudos científicos relacionados ao estudos de gênero dentro da grande área do Direito, com enfoque em Direitos Fundamentais, Direitos Humanos das Mulheres e Direito Penal, além da área de Políticas Públicas, Criminalidade e Representatividade e suas relações estabelecidas entre indivíduos e Estado.

those with the attenuating above mentioned. Bringing innumerable transgressions to women's rights, as well, the case of Janaína Aparecida Querino, was forced to make a horn ligature by judicial decision by the District of Mococá, SP. The work used the deductive method, which part of the general analysis of the restrict of fundamental rights of women, inside the misogynist society and of violation of human's dignity in the prison (broadly, that is, men and women) to the specifically analysis of the violation of the rights of women in the prison.

KEY WORDS: Invisibility of female prisoners; Restriction of human rights; Misogyny Society.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 representa uma vitória da democracia no Brasil, após o decorrer de um período ditatorial marcado pelo que caracteriza os regimes ditatoriais: a violação aos direitos humanos. Externa-se aqui a Carta Magna que traz inúmeras inovações quando o assunto é a dignidade da pessoa humana, por meio do artigo 5^o³, ressaltando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza: garantindo o direito à vida e à igualdade. Entretanto, neste ano de 2018, no qual se completam 30 anos da promulgação da Constituição Federal, pergunta-se: Há no Brasil a concreta garantia desses direitos para todas e todos? De forma igual e irrestrita?

Ao trazer essa pergunta, evidencia-se a problemática central deste trabalho: Estão as mulheres, enquanto encarceradas, sendo tratadas como sujeito de direitos, em meio a sociedade misógina e o consensual caos do sistema carcerário brasileiro? Objetiva-se, então, conceder visibilidade a realidade preocupante a que essas mulheres estão sendo submetidas atualmente, ressaltando a histórica violação aos direitos delas. Há, no caso feminino, uma atenuação da situação do cárcere, visto que dado a igualdade material, trata-se os iguais em sua igualdade e os desiguais em sua desigualdade. Isto é, as mulheres necessitam de uma atenção especial pelo Estado, as quais não é ofertada. Por isso, elas são “duplamente” invisibilizadas – pela sociedade misógina, e, depois pelo cárcere.

Cumprе ressaltar ainda, que a problemática do trabalho torna-se atual dada a comemoração dos 30 anos da Constituição Federal, que traz como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Bem como, a escassez de trabalhos produzidos nesta temática, fruto da sociedade conservadora e patriarcal. Justificando a importância deste artigo e de outros que tratem do tema, para que possam acontecer mudanças significativas a partir de quando a sociedade passar a se atentar mais para o caso dos presídios femininos – finalmente possibilitando a visibilidade a um grupo que não tem voz, nem vez.

Na construção do texto, evidencia-se por meio do capítulo 2 a compreensão da sociedade

3 CF, de 1998, art. 5º “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, nos termos seguintes [...]”

misógina atual, fundada em uma moral patriarcal gera uma situação cíclica. Explicitando que devido à esta construção as mulheres são invisíveis e silenciadas, gerando inúmeras restrições aos direitos fundamentais. Após, o capítulo 3 trata acerca do Caos do Sistema Carcerário Brasileiro, trazendo à tona que as penitenciárias estão superlotadas, bem como, a seletividade no âmbito penal. Feito isto, demonstra-se a inviabilidade da mulher frente à sociedade e após, dos que estão inseridos no cárcere – trazendo as transgressões sofridas por essas mulheres no capítulo 4. Neste diapasão, insere-se o caso específico das mulheres, como elas são tratadas enquanto custodiadas pelo Estado. Qual a dor, o sofrimento que elas sentem? Por fim, no capítulo 5, demonstra-se a esta restrição de direitos histórico-sociológica em um caso concreto recente, de Janaína – que por meio de decisão judicial da Comarca de Mococa, SP, que foi compulsoriamente realizado o procedimento de laqueadura. Ademais ressalta também medidas práticas para solucionar esses problemas. Ao final, no capítulo 6 estão dispostas as conclusões do trabalho.

Utilizou-se na formulação da referida pesquisa o método dedutivo, em que se parte da análise geral da restrição dos direitos fundamentais das mulheres meio à sociedade misógina e da violação à dignidade da pessoa humana no cárcere (amplamente, isto é, homens e mulheres) para a análise específica da transgressão aos direitos das mulheres no âmbito carcerário, as quais tem a atenuação de serem invisíveis à sociedade, bem como, ao cárcere. Para tanto, a pesquisa contou com a investigação bibliográfica de fontes secundárias, realizada por meio de artigos, livros e publicações no âmbito acadêmico.

2. A SOCIEDADE MISÓGINA: DA INVISIBILIDADE DA MULHER À RESTRIÇÃO DE DIREITOS FEMININOS

O capítulo em questão visa à compreensão da sociedade misógina atualmente, a qual, fundada em uma moral patriarcal gera uma situação cíclica. Dado que faz com que as mulheres sejam invisíveis aos olhos da sociedade e, com isso, silencia as vozes do gênero feminino - silêncio esse que representa uma fala, a partir de dados que demonstram a situação preocupante nas quais se encontram atualmente. Nesse sentido, existem inúmeras restrições aos direitos femininos, as quais serão ressaltadas nas linhas deste capítulo: a dupla (tripla) jornada feminina, a diminuta participação das mulheres no âmbito político (público) – no Brasil e no mundo, a reduzida participação feminina nos cargos gerenciais, bem como os arquétipos femininos.

A primeira abordagem que deve ser feita, neste sentido, é acerca da invisibilidade feminina, a qual, tem como consequência a restrição dos direitos das mulheres. O termo é utilizado visando à demonstração de uma invisibilidade feminina frente a sociedade, enquadrando a vida pública, bem como, a política. Sendo que aos olhos da sociedade o conceito de uma mulher se

restringe ao propagado por estereótipos midiáticos e, em conformidade, com o definido pelos arquétipos femininos construídos pela moral patriarcal. Neste contexto, assim como as mulheres, os direitos femininos também são invisíveis.

Tão prejudicial quanto a invisibilidade é o silenciar das vozes femininas, assim como complementar a esta. Para tratar acerca da temática é imprescindível conceituar a palavra silêncio da etimologia latina *silentium*, conforme os dizeres do dicionário Michaelis (2018) é o estado de quem se recusa a ou está impossibilitado de manifestar suas ideias, suas opiniões. Na conjuntura abordada pelo trabalho, a partir da invisibilidade o silêncio assume um sentido conotativo, trazendo, consigo dados que alertam a necessidade de inclusão da mulher, de maneira apropriada, dentro do âmbito público e político, isto é, esse silenciar das vozes femininas, diferente de outros silêncios, representa uma fala: por meio de dados e pesquisas.

É a partir dessas duas temáticas: a invisibilidade e o silenciar das vozes femininas, que é gerada uma situação cíclica. Visto que a partir da construção da Sociedade Misógina, que as mulheres não são visualizadas na sociedade como sujeitos de direitos, tendo esses restritos ou diminuídos, ao passo que, devido a essa invisibilidade têm suas vozes silenciadas, isto é, não podem reivindicar esses direitos de maneira apropriada. À luz do exposto, vale trazer a compreensão dos autores Miguel e Biroli (2014, p. 17),

A desigualdade entre homens e mulheres é um traço presente na maioria das sociedades, se não em todas. Na maior parte da história, essa desigualdade não foi camuflada nem escamoteada; pelo contrário, foi assumida como um reflexo da natureza diferenciadas dos dois sexos e necessária para a sobrevivência e progresso da espécie. (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 17)

É essencial trazer o ensinamento dos autores para justificar a problemática exposta pelo trabalho, visto que afirmam que essa desigualdade de gênero pode ser visualizada na maior parte das sociedades e mais do que isso, eles ressaltam que em grande parte da história essa desigualdade não foi camuflada ou ao menos velada, ao contrário, ela foi assumida e explicada como um reflexo da natureza de cada um dos sexos. Isso significa que, a mulher teve sua figura atribuída a estereótipos que a submetem à figura masculina, os quais são mantidos até os dias atuais de maneira “velada”. Ademais, os autores ainda relatam que essa desigualdade é compreendida como necessária para a sobrevivência e progresso da espécie. Tais informações são imprescindíveis para compreender a problemática tratada no capítulo em questão, visto que justificam a dominação do homem sobre a mulher.

Nessa esteira, quanto a desigualdade de gêneros, deseja-se demonstrar que há uma restrição aos Direitos das Mulheres, isto significa, que existe uma limitação aos Direitos Humanos e Fundamentais. Para atingir tal compreensão torna-se imprescindível expor o conceito da Dignidade

da Pessoa Humana, conforme ressalta Kant apud Sarlet (2002, p. 32) “de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto”. Como ressalta o autor baseado em Kant, o ser humano (homem ou mulher) não pode, em hipótese alguma, ser tratado como objeto, nem mesmo por ele próprio. É nesse contexto que encontra-se contradições quando a situação é comparada às mulheres, visto que estão sujeitas a figura do homem, como trata a autora Kolontai (2011, p. 54)

Quanto à restrição dos direitos femininos, é importante refletir à luz do tratado por Kant, já que o filósofo ensina que o ser humano – seja homem, s Estamos acostumados a valorizar a mulher não como personalidade, com qualidades e defeitos individuais, independentemente de suas sensações psicofisiológicas. Para nós, a mulher só tem valor como acessório do homem. O homem, marido ou amante, projeta sobre a mulher sua luz; é a ele e não a ela que tomamos em consideração como o verdadeiro elemento determinante da estrutura espiritual e moral da mulher. (KOLONTAI, 2011, p. 54)

Nesse contexto, percebe-se a não atribuição de personalidade a mulher. E como a Dignidade da Pessoa Humana pressupõe personificação e personalidade, a ela não são atribuídos os direitos e a dignidade primordial. Ela é, nas palavras da autora, um acessório ao homem e entendida por meio dele e dominante, até mesmo, da estrutura espiritual e moral da mulher. Um dos grandes exemplos de tal compreensão da mulher como acessória ao homem e não como personalidade está presente própria língua portuguesa.

É dentro de tal conceituação que estão postos os Arquétipos Femininos, isto é, padrões de atitudes e ações compreendidos como femininos e esperados das mulheres. No contexto desses mesmos estereótipos, vale ressaltar que, “Os valores femininos passam a ser considerados menores e conseqüentemente próprios de pessoas inferiores; como menores devem ficar restritos ao âmbito doméstico” (SALIBA; SALIBA 2007, s/n). O ensinado pelos autores torna-se imprescindível para percepção de como os arquétipos influenciam a sociedade como um todo, pois além de padronizarem as ações esperadas por cada gênero, também define que os traços assumidos como femininos são inferiores.

Ainda quando o assunto é arquétipos a autora Michele Perrot (2017, p. 200) discorre, “É preciso desprender-se delas, pois moldam a história dentro de uma visão dicotômica do masculino e do feminino: o homem criador / a mulher conservadora. [...] mulheres-guardas da sociedade me parece profundamente contestável”. Às mulheres cabe a delicadeza, a beleza e a idealização – elas são relacionadas ao passional – enquanto aos homens: a coragem, a ação, a força – eles são relacionados ao racional. O contexto exposto possui inúmeras complicações, já que tais características atribuídas às mulheres fazem com que elas estejam restritas ao âmbito privado e as abstenham do público.

Dentre essas restrições à mulher, fica essencial ressaltar alguns desses exemplos que demonstram a existência de uma misoginia às mulheres na sociedade atual e a plena participação feminina na sociedade. Ainda hoje e permeado por séculos, está a restrição à vida pública feminina e conseqüentemente à restrição à política, a qual submete-se à sociedade patriarcal. Nesse sentido, estão os dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), datados da eleição de 2010, por meio da cartilha “+Mulheres na política: mulher tome partido”, reiteram que a participação feminina na política é restrita. Em 2010, foram eleitas 45 deputadas federais, o que corresponde a 9% do total das 513 vagas existentes. E para o cargo de senador, apenas sete foram eleitas para os 54 cargos disponíveis (renovação de 2/3 dos membros da Casa), o que equivale a apenas 13% do total. Contraposto a isso, é que o eleitorado feminino é maior que o masculino, como demonstra a mesma pesquisa: o eleitorado feminino (52,13%) é maior do que o eleitorado masculino (47,78%).

Assim, não resta dúvida que, a despeito dos avanços femininos na conquista de espaços públicos, a divisão de papéis sociais impostos na sociedade patriarcal resiste e se expressa nas áreas que competem socialmente às mulheres, porque a base material do patriarcado não foi destruída, apenas foi revestida com outra roupagem na exploração capitalista (SAFFIOTI, 2004). O reflexo de tudo isso, é que apesar do capitalismo implementar uma nova roupagem à moral patriarcal, a mulher tem que assumir as virtudes masculinas e não pode deixar as virtudes femininas e é nesse momento que nasce a dupla jornada feminina ou até mesmo tripla. Como ressaltam os autores Santiago e Saliba (2016) Existe a dupla, ou melhor, tripla jornada de trabalho, visto que a mulher trabalha, estuda e administra os cuidados com a casa e os filhos, na grande maioria das vezes, sozinha. Estando, por isso, visível a divisão desigual do trabalho e a distância, cada vez maior, da efetividade dos direitos humanos das mulheres.

A contribuição dos autores quanto a isso ressalta um dos motivos pelos quais as mulheres se veem caladas no contexto atual, que é exatamente a repaginação do patriarcado anterior nas vestes de um capitalismo, o que apenas explora ainda mais o gênero feminino, pois elas têm que acumular funções. A divisão sexual do trabalho ainda está extremamente presente, já que mesmo

que as mulheres busquem os cargos de chefia terão tempo restrito para se dedicarem a eles devido a sua dupla ou tripla jornada. Nas palavras dos autores (2016) e inclusive parte do título da publicação: “Trabalho Duplicado, Direitos Divididos”, isto é, além de duplicar a jornada de trabalho feminina a coloca em favor do homem, que, em sua maioria, terão a jornada reduzida e mais tempo para investirem em sua dedicação ao trabalho.

Nesse sentido, faz-se por bem ressaltar o Informativo nº 38 do IBGE, Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil, o qual resalta que as mulheres dedicam em horas semanais quase o dobro das que os homens aos afazeres domésticos, ainda existindo um agravante quanto as negras e pardas, mas no total os homens dedicam 10,5 horas, enquanto, as mulheres 18,1 horas. Refletindo nas diferenças de rendimentos, como bem observado pelos autores, já que, a média de rendimentos femininos, em 2016, era de 1.764 e masculino, 2.306 reais. Estende-se, também, a ocupação de mulheres em cargos gerenciais, em 2015, 60,9% são ocupados pelos homens, enquanto, 39,1% por mulheres.

Não restam dúvidas, à despeito do apresentado que persiste uma violência ao gênero feminino de maneira velada, perceptível meio a invisibilidade da mulher enquanto sujeito de direitos, bem como, do silenciar das vozes femininas. Somadas essas duas situações geram situações preocupantes que falam por meio dessas mulheres, como a diminuta participação das mulheres na vida pública e política e a perpetuação dos arquétipos femininos. Além do apresentado, a questão da dupla jornada que coloca a mulher à serviço do gênero masculino, mantendo a hierarquia e o patriarcado e gerando um ciclo vicioso.

3. HIPERENCARCERAMENTO E SELETIVIDADE NO ÂMBITO PENAL: O CAOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O presente capítulo tem como objetivo apresentar o Caos do Sistema Carcerário Brasileiro, apresentando-o por meio de dados do Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional pelo relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) e também bibliografias, no mesmo sentido. A partir do apresentado, visa-se demonstrar a Falibilidade do Sistema Carcerário, trazendo à tona que as penitenciárias estão superlotadas. Neste diapasão, partindo do Caos supramencionado, traz à luz da pesquisa à indagação: quem está atrás das grades hoje? É a partir disso, que visa-se demonstrar a existência de uma seletividade no âmbito penal, atingindo determinadas pessoas ou condutas, isto é, que não são todos igualmente suscetíveis à aplicação das sanções penais. Essa seletividade faz com que as minorias estejam em maioria dentro das penitenciárias, devido a invisibilidade social e política.

Quando se trata do funcionamento em sociedade, vale ressaltar que a formação de novos

indivíduos é extremamente complexa. Nesse contexto, Louis Althusser (2014) estabeleceu em sua obra *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado* que existem duas maneiras para coerção social: ideológica e repressiva. A ideológica é determinada por meio dos arquétipos sociais, construída pela mídia e por meio de algumas das Instituições Sociais (família, a igreja e a escola). Já os meios repressivos são definidos como coerção àqueles que tiveram comportamentos ou atos que são compreendidos como inaceitáveis ora para a moral, ora para a ética. Isso significa que a ideológica é passível de exclusão moral pela sociedade, por outro viés, a repressiva é a consequência pelos atos: em que está posto o Direito Penal, e até mesmo, os efeitos da moral.

O Direito Penal em seu método de repressão trabalha com a penitenciária, a qual foi idealizada ao final do século XIX, com o sistema progressivo inglês desenvolvido por Alexander Maconochie, tinha como objetivo fazer a reintegração e ressocialização do detento à sociedade e criar meios para que isso ocorra (JESUS, 2004). Quanto as penitenciárias, é imprescindível relatar Guimarães *apud* Foucault (1997),

Segundo Michel Foucault, com o Iluminismo “a pena passa do corpo para a alma do condenado”, não porque a pena deixa de existir e nem porque é mais branda, mas porque há mudança no foco de sua aplicação. No sistema capitalista era preciso manter as pessoas vivas para que se integrassem ao novo sistema produtivo. As penas na Idade Média acabavam com o corpo do condenado. O novo sistema vai manter as pessoas íntegras e vivas em razão da necessidade do novo sistema produtivo. [] O objetivo da reforma penal não foi punir menos, mas punir melhor, porque o que deveria desviar o homem do crime seria a certeza da punição (GUIMARÃES, 2012, p. 28)

O exposto por Guimarães (2012) fala acerca da Reforma Penal, a qual foi fundada no contexto das necessidades do Sistema Capitalista, por isso, as penas teriam outro foco de aplicação. Conforme ensina, agora as penas não atingem mais os corpos – assim como na Idade Média – todavia, as almas e a liberdade dos indivíduos. Isso para manter os indivíduos vivos para integrar ao sistema de produção. Nesta esteira, ressalta Andrade, 1997, demonstra um aumento da eficácia produtiva do homem e, com isso, uma redução de sua força política. Isso assegura e reproduz as relações de poder dentro da sociedade, em que os submissos são neutralizados politicamente e sofrem com a lógica do sistema.

O Sistema Carcerário Brasileiro quando visto a partir de dados e estatísticas demonstra uma situação inquietante, perceptível por meio do inchaço das penitenciárias que são reflexo de um hiperencarceramento, da mesma maneira que, de um excesso da aplicação punitiva estatal, transformando o sistema penitenciário em um caos cíclico que beira a concretização da teoria do Direito Penal Máximo, o qual diz que esse ramo do Direito deve abranger a todos os bens jurídicos e punir todos os males (GRECO, 2017, p. 42-43).

Segundo os dados apresentados pelo Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional pelo relatório do INFOPEN (2016), a média de presos por habitante do país excede a

média mundial; atualmente, tem-se 306 detentos a cada 100 mil habitantes, enquanto no mundo a média é 144 para cada 100 mil. Isto é, mais do que o dobro da média. A marca da população brasileira atingiu 726.712 presos, contando com um aumento de 707% nos últimos 18 anos.

É necessário ressaltar ainda que segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016), este caos no Sistema Prisional Brasileiro se deve ao hiperencarceramento que por sua vez está ligado aos crimes não violentos. Como aponta o relatório, é importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de tráfico de drogas – que compõe o maior número de pessoas aprisionadas. São respectivamente tráfico de drogas (28%), roubo (25%) e furto (15%), de acordo com o mesmo relatório do INFOPEN, 2016.

Outra reflexão que proporciona tal visão da falibilidade do Sistema Carcerário são os massacres e revoltas registrados, como pode ser visto pelo massacre do Carandiru, no qual cerca de 111 presos foram mortos – um número assustador, visto que nenhuma rebelião tinha atingido tantas mortes. Também pode-se citar o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), no início de 2017, em Manaus, o qual ocorreu um motim que durou mais de 17 horas e acarretou na morte de 56 presos (PONSO, 2017).

Em outra instância, torna-se importante compreender quem está nas cadeias hoje, pois ao definir quais condutas serão criminalizadas, define-se também quem será penalizado. Como supramencionado, entre os crimes que mais levam para trás das grades estão os que não são compreendidos como de extrema violência, provocando por exemplo, um dano material, no caso do roubo ou do furto – apresentando-se em primeiro lugar, o tráfico de drogas.

De acordo com os relatórios divulgados por meio do Departamento de Penitenciária e do Ministério da Justiça, faz-se visível a etnia dos que estão encarcerados sendo, em sua maioria, os afrodescentes, os quais também fazem parte de um dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados. Como aponta, Kazmierczak (2010, p. 92), acerca da etnia,

Destaca-se que 40,25% da população carcerária é composta de pessoas brancas, sendo 16,73 de negros e os pardos atingindo o índice de 38,89%. Amarelos e indígenas são a minoria no sistema. Comparando com os dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - verifica-se uma desproporção entre negros que compõem a sociedade brasileira e aqueles que estão no sistema carcerário. Segundo pesquisa demográfica, os autodeclarados negros compõem 6,3% da população brasileira, somando cerca de 11 milhões de indivíduos, ao passo que, na população carcerária, o índice é de 16,72% ou seja, que o dobro do percentual nacional. Quanto aos pardos, há uma aproximação nos índices populacional e carcerário, pois no censo de 2005, 43,2% da população nacional se autodeclarou como sendo parda. Por fim, os brancos autodeclarados compõem cerca de 49,9% da população, somando cerca de 93 milhões de indivíduos (KAZMIERCZAK, 2010, p. 92).

Os dados relatados pelo autor demonstram uma desproporção nas penitenciárias quando o

assunto é etnia, assim, traz-se à tona uma Justiça Brasileira seletiva. Como apontado, por ele, os afrodescentes compõem juntos mais de 55% da população carcerária, sendo que, conforme o disposto pelo IBGE, citado por Kazmierczak (2009), os afrodescentes somam em porcentagem 49,5% da população brasileira. O Ministério da Justiça (2010-2011) aponta o mesmo dado,

No primeiro semestre de 2011, eram 2.407 presos brancos, 1.258 negros, 5.380 pardos, 38 amarelos, nenhum indígena e 184 presos declararam outras categorias. Já no segundo semestre do mesmo ano, eram 2.367 brancos, 1.329 negros, 5.616 pardos, 44 amarelos, nenhum indígena e 287 presos declararam outras categorias. Tanto no ano de 2010 como no de 2011 predominou a cor parda em número de encarceramento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010-2011, s/n).

Deseja-se demonstrar, novamente a questão da invisibilidade – assim como ressaltado no Capítulo 1 quanto aos direitos femininos, isso se repete ao direito das minorias. Isto é, aqueles que são invisíveis aos olhos da sociedade – por não estarem devidamente inseridos aos âmbitos sociais, educacionais e políticos – veem um reflexo dessa desigualdade social quando o assunto é o cárcere. Demonstrando a existência de uma seletividade no âmbito penal, como demonstrado por Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 69), “O sistema penal seleciona pessoas ou ações [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal que costuma conduzir-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes”. Significando que o Sistema Penal não é tão imparcial quanto parece, mas pelo contrário, selecionando as pessoas que irão para trás das grades.

O que quer se dizer, neste sentido, é que o ambiente penitenciário, propicia – da mesma maneira que os outros ambientes sociais – inúmeras situações que refletem a invisibilidade e o silenciar das vozes dos grupos minoritários. Isto é, as minorias são restritas de participação completa em determinados âmbitos sociais e, por isso, tornam-se pouco representadas dentro da mesma sociedade: na política, na educação, no mercado de trabalho, nos cargos de liderança e na mídia. Sendo assim, têm suas vozes silenciadas.

Assim como apresentado no capítulo acima, o silêncio aqui também representa uma fala, visto que, a invisibilidade social desses grupos e a restrição de direitos, faz-se visível por meio de dados – a quem deseja os ver. Entre esses dados, está a presença desse grupo em maioria dentro das penitenciárias brasileiras, por exemplo. Nesse sentido, quer-se expor que os crimes na verdade não têm apenas relação com os criminosos em si. Demonstrando que a vulnerabilidade social dessas minorias faz com que elas continuem sendo excluídas e marginalizadas socialmente.

4. A MISOGINIA POR TRÁS DAS GRADES: A SITUAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA

No capítulo em questão será abordado o caso específico das mulheres, como elas são tratadas enquanto custodiadas pelo Estado. O alto índice de mulheres encarceradas no país reclama

a muito tempo sua invisibilidade perante o Sistema Penal. Essas mulheres são duplamente esquecidas, por parte do Estado, que constrói prisões não estruturadas para o perfil de público que recebe, bem como, por parte de sua família e da sociedade, que as abandonam, sendo quase inexistente o vínculo familiar. Por que muitas dessas mulheres acabam por se envolver em crimes? Qual a dor, o sofrimento que elas sentem? Grande parte dos casos concretos aqui tratados serão retirados do livro “Presas que Menstruam” de Nana Queiroz (2015) e também de dados do INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e Ministério da Justiça.

Em uma sociedade patriarcal e misógina, as mulheres são muitas vezes invisíveis aos olhos desta, e quando na posição de cumprimento de pena, acentua-se essa exclusão. O descaso da mulher que se encontra encarcerada é enorme, “Para o Estado e a sociedade, parece que existem 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. Só que, uma vez por mês, aproximadamente 28 mil presos menstruam” (CERNEKA, 2009, p. 02).

Neste ensejo, é imprescindível ressaltar a pesquisa do INFOPEN de 2015 em que há 45.989 mulheres presas no Brasil e desse número 62% correspondem ao crime de tráfico de drogas, já os homens correspondem a 26% (BRASIL, 2016). Este número é bem inferior ao quantitativo de homens, entretanto fazendo uma abordagem do gênero feminino, este número cresce cada vez mais, tornando-se alarmante e necessário analisar o porquê e de que forma isso ocorre.

Por muito tempo, a mulher não teve voz na sociedade – assim como exposto pelo Capítulo 1 do trabalho. Hodiernamente, mesmo com muitas conquistas, fruto de lutas principalmente do movimento feminista, a sociedade ainda é predominantemente patriarcal. Vale ressaltar que perpetua-se a visão social da mulher como objeto sexual, reprodutor e para afazeres domésticos. As más condições e a exclusão das mulheres dentro do sistema prisional significam o atual descaso por parte do Estado e da sociedade, dado um esquecimento duplo, tanto o fato de que as prisões não são pensadas a elas pelo simples fato de ser “mulher” e a maneira como são subjugadas por não “corresponderem ao ideal da ótica masculina de docilidade, submissão e papel coadjuvante” (SPINGOLA, 2016, p. 09). Segundo os dados Nacional de Informações Penitenciárias –INFOPEN, de dezembro de 2015:

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdades está prevista na Lei de Execução Penal e foi incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional como forma de viabilizar a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos em que a arquitetura prisional e os serviços penais foram formulados para o público masculino [...] assim, incapazes de observar as especificidades de espaço e serviços destinados às mulheres ([...] espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade, espaços para custódia de mulheres gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras especificidades). (INFOPEN, 2015, p. 22-23, grifo nosso)

O Sistema Prisional foi projetado por homens e para homens. No entanto, este mesmo

sistema atende às mulheres carcerárias e pesquisas recentes mostram que elas são totalmente ignoradas pelo sistema, assim como demonstrado pelos dados do INFOPEN que grande parte desses estabelecimentos foram projetados para o público masculino, 74% dessas unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 17% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino. As mulheres são seres biologicamente diferentes dos homens e por isso devem ter alguns cuidados básicos diferentes.

Os gêneros femininos têm suas especificidades como gravidez, amamentação, alteração hormonal, saúde ginecológica e que por isso as penitenciárias deveriam ser adequadas para elas (SPINGOLA, 2016) – sendo o mínimo esperado por parte do Estado – o que claramente não acontece mostrando mais uma vez a invisibilidade das mesmas e o silenciar dos grupos minoritário, como o exposto no capítulo 2.

Nana Queiroz (2015) relata a vida de várias mulheres nas penitenciárias brasileiras e muita das situações é a falta de produtos de necessidades básicas, como papel higiênico, xampu, condicionador, pasta de dente, sabonete, absorvente, concomitante com a superlotação, más condições de alimentação, muitas das vezes a comida se encontra estragada, estrutura precária de celas, banheiros e inclusive nos locais de convívio, não há colchonete para todas e às vezes precisam fazer um “revezamento” para tentar dormir de forma mais confortável. Muitas presas dizem improvisar, usando miolo de pão como absorvente interno, quanto ao papel higiênico: “Tem dia que até saio recolhendo papel de jornal do chão para limpar a bunda!”, relatou Maria Aparecida uma das detentas (QUEIROZ, 2015, p. 103).

Inclusive as gestantes sofrem com essas situações, muitas delas acabam dando à luz na própria cadeia com ajuda de outras presas. Em casos de extrema urgência, é que os agentes levam as mulheres ao hospital. Gardência, relatada pela autora Queiroz (2015), precisava ir ao hospital por cerca de 20 dias para tomar anti-inflamatórios, mas os guardas sem qualquer vestígio de empatia e paciência a levaram apenas por 2 dias. Outro cenário demonstrado no livro são as torturas recorrentes com as grávidas. Aline, uma traficante, tomou uma paulada na barriga e ainda ouviu o policial dizer “Tá reclamando do quê? Isso é só outro vagabundinho que vem vindo no mundo aí!” (QUEIROZ, 2015, p. 41).

Segundo a LEP⁴, as mães têm o direito de ficar com seus filhos para amamentá-los até no mínimo seis meses de idade, e isso não acontece na maioria dos casos. Mesmo se acontecesse, não há estrutura suficiente para os bebês permanecerem na prisão, já que são quase inexistentes os

4 Segundo a Lei de Execuções Penais (LEP), art. 83, § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, **no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.**” (BRASIL, 2009, grifo nosso).

berçários na cadeia feminina, mas mesmo assim existem 345 crianças que vivem nas penitenciárias, segundo os dados do INFOPEN (BRASIL, de 2013). Nenhuma mãe ou grávida tem alguma regalia, elas são tratadas como as presas comuns, e muitas vezes têm de dormir com seus filhos recém-nascidos no chão, por conta da falta de colchonete – o que demonstra a verdadeira restrição aos direitos humanos dentro dos cárceres femininos.

Assim como exposto no Capítulo 2 do Trabalho, há uma seletividade no âmbito carcerário de modo geral –homens e mulheres – o que também é presente apenas nas penitenciárias femininas. O Sistema Criminal pune de forma mais repressiva àquelas que são economicamente desfavorecidas, sem poder e muito menos representação social, em sua maioria de raça negra. Segundo os dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013), 54% identificam-se como negras ou pardas, 67% não completaram o Ensino Médio. É quase impossível eleger apenas um motivo para inserção da mulher no mundo do crime, mas por meio de alguns estudos leva-se a crer que a violência de gênero está claramente ligada ao cometimento desses crimes.

A maioria dessas mulheres não concluiu o Ensino Fundamental, se casaram antes de atingir a maioridade e por não terem concluído o colegial, elas têm dificuldade de inserção no mercado de trabalho. A base em que foram/são criadas corroboram para isso, as mulheres são motivadas para situações da vida privada e familiar, como arrumar um marido, criar os filhos e cuidar da casa e é assim com grande parte delas. De acordo com Miguel e Biroli (2014, p. 14),

Mulher que, ao casar-se ou ter filhos, opta por não mais exercer trabalho remunerado, ativando a divisão sexual convencional do trabalho. Assim fazendo, torna-se dependente financeiramente do cônjuge ou de outros familiares, tem suas redes e aptidões não domésticas e/ou profissionais diminuídas, torna-se vulnerável demais para escapar de uma relação violenta ou que simplesmente não deseja mais manter. Sua decisão, ainda que “autônoma” e não coagida quando vista de forma isolada, termina por inseri-la em “ciclos de vulnerabilidade socialmente causada e distintamente assimétrica (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 114).

O exposto, demonstra a forma como a mulher se restringe aquilo que é propagado pelos estereótipos midiáticos e os arquétipos femininos, tendo sua criação voltada ao âmbito familiar e patriarcalista como dito no capítulo 1, por isso acreditam que não necessitam mais exercer trabalho ficando submissa financeiramente de seu cônjuge ou de outros familiares.

Historicamente, as mulheres por estarem inseridas em um âmbito patriarcal e conservador só lhes eram atribuídos crimes relacionados com seu gênero, sendo o aborto, infanticídio e homicídio passional. É válido ressaltar, no entanto, que devido à vulnerabilidade da mulher – isto é, ao silenciar das vozes femininas, à invisibilidade do gênero feminino e à opressão social – elas têm praticado outros crimes que têm se mostrado comuns por parte do gênero feminino, como o roubo e o tráfico. Consequentemente, o número de mulheres como população carcerária têm aumentado. Como supracitado, 62% das mulheres cometem crime de tráfico de drogas.

Pode-se salientar que grande parte dos crimes praticados pelas mulheres são relacionados ao objeto jurídico de patrimônio e não contra a vida. Em geral, as mulheres não ganham o suficiente para o sustento dos seus filhos, e por isso, cometem crimes para complementar a renda, se apoiando em alguns trabalhos “fáceis”, como entregar drogas para ganhar algum dinheiro. Acabam por encontrar no crime seu sustento, o “pão de cada dia” e um dia qualquer são presas e lá são esquecidas... como mulher. Safira, uma mulher bonita, forte, nova, mas que o tempo passado na prisão (durante 7 anos) a envelheceu, em seu relato diz que sem tem o que dar de comer aos seus filhos, pegou uma arma e foi assaltar, “escolhendo” o mundo do crime. (QUEIROZ, 2015, p. 16).

Um dos aspectos mais negativos entre as detentas é o abandono, o fato delas estarem lá, esquecidas, sem qualquer apoio da família, marido ou companheiro. As mulheres são criadas para que sejam fiéis aos seus companheiros, mas os homens gostam das mulheres que não trazem problemas para eles, e na primeira oportunidade acabam por esquecê-las mesmo que elas estejam na prisão por conta deles, e da submissão a eles.

Vale lembrar que no Brasil existem poucos presídios femininos, sendo que a maioria das mulheres presidiárias é colocada longe de sua família. Neste contexto, seus familiares não conseguem visita-las com frequência ou mesmo nunca. A maioria das presas são mães e muitas delas não sabem sequer por onde andam seus filhos, e como eles estão. Isso acaba por corroborar para que sua pena tenha um peso muito maior do que é de fato.

Nesta esteira, quando aos arquétipos femininos ressaltados no Capítulo 1, a maioria das mulheres vê-se como dona de casa ou mãe. Sendo que quando vão parar na cadeia, elas se veem sem o único mundo que elas conhecem. O efeito desses rompimentos de vínculos é devastador. Dessa forma, elas tentam se apegar a algo que lhes passe alguma segurança, paz, e por isso, na prisão, se apegar a uma religião é uma das formas de ficar “protegida”, já que um dos preceitos é não mexer com quem é devota a Deus. Além disso, a prática de homossexualidades é comum (QUEIROZ, 2015).

As peculiaridades do gênero feminino se mostram sem a adequação necessária já que as prisões não são feitas para elas, reclamando notoriamente do tratamento por falta do Estado e da sociedade. A adequação dos presídios femininos é necessária, muita gente diz que as mulheres são tratadas como os homens e se elas querem igualdade, isso seria a igualdade. Sobre isso Nana Queiroz (2016, p. 19), diz que “[...] igualdade é desigual quando se esquecem das diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeias e as lésbicas que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos de lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam”.

Os homens não dão à luz, os homens não menstruam, os homens não são “abandonados”, e as mulheres precisam na medida de sua desigualdade de um tratamento destinado para elas. O fato

das mulheres serem submissas, em vários aspectos, dada a esta sociedade conservadora e patriarcal, influi diretamente nas poucas discussões sobre as mulheres encarceradas, tanto é que os estudos sobre elas são quase inexistentes e faz-se necessário existir para que se propicie uma mudança significativa quanto a isto. Mas por que não há prioridade quanto a estes estudos? Porque não se faz prioridade no Direito o estudo de causas feministas e muito menos sobre sua criminologia.

5. A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Este capítulo final, abordará o caso de Janaína – o qual ocorreu recentemente e, em síntese, por meio de decisão judicial da Comarca de Mococa, interior de São Paulo, foi compulsoriamente realizado o procedimento de laqueadura. Deseja-se explicitar a partir da exposição de tal caso concreto a misoginia por trás das grades, complementando o capítulo anterior. Neste ensejo, será pontuado acerca dos direitos humanos, um breve histórico das penitenciárias femininas – e das consequentes infrações aos direitos supracitados, bem como, a conceituação do caso concreto em si e da extensa vulnerabilidade a qual a mulher, na pessoa de Janaína é suscetível. Esse caso é um dos exemplos de violação aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, então essa Janaína, quando silenciada e violada representa a “fala” e o pedido de atenção de muitas outras mulheres brasileiras que estão atrás das grades. Trazendo, por fim, medidas práticas trariam resultados para a problemática em questão.

Os primeiros relatos que se sabe sobre a criação de detenção feminina surgiram no século XVII, em Amsterdam, na Holanda, em 1645. Passados dois séculos depois, foi criada a primeira penitenciária feminina em Nova York, nos Estados Unidos, surgindo juntamente as casas de correção femininas partindo da Igreja Católica, cujo intuito era educa-las para que tentasse “restaurar o sentimento de pudor” (ESPINOZA, 2003, p. 39). Estas eram semiautônomas, funcionando à margem do sistema carcerário (FREITAS, Cláudia. 2014).

Em 1933, o Brasil, tece as primeiras tentativas de introduzir um “código” que fosse voltado apenas para a execução das penas, tendo em vista que nem o Código de Processo Penal e nem o Código Penal eram lugares adequados para isso, conforme ressalta Mirabete (2005). No entanto, somente em 1981 que um anteprojeto da Lei de Execução Penal (LEP) foi apresentado, mas só foi aprovado 3 anos depois, em 1984 (Lei nº 7.210), essa Lei constituía direitos comuns a qualquer detento, independente do sexo, mas assegurava as mulheres o direito a celas individuais e salubres, sendo recolhidas a ambientes próprios para elas (FREITAS, Cláudia. 2014).

Recentemente, essa Lei teve duas modificações, inclusive uma delas foi comentada no capítulo anterior, em que elas teriam direito ao berçário para que possam amamentar seus filhos até

os seis meses de idade, a segunda é que a penitenciária deveria ser dotada de seção para gestante e parturiente, além de creche para que abrigue crianças que tenham entre seis meses e sete anos de idade. (FREITAS, Cláudia. 2014).

Neste contexto, é imprescindível considerar que o número de detentas aumentou consideravelmente, nos últimos anos. Foi no século XX que os estudos relacionados a elas começaram a aparecer, pois até não existiam produções consideráveis acerca do tema. Vale ressaltar que tais estudos ainda são escassos. No entanto, tais conquistas são relevantes, mas ainda estão dispostas na teoria e afastadas dos casos concretos.

Como o objetivo é ressaltar as restrições à dignidade da mulher enquanto encarcerada, faz-se necessário trazer a conceituação de dignidade da pessoa humana, conforme descreve Barroso, 2010, p. 22,

É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. [...] No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o direito à vida. [...] Em segundo lugar, o direito à igualdade. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). (BARROSO, Luís Roberto, 2010, p. 22, grifo nosso)

Como ressalta o autor, mesmo que o indivíduo faça algo caracterizado como indigno perante a sociedade, na ordem jurídica ele deve ser tratado com o mínimo essencial, deve ser sempre tratado com humanidade pois não se pode violar a dignidade humana já que esta é salvaguardada pelos direitos fundamentais, merecendo igual respeito e consideração. Por isso, há igualdade formal, que é feita pela lei e igualdade como reconhecimento, aquela que diz respeito a diversidade e a identidade de cada indivíduo.

Apresentado a concepção da dignidade da pessoa humana, que é pressuposto de nossa Constituição Federal, e também, dos Tratados de Direitos Humanos. Pode-se afirmar, neste contexto que todos têm direito à dignidade, e tal entendimento é independente da prática de conduta ilícita. Isso significa que ninguém deve ser constrangido e muito menos coagido. Entretanto assim como apresentado anteriormente essa dignidade sofre inúmeras violações, uma delas que será apresentada nas próximas linhas é acerca da violação ocorrida no caso de Janaína Aparecida Quirino, presa no ano passado e por decisão da Justiça de Mococa, dado o pedido do Ministério Público e do Juiz de Direito, ela foi coercitivamente forçada a realizar uma laqueadura tubária.

Este caso trouxe muito espanto, pois revela um caso concreto de infração aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. O procedimento ao qual Janaina foi coagida a realizar

trata-se de uma laqueadura tubária, consiste em um método de esterilização, podendo ser definido como “uma intervenção médica que elimina a capacidade de reprodução ou como a ação de privar de forma permanente ou duradoura a capacidade de gerar uma pessoa” (ALBUQUERQUE, Aline, 2013).

É imprescindível relatar que há uma lei no Brasil para esse tipo de procedimento, Lei 9.263/96⁵ a qual regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Nela são postos os requisitos para que a laqueadura possa acontecer, sendo em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade, com pelo menos dois filhos vivos, observando o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Em síntese, o caso relatado faz referência à Janaina Aparecida Quirino, 36 anos, de baixa renda, cinco filhos, foi presa por tráfico de drogas. O Estado propôs uma “ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, em face de Janaina Aparecida Quirino” e também em face do município de Mococa para que realizasse a laqueadura tubária “mesmo contra a vontade desta, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00”, alegando a lei citada acima (9.263/96).

Outra questão alarmante do caso posto é que ela não teve direito à advogado e o Estado não indicou alguém para representa-la, além de não haver documentos que comprovassem seu consentimento, caracterizando a violação de direitos humanos e inclusive o direito da mulher com a disposição do seu próprio corpo. Cumpre lembrar que Janaína neste caso quando violada, silenciada (dada a não representação) exprime a realidade alarmante a qual inúmeras mulheres são submetidas à situação carcerária. Tratar acerca do caso dela e dar visibilidade a esta questão é o mesmo de dar visibilidade a cada uma dessas mulheres.

Constou nos autos que “a requerida já é mãe de cinco filhos” e “por tal razão, foi recomendada pelos equipamentos de saúde e de assistência social deste Município a realização de laqueadura tubária”. Ainda consta nos autos que “somente a realização de laqueadura tubária na requerida será eficaz para salvaguardar a sua vida, a sua integridade física e a de eventuais rebentos”.

Desta sentença o Município recorreu da decisão proferida pelo Ministério Público ao Tribunal de Justiça de São Paulo, nesta decisão o Desembargador lembrou que a mesma lei citada

5 Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelecendo penalidades e dá outras providências.

pelo Ministério Público, art. 1º “o planejamento familiar é direito de todo cidadão” junto a não manifestação da vontade, seria improcedente, pois esta deve ser expressa em documento escrito e firmado, conforme descreve o art. 10, § 1º da lei 9.263/96⁶.

Não é considerada manifestação da vontade quando há ocorrências de discernimentos por uso de ilícitos, tais como drogas, álcool, estados emocionais. Além de que, como diz, no parágrafo § 6º da norma⁷ só podendo acontecer mediante ordem judicial. Dado o que consta no processo, tudo indica que a esterilização compulsória seria uma forma de controle de demografia o que é expressamente proibido na referida Lei⁸, em seu parágrafo único, pois é dever do Estado fornecer saúde e educação conforme o art. 5º da mesma⁹. Logo, se tratando do atual ordenamento jurídico, não admite-se a esterilização compulsória, uma vez que está é evasiva e lesa de forma irreversível a integridade física de quem a fizer.

Ainda deve ser dito que a esterilização deve ser utilizada como opção para o planejamento familiar, mas deve ser a última delas, em caso excepcional e consentido pela mulher, uma vez que é evasiva e irreversível. Existem outros métodos eficazes que poderiam ser utilizados, bem como o tratamento ambulatorial, mas de forma nenhuma violar o direito de liberdade de escolha de uma mulher. (Tribunal de Justiça, Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360).

Cumprido ressaltar que o Tribunal deu provimento ao recurso do Município de Mococa, mas foi tardio, em 23/05/2018 foi liberado nos autos, e a cirurgia de laqueadura foi feita em 14/02/2018, logo após a cesariana. Dessa forma, aconteceu o que havia sido elucidado na decisão do Tribunal “tudo a indicar que a compulsoriedade da laqueadura representaria, aqui, grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana”. (Tribunal de Justiça, Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360).

São por essas razões que as mulheres, principalmente as encarceradas se encontram à margem da sociedade. Está deixando de ocupar posição de sujeito passiva quando estiver realmente inserida como sujeito de direitos e portadora de garantias, de forma plena, quando o Estado passar a trata-la de forma igual na medida de sua desigualdade, não estamos falando de privilégios, mas sim direitos, direitos que não são conferidos às mulheres, por serem mulheres.

De todo o exposto, o que se demonstra absurdo é o Estado utilizar-se de um discurso sobre dignidade da pessoa humana para praticar uma indignidade. Muito contraditório não? O Estado,

6 Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996, art. 10, § 1º É condição para que se realize a esterilização, o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

7 Lei 9.263/1996, art. 10º, § 6º “A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei”

8 Lei 9.263/1996, art. 2º, parágrafo único, “É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico”.

9 Lei 9.263/1996, art. 5º “É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.”

aquele quem deve proteger, cuidar, simplesmente não o faz. Aqueles a que são confiados nossos direitos, simplesmente parecem os rasgar e dar aplicabilidade aquilo que distorcem do que realmente deveria ser, pois eles tentaram usar arditosamente da Lei para se fazer valer de seus argumentos machistas e misóginos.

5.1. A Aplicação De Medidas Práticas Frente À Situação Carcerária Feminina

Não basta apenas tratar da problemática, mas cabe apresentar soluções ao problema posto. É imprescindível constatar a centralização do lugar de fala para as mulheres, aplicando uma perspectiva da criminologia feminista. Outra diretriz é a igualdade material, isto é, tratar os desiguais em sua desigualdade, por meio de suporte a essas mulheres que estão colocadas no sistema carcerário, preparar devidamente os profissionais, disponibilizar acompanhamento jurídico, estruturar atendimentos considerando as necessidades dessas mulheres, bem como, assegurar a manutenção dos laços com os filhos. Ademais, ressalta-se a importância do cumprimento do que já está disposto nos códigos brasileiros: Constituição Federal, Código Penal, Lei de Execução Penal (LEP) e o respeito à dignidade da pessoa humana – utilizando inclusive precedentes observados dentro do trabalho para que tais transgressões não se repitam.

A aplicação de uma criminologia feminista, que de acordo com Mendes, 2012, é a utilização de uma perspectiva feminista na criminologia – utilizando o termo da autora, um “giro epistemológico” – que proporciona para a análise criminológica a realidade vivenciada pelas mulheres, as quais seriam porta-vozes de seus próprios interesses. Sejam vítimas, sejam réis, sejam condenadas (dentro ou fora do sistema de justiça criminal). Isso significa que o grande marco propiciado por uma criminologia feminista é o fato de que será de mulheres, para mulheres e sobre mulheres, diferente do discurso posto hoje, de acordo com Mendes, 2012, p. 157, “A criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens”.

Cumprir observar que o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), em 2016, fez orientações para uma política de desencarceramento de Mulheres, implantando as regras de Bangkok no Brasil, a qual traz dentre as suas resoluções para as mulheres em conflito com a lei diversas alternativas que podem ser aplicadas e adaptadas para a situação carcerária brasileira. Dentre essas:

- a) Criar e financiar um sistema nacional de alternativas penas, que responda às necessidades específicas das mulheres, e que reconheça a autonomia de formas comunitárias de justiça como a justiça restaurativa (ITTC, 2016, s/n);
- b) Disponibilizar acompanhamento jurídico no momento da custódia na

delegacia de polícia, a fim de verificar se houve violência psicológica, física ou sexual, ou ainda abuso de direitos no momento da abordagem pela polícia (ITTC, 2016, s/n);

- c) Estruturar os atendimentos e os serviços prestados considerando as necessidades complexas das mulheres, reconhecendo seus diferentes papéis como trabalhadoras, mães, cuidadoras, esposas, parceiras, provedoras etc. (ITTC, 2016, s/n);
- d) Assegurar a manutenção dos laços entre mães e filhos, ofertando, quando necessário, serviço jurídico para que as mulheres separadas de seus filhos recuperem sua guarda (ITTC, 2016, s/n);
- e) Priorizar que os casos de mulheres em conflito com a lei sejam retirados da esfera da justiça criminal e encaminhados para programas comunitários de apoio e tratamento (ITTC, 2016, s/n);
- f) Preparar os funcionários do sistema de justiça criminal e de órgãos de atendimento para que demonstrem constante respeito às mulheres, ofereçam a elas tratamento igualitário e respeitem suas decisões, seu espaço, seu contexto e sua cultura (ITTC, 2016, s/n)

6. CONCLUSÃO

No que tange a sociedade misógina, as mulheres devem cumprir o que fica disposto por meio dos arquétipos femininos – padrões de atitudes e ações compreendidos como femininos, os quais ficam restritos ao âmbito privado, não se estendendo à esfera pública ou política. Desta maneira, não se pode negar que a perpetuação desta sociedade misógina influi diretamente na realidade feminina, dado que as mulheres são invisibilizadas e tem suas vozes silenciadas, não podendo reivindicar seus direitos da maneira apropriada. Tudo isso, torna-se atenuado quando concerne ao cárcere feminino, dado que existe uma vulnerabilidade maior das mulheres, visto que encontram-se em dois grupos invisibilizados: das mulheres e da penitenciária – o que gera maiores restrições aos direitos fundamentais, transgredindo à dignidade da pessoa humana.

Nas últimas décadas esse cenário vem se portando de maneira diversa, devido a uma aproximação – mesmo que pequena, mas significativa – entre o universo feminino e masculino, entretanto o mesmo aconteceu no universo criminal. A partir da análise dos dados citados ao longo do trabalho foi possível verificar o alto índice crescente de mulheres no âmbito criminal. Inserindo neste contexto, as penitenciárias femininas brasileiras, as quais se encontram em uma situação alarmante, posto que faltam as condições mínimas necessárias para se tratar da recuperação dessas

mulheres. Neste diapasão, verifica-se a violação dos direitos humanos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana ao passo em que as mulheres são invisíveis e caladas perante à sociedade e quando encarceradas, ficam à mercê do sistema.

A pesquisa ainda ressalta que as mulheres infratoras precisam de uma atenção especial, uma vez que necessitam de cuidados diferentes quando comparados ao gênero masculino (os quais são inerentes ao feminino). Isso não significa uma desigualdade comparado aos homens, mas sim, uma equidade – ou igualdade material – visto que os desiguais devem ser tratados em sua desigualdade, isto é, uma equiparação dos gêneros, tendo em vista algumas especificidades diante das diferenças biológicas entre os sexos: tal como gravidez, a alteração cíclica de hormônios, a maternidade, entre outros. Fazendo, a partir disso, um sistema prisional adequado.

Não basta apenas tratar da problemática, mas cumpre ressaltar opções que tragam resultados positivos para a problemática. Dentre elas, fica disposta a centralização do lugar de fala para as mulheres, aplicando uma perspectiva da criminologia feminista. Outra diretriz é por meio de suporte a essas mulheres que estão colocadas no sistema carcerário, preparar devidamente os profissionais, disponibilizar acompanhamento jurídico, estruturar atendimentos considerando as necessidades dessas mulheres, bem como, assegurar a manutenção dos laços com os filhos. Ademais, ressalta-se a importância do cumprimento do que já está disposto nos códigos brasileiros: Constituição Federal, Código Penal, Lei de Execução Penal (LEP) e o respeito à dignidade da pessoa humana – utilizando inclusive precedentes observados dentro do trabalho para que tais transgressões não se repitam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Esterização compulsória da pessoa com deficiência intelectual: análise sob a óptica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente.** Centro Universitário São Camilo – 2013. Disponível em <https://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>> Acesso em: 1 jul. 2018.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado.** Editora: Torno. 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

_____.BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984-Lei de

Execução Penal.

_____.BRASIL. **Constituição Federal**, 48 ed – Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios estatísticos analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação**, 2010-2011. Disponível em: . Acesso em 15 de ago. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios estatísticos analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação** , 2010-2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 15 de jun. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Procuradoria Especial Da Mulher. Mulheres na Política: Retrato da sub-representação feminina no poder**. 2016. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Registro: 2018.0000380733. Poder judiciário. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Sessão de 23/05/2018. Processo sob o número 10015215720178260360.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. 2009.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p.

FREITAS, Regina Miranda. **O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal**. 2013. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a187.pdf> Acesso em 9 jul. 2018

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Marina Moraes. **Sistema Penal Brasileiro: uma expressão Racista de exclusão social**. 2012. 80 f. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. 2012.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Informação Demográfica e Socioeconômica nº 38**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 27 jun. 2018

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal Volume I**. São Paulo: Atlas, 2004.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KOLONTAI, Alexandra. **A nova mulher e a moral sexual**. 2 ed. São Paulo. Editora Expressão Popular. 2011.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – **Infopen Mulheres**, 2ª edição. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em: 09 jul. 2018

- MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a Criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a Epistemologia Feminista. 2012. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, PPG/FD/UnB, Brasília.
- MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. 2018. Editora Melhoramentos. **Definição de Silêncio**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=4bvWQ>>. Acesso em: 02 abr. 2018
- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- Ministério da Justiça. **INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Dezembro/2015.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal: comentários à lei nº. 7210/84**. São Paulo: Editora: Atlas, 2005.
- PERROT, Michelle. **Os excluídos da história**: Operários, mulheres e prisioneiros. 7.ed. Rio de Janeiro | São Paulo, Paz & Terra. 2017.
- PONSO, Fábio. **Rebeliões e massacres em presídios: casos que chocaram o Brasil e o mundo**. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/rebelioes-massacres-em-presidios-casos-que-chocaram-brasil-o-mundo-20824979>>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **O poder patriarcal**. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Educação a Constituição](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Educa%C3%A7%C3%A3o%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 02 abr. 2018
- SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício. **Eu prisioneira de mim**: análise da influência da violência de gênero na inserção da mulher no mundo do crime. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/367>>. Acesso em: 06 abr. 2018
- SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício. **Trabalho duplicado, direitos divididos**: a infringência aos direitos humanos das mulheres na divisão sexual do trabalho. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/t17s4zk6/f43Wn721xopIsu3M.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SPINGOLA, Luciana Soares. **A mulher encarcerada no sistema penal brasileiro**: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade. Brasília: IDP/EDB, 2016. 29f, - Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em

<<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2274>> Acesso em: 06 jul. 2018

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.