

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL & HISTÓRIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO



X
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.

JOSILENE HERNANDES ORTOLAN DI PIETRO

VLADIMIR BREGA FILHO

CARLA BERTONCINI

©2020 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Vladimir Brega Filho & Carla Bertoncini
(Orgs.)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

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

Comissão Científica do X SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preusler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UNIVEM)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional & História e Teorias Críticas do
Direito / Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Vladimir
Brega Filho & Carla Bertoncini, organizadores. - 1. ed. -
Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio
Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-13215-1

1. Hermenêutica Constitucional & História e Teorias Críticas
do Direito / Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Vladimir
Brega Filho & Carla Bertoncini

CDU-330.8

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Hermenêutica Constitucional &
História e Teorias Críticas do Direito.

CDU-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 CONSOLIDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O ADVENTO DA LEI 13.467 DE 2017.....	5
Carla Roberta Ferreira DESTRO Isabela Silva BIAZON	
A IGUALDADE DE GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	25
Isabela Christina Arrieta MASIEIRO Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA	
A MULTIPARENTALIDADE E SUA INTERCONEXÃO COM A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	43
Gabriela Vernaschi LIMA Wilton Boigues Corbalan TEBAR	
A SERVIDÃO DO CONSUMO E O RISCO DE ALIENAÇÃO E EUGENIA: PERSPECTIVAS A PARTIR DE BAUMAN E HUXLEY.....	57
Andressa Sechi MARRA	
CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA POR UM RESGATE DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN.....	69
José Mauro GARBOZA JUNIOR Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA	
DANO EXTRAPATRIMONIAL: BREVE ANÁLISE DO DIREITO TRABALHISTA ANTES DA LEI 13.467/2017.....	84
Isabella Regina do Amaral SCHIO	
DAS CONTRIBUIÇÕES DOS FEMINISMOS ÀS TEORIAS DO DIREITO.....	103
Iris Rabelo NUNES	
EM BUSCA DO PROTAGONISMO: NOTAS SOBRE HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL.....	116
Amanda Querino dos Santos BARBOSA Luna STIPP	
FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA A MANUTENÇÃO DE UM SISTEMA ECONÔMICO NEOEXTRATIVISTA: DO NEOESTRATIVISMO BRASILEIRO À AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE AJUIZADA EM FACE DO MINISTRO DO MEIO AMBIENTE, RICARDO SALLES.....	133
Giovanni de Araújo NUNES Marina Marques de Sá SOUZA	
INVIOLABILIDADE DOMICILIAR x FLAGRANTE DELITO: A NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA PARA INGRESSO NO BEM CONSTITUCIONAL.....	154

Phelipe Ribeiro da SILVA
Mirella Bianca Bosa dos SANTOS

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS PROMESSAS DA MODERNIDADE NÃO CUMPRIDAS - UMA INTERVENÇÃO NECESSÁRIA OU DISCRICIONARIDADES E DECISIONISMOS?.....168

Bruno Humberto NEVES
Rubens BEÇAK

MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....185

Rafael Silva PADOVEZ
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA

NOVA HERMENÊUTICA DA LIVRE INICIATIVA: A LIBERDADE CONTRATUAL E A TEORIA DO TERCEIRO CONTRATO APÓS A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.....208

Allaymer Ronaldo Regis dos Bernardos BONESSO
Carlos Miguel de MEIRA

O RECONHECIMENTO DA INJUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: VERDADEIRA FUNÇÃO SOCIAL DA LEI.....222

Beatriz Santos BARROS
Vitória MONTANHEIRO

O ESTADO DE ENCLAUSURAMENTO TECNOLÓGICO E DE CONSTANTE VIGÍLIA SOBRE UMA PERSPECTIVA JURÍDICA.....243

Camila Mayumi OICHI
Ana Carolina Greco PAES

O RACISMO ESTRUTURAL E A NECROPOLÍTICA APLICADA AOS CORPOS NEGROS257

Glazielly BARBOSA
Larissa Aparecida COSTA

ÓRGÃOS COLEGIADOS NACIONAIS: ENTRE A PARTICIPAÇÃO DELIBERATIVA E O PLURALISMO JURÍDICO.....277

Doacir Gonçalves de QUADROS
Helio Gustavo MUSSOI

A CONSOLIDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O ADVENTO DA LEI 13.467 DE 2017

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹
Isabela Silva BIAZON²

RESUMO

O presente trabalho trata da evolução do acesso à justiça na medida em que a sociedade foi se modificando, destacando um dos importantes instrumentos que garante e efetiva o acesso à justiça e que é objeto de intensa discussão, a justiça gratuita. Ao final, expõe as mudanças de tal instituto com a reforma trabalhista, a fim de que se compreenda as alterações e suas aplicações práticas no âmbito da justiça do trabalho. A pesquisa se desenvolve pela metodologia dedutiva, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica, analisando doutrinas especializadas e julgados sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Justiça gratuita. Efetividade. Hipossuficientes. Reforma trabalhista.

ABSTRACT

This paper deals with the evolution of access to justice as society has changed, highlighting one of the important instruments that guarantees and effectuate access to justice and which is the subject of intense discussion, free justice. At the end, it exposes the changes of this institute with the labor reform, in order to understand the changes and their practical applications in the scope of labor justice. The research is developed by deductive methodology, using the technique of bibliographic research, analyzing specialized doctrines and jurisprudence on the theme.

KEYWORDS: Access to justice. Free justice. Effectiveness. Hyposufficient. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

Garantir o acesso à justiça à população sempre foi motivo de debate, mas nem sempre de preocupação. Deste modo, o presente trabalho buscou apresentar a evolução do acesso à justiça trazendo-o até o período atual, destacando, por fim, a importância da justiça gratuita, como ferramenta essencial para garantir aos hipossuficientes um efetivo acesso à justiça.

Num primeiro momento, foi abordada a história e evolução do acesso à justiça, relatando como a justiça era realizada em diferentes épocas e sociedades, e como se deu sua evolução perpassando pelo contexto histórico-social vivido.

-
- 1 Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas 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 no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Pessoa com Deficiência.
 - 2 Graduanda em Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP. Atualmente estagiária no Tribunal de Justiça de São Paulo, no gabinete da 4ª Vara Cível da comarca de Presidente Prudente-SP. Já estagiou no Escritório de Advocacia ALM Sociedade de Advogados. Parecerista na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda nessa primeira análise, finalizando a análise histórica, foi explorado o contexto histórico vivido no Brasil, apontando as alterações e inovações que as Constituições promulgadas trouxeram ao presente tema do acesso à justiça. Por fim, foi citado os instrumentos criados ao longo dos anos que ampliaram e efetivaram o acesso à justiça.

Nesse aspecto, analisou-se um dos importantes instrumentos do acesso à justiça: a justiça gratuita. Este benefício foi objeto de diversas mudanças no atual Código de Processo Civil, sendo alvo de muita discussão e incertezas.

Ao final deste trabalho, foi esclarecido as mudanças que a Lei nº 13.467 de 2017 causou à justiça gratuita, expondo entendimentos doutrinários e julgados do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, a fim de determinar se a mudança é obstáculo para o acesso à justiça do trabalhador.

Para a realização do trabalho, utilizou-se da metodologia dedutiva, com a técnica de pesquisa bibliográfica e estudo histórico, a fim de uma releitura de doutrinadores e estudiosos sobre o presente tema, bem como utilizou-se de pesquisa jurisprudencial para o estudo do tema no caso concreto.

2 BREVE EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça como hoje se compreende é muito diferente do acesso à justiça de tempos atrás, onde a amplitude e alcance da justiça eram bem menores do que no momento atual.

A começar pela autotutela, o meio mais eficaz para resolução de conflitos quando ainda não havia um Estado organizado. Usavam de sua própria força física ou intelectual para proteção dos seus interesses, não existindo intervenção do Estado. É o meio mais primitivo já usado, porém, observa-se que nos dias atuais, há resquícios da autotutela amparados por lei, como a legítima defesa, no direito penal, utilizada nos casos em que há um bem jurídico em risco e o Estado não está presente para protegê-lo, autorizando a vítima a usar a força necessária para repelir o injusto, e o desforço imediato, no direito civil.

Nesta época havia também a autocomposição entre as partes, que se dividia em desistência, quando uma parte desiste de seus interesses por vontade própria; submissão, quando uma das partes reconhece o direito da outra e se submete a ele, e transação, quando ambas partes cedem um pouco de seus interesses. Essa técnica ainda está presente na atualidade.

Contudo, a partir do momento em que o Estado proíbe a autotutela e começa a interferir nas relações existentes, surge a premissa de que ele resolverá os conflitos que já existem e os que surgirão, como afirma Takeyama e Ruiz (2014, p. 42):

Quando o Estado vedou a autotutela, não tomou para si apenas o poder, a função e a

atividade de resolver os conflitos de interesses nascidos no meio social, mas, também, lhe foi imposto o dever de fazê-lo, dando ensejo ao surgimento do correlativo direito da pessoa de ter suas pretensões analisadas por este mesmo Estado. Em outras palavras, o direito ao que hoje se chama de acesso à justiça surgiu no exato momento em que foi negado à pessoa o direito de valer-se de sua própria força para resolver seus conflitos de interesse.

Destarte, seguindo a evolução da sociedade, o Estado aumentava sua intervenção, como é possível observar por volta do século XVIII a.C., com o surgimento do Código de Hamurabi, no qual o poder estava centralizado nas mãos de um soberano que representava a justiça e era responsável por julgar, pois detinha o poder de decisão. O acesso à justiça, aqui, se dava na medida em que o cidadão tinha a oportunidade de ser ouvido pelo soberano. No Egito, no período do Antigo Império, há notícias de um avanço no sistema judicial: o poder de decidir não mais se concentrava nas mãos dos soberanos, esse poder agora pertencia aos funcionários administrativos que atuavam como juízes e que inspirados pelo divino, aplicavam o direito. Todavia, o acesso à justiça era limitado aos habitantes que compartilhassem da mesma religião do soberano, assim, escravos, estrangeiros e mulheres eram excluídos da justiça ou seu acesso era extremamente restringido (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 73).

Aproximadamente no século VII a.C., na antiguidade clássica, o acesso à justiça mudou de perspectiva, limitando-se apenas a defender os pobres. De acordo com César (2002, apud SILVA, 2013, p. 15), em Atenas, por exemplo, escolhiam-se dez advogados por ano para realizar a defesa dos desafortunados, sem que lhe fossem cobrados honorários. Logo após, Roma, com a legislação Justiniana, adotou a mesma ideologia. Na Idade Média, foi criada a assistência legal aos pobres, em consequência da caridade pregada entre os cristãos (o homem justo era medido pela sua fé), sendo que o juiz deveria julgar sem condenar o assistido no pagamento das custas.

Já no século XVIII e XIX, período moderno, predominava nos Estados liberais os direitos individuais, que pregava a liberdade estatal, puro reflexo da ideologia burguesa da época. Entendia-se que tais direitos eram inerentes à pessoa, ou seja, só por existir, ser uma pessoa, seria possuidor de direitos naturais. Logo, sendo um direito natural, proclamado e positivado nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não havia necessidade de ação do Estado para protegê-los, ao invés disso, devia este se abster, como afirma Cappelletti e Garth (1988, p. 9) “esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros”.

Dentre esses direitos, estava o acesso à justiça, que interpretado sob a visão do Estado liberal burguês, era compreendido como a simples faculdade de ingressar em juízo ou de contestar uma ação, sem a preocupação com o justo processo e sem exigir qualquer interferência estatal que pudesse dificultar o acesso ao Judiciário.

Contudo, esse *modus operandi* propiciava a exclusão da utilização da justiça em relação às camadas mais pobres da sociedade, que enfrentavam obstáculos para acessar o Poder Judiciário, já que não tinham condições de arcar com as custas judiciais. Conclui-se que havia um acesso formal, mas não efetivo.

Além disto, à medida que a sociedade foi crescendo e se modificando, o sentimento de coletividade começa a despontar, dando espaço para o surgimento de direitos de natureza social no lugar dos direitos individualistas até então predominantes. Como exemplo desses direitos, pode-se citar o direito ao trabalho, à saúde e à educação.

Dessa forma, observando a necessidade de garantir o acesso efetivo e não apenas formal e como forma de equilibrar a diferença econômica entre as partes, o Estado passou a exercer uma conduta mais ativa, abandonando o sistema de *laissez-faire* e preocupando-se em como diminuir a barreira enfrentada por muitos para o efetivo acesso à justiça. Nos dizeres de Takeyama e Ruiz (2014, p. 44-45), o Estado devia prestar uma resposta eficaz aos litigantes:

Da mesma forma, passou-se a se preocupar em aprimorar a própria tutela jurisdicional prestada pelo Estado, porque se percebeu que não bastava permitir o ingresso da demanda em juízo, era preciso que o Estado também fosse capaz de dar uma resposta à pretensão que lhe era apresentada. Com estes objetivos, foram direcionados esforços para a criação e desenvolvimento de procedimentos adequados à tutela dos direitos materiais; para tutelá-los coletivamente; para simplificar procedimentos e para agilizá-los, a fim de tutelar um maior número de direitos, ainda que fossem de pequena expressão econômica.

Buscando o tal acesso eficaz à justiça, surgiram a partir de 1965, nos países ocidentais, três soluções, chamadas por Cappelletti e Garth (1988) de “ondas”, as quais serão brevemente explicadas: a primeira onda diz respeito à assistência judiciária para os pobres, pautada no conceito de dar condições de acesso ao Judiciário para aqueles que não conseguiam suportar as custas processuais, oferecendo serviços jurídicos gratuitos.

Surgiram dentro desta temática três modelos para implementar a assistência judiciária para os menos favorecidos, quais sejam, o sistema *judicare*, adotado por países como Áustria, Inglaterra e França, no qual a assistência era prestada àqueles que se enquadrassem nos requisitos legais, sendo que poderiam usufruir de advogado particular, mas pago pelo Estado; o sistema no qual o advogado remunerado pelos cofres públicos, sendo que neste haviam advogados destinados a prestar serviços jurídicos gratuitos aos carentes e seriam pagos pelo cofre público; e o modelo combinado, adotado pela Suécia, surgiu como intermediário, pois combinava os dois sistemas supracitados (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O problema da primeira onda (a falta de amparo de direitos que pertencem a um grupo) foi resolvido com a segunda onda, caracterizada pela representação de interesses difusos, definidos por Medina (2004, p. 40):

Podem-se entender como difusos aqueles interesses transindividuais, de natureza indivisível, que têm como titulares pessoas indeterminadas, ligadas por meras circunstâncias de fato. Trata-se de interesses coletivos, *latu sensu*, de que são exemplos os interesses ou direitos do consumidor em relação a determinado produto ou os dos cidadãos, em geral, em face da preservação do meio ambiente ou da proteção do patrimônio histórico.

Assim, mais mudanças foram realizadas para atender demandas que não envolviam apenas dois litigantes, mas vários, surgindo aqui o direito público, direcionado a coletividade, a inúmeras pessoas. Nasce aqui também o Estado Social de Direito, fundamentado na intervenção em direitos econômicos, culturais e sociais.

Por último, a terceira onda para melhorar o acesso à justiça foi a do “acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67). Trata-se da criação de novos métodos, procedimentos e instituições alternativas ao processo, menos formais, mais simples e efetivos ao acesso à justiça, os chamados meios alternativos de solução de conflitos. Nesta fase, o processo civil passa a ser visto como um método, devendo se adequar aos litígios e não ao contrário e, por esta razão, são criados métodos diferentes ao processo para a solução de conflitos.

Alguns autores falam na quarta onda renovatória do acesso à justiça. Sem muito aprofundar, Kim Economides, em sua obra “Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?”, apresenta a quarta onda como a formação ética do profissional de direito, devendo as faculdades ensinarem direitos humanos e o acesso à justiça aos operadores de direito (TEODORO, s.d., p. 9-10). Orsini e Costa (2016, p. 27) explicam:

A criação de um novo modelo educativo que abarque o ensino dos métodos complementares de resolução de conflitos, assim como promova o acesso dos operadores do direito à justiça é compreendida como a quarta onda de acesso à justiça.

Observa-se que o acesso à justiça acompanhou a realidade social, histórico e cultural, da época, passando do caráter individual, no qual o acesso à justiça era meramente formal, para o coletivo, momento em que começaram a se preocupar com o efetivo acesso.

Logo, o acesso à justiça não deve ser superficial, apenas garantido em lei ou ainda, quantitativo, mas deve ser efetivamente executado (ser qualitativo), de forma a acabar ou ao menos amenizar todas as barreiras que um cidadão possa enfrentar ao ingressar com uma ação no Poder Judiciário. Assim, ao ter seu direito lesado ou ameaçado, o sujeito deve ter a faculdade de acessar a justiça, já que se trata de um direito básico e fundamental do ser humano, deve ter seu conflito resolvido em tempo tempestivo, de forma que o direito discutido não pereça, e de maneira eficaz, resolvendo satisfatoriamente o litígio. Ainda, a compreensão atual de acesso à justiça não deve se limitar à demanda judicial, mas também engloba os meios alternativos de solução de conflitos.

O Brasil vivia uma realidade diferente: buscava expandir os direitos sociais básicos (como

direito à moradia e à saúde) para a maioria da população que não tinha acesso “[...] tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64” (BOTELHO, 1996, p. 2).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição desde a proclamação da república, em 1822, a trazer avanços relacionados ao acesso à justiça, como a ação popular e a assistência judiciária gratuita aos necessitados, devendo o Estado e a União se preocuparem com a instalação de órgãos específicos para atender tal objetivo, bem como a ampla defesa e o contraditório. Entretanto, em 1937, com a Carta Política, estabeleceu-se o Estado Novo com regime ditatorial, que revogou a Constituição de 34 e, conseqüentemente, suprimiu os institutos aludidos (ARAÚJO, 2009, p. 3).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, período em que o país passa por um processo de redemocratização, o acesso à justiça começou a ser introduzido no Brasil. Esta nova Constituição amplia os direitos sociais e regula a assistência judiciária como garantia constitucional, pois previa no artigo 141, inciso §4º, que não seria excluído da análise do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, assim escreve Souza (2016, s.p.):

A Magna Carta de 1946 tinha por objetivo fortalecer o Estado Democrático de direito, antes violado, reafirmar os princípios e garantias constitucionais e ampliar o acesso ao judiciário ao garantir o direito de ação aos cidadãos.

[...]

O novo texto constitucional trouxe novamente a independência e a divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário e resgatou os direitos sociais, ampliando o direito à cidadania, já que o país vivia um período pós-repressão. A Carta Constitucional de 1946 foi elaborada com intuito liberal e almejou assegurar os direitos e garantias individuais da população. Pode-se dizer que a intenção da Constituição de 1946, quanto ao acesso à justiça, foi grandioso, privilegiando o restabelecimento dos direitos sociais, ansiando quebrar os laços com o passado ditatorial, como também desejou reestruturar a federação e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Contudo, graças ao golpe militar de 1964, os direitos e garantias dos cidadãos foram novamente suprimidos gradativamente com a promulgação de uma nova Constituição regida pela ditadura. Além da Constituição de 1967, o Ato Institucional nº 5 (AI-5) contribuiu para que o acesso à justiça fosse amplamente violado, uma vez que limitou o direito de ação (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 78).

Foi na década de 80, com a volta do sistema democrático, que o acesso à justiça teve sua importância reconhecida e tutelada, pois a Constituição de 1988, conhecida como Constituição cidadã, buscou retomar o antigo Estado Democrático de Direito junto com os direitos e garantias fundamentais antes suprimidos. Nesta época nasceram os movimentos buscando a efetivação dos direitos sociais e fundamentais e uma justiça mais igualitária e eficaz. Nas palavras de Maders

(2013, p. 15):

Com as transformações da sociedade, ocorridas a partir da década de 70, intensificam-se os movimentos na luta pela igualdade social, pela cidadania plena, tanto que a assistência judiciária integral é tida como uma das prioridades dos idealistas do Estado Social de Direito, já que, após a proclamação da República e durante todo o século XX, até os anos 80, a noção de acesso à justiça permanece como atividade caritativa e muitos dos direitos fundamentais existem e são concedidos ao povo somente na aspecto formal. Começam a tomar corpo as ações coletivas que exigem a efetivação dos direitos fundamentais, sociais, o acesso à justiça de forma igualitária e eficiente e um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo.

Esta Constituição de 1988 foi a que consagrou de fato o acesso à justiça, colocando-o no rol dos direitos fundamentais, em nível constitucional, através do princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme se vê no artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (SILVA, 2013, p. 44). O direito de ação foi o que garantiu o acesso à justiça, não apenas quando ele for lesionado, mas a mera ameaça ao direito também poderá ser analisada pelo Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Aliás, foi esta que inseriu a Defensoria Pública como instituição fundamental do Estado, responsável por efetivar o acesso à justiça aos necessitados (artigo 134), que consagrou o princípio da igualdade ao prever no artigo 3º, inciso I, a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” e que incumbiu aos Estados e a União a criação de juizados especiais (artigo 98, inciso I).

O Princípio da Isonomia das partes foi outro que a Constituição Federal de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico. Este preza para que haja equilíbrio entre as partes, para que os atos jurídicos sejam justos. Além deste, mais outros princípios foram inseridos no texto legal, todos no artigo 5º, como o devido processo legal no inciso LIV, que segundo Batista (2010, p. 47), está intimamente ligado com o acesso à justiça, uma vez que assegura o direito de pleitear uma tutela jurídica e impõe ao Judiciário o dever de exercer a jurisdição de forma justa; contraditório e ampla defesa no inciso LV, representando o direito da parte de se manifestar no processo, se defender e influenciar o juiz, por meio da produção de provas; e juiz natural, inciso LIII, que tem como objetivo assegurar a imparcialidade do juiz, pois sua competência é pré-estabelecida antes do fato.

Ainda como instrumentos que viabilizam o acesso à justiça, foram criadas a ação civil pública, a ação popular (apresentada pela Constituição de 1934, mas ampliada com a Constituição vigente) e o Código de Defesa do Consumidor para a proteção dos interesses difusos e coletivos. O mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, sindicatos e associações também são instrumentos de defesa de direitos coletivos e, nestes últimos dois citados, direitos individuais de seus integrantes. Para os casos de menor complexidade e menor potencial ofensivo, foram criados, respectivamente, o Juizado Especial Cível e Criminal, regulamentados pela Lei 9.099/95 em âmbito estadual, em âmbito federal, criou-se a Lei nº 10.259/01 e para a Fazenda Pública, a Lei nº

12.153/09. Tais institutos surgiram como substituto do Juizado de Pequenas Causas e versam sobre um procedimento especial visando a celeridade, economia processual e simplicidade, consagrado no artigo 98 da Constituição Federal.

Grande mudança ocorreu com a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, que ampliou o alcance da Justiça do Trabalho e implementou o princípio da celeridade processual como norma fundamental: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, LXXVIII, Constituição Federal).

Deve-se citar ainda o *jus postulandi* como outra forma de acesso à justiça. Este instituto representa a faculdade do cidadão de postular em juízo sem a necessidade de advogado ou defensor, nos juizados especiais cíveis, em causas de até 20 salários mínimos, na Justiça do Trabalho e para impetrar Habeas Corpus, pois este cuida do direito fundamental de ir e vir.

A arbitragem, a conciliação e a mediação constituem institutos fundamentais para o acesso à justiça sem necessariamente ter que provocar a jurisdição. Sua utilização é de extrema importância na resolução dos conflitos, tendo em vista ser economicamente mais vantajosa para as partes, mais rápida e mais informal. Nesse raciocínio, Batista (2010, p. 90) aduz que:

Não há como deixar de mencionar que os instrumentos viabilizadores do acesso à Justiça, por meio da solução de conflitos, os quais podem ser prontamente resolvidos, desafogam o Poder Judiciário e impedem que a justiça seja utilizada desnecessariamente, contribuindo com agilidade em entevos simples, como a arbitragem.

Da mesma forma, o balcão de direitos, a justiça itinerante e a justiça comunitária são facilitadores para o acesso à justiça, embora menos comentados. O primeiro instrumento diz respeito ao auxílio jurídico realizado a pessoas com nível financeiro inferior, como as que moram em favelas e periferias. Os conflitos são resolvidos por meio da mediação, mas também são ensinadas noções de direitos e deveres. Já o segundo instrumento corresponde a levar a justiça até locais onde ela não existe por motivos geográficos e financeiros, locais em que não tem fórum, por exemplo. O processo é realizado através da utilização de ônibus e barcos devidamente organizados e equipados para realizar os atos processuais. Quanto ao último, cuida-se também de levar a justiça à população que dela carece. Os responsáveis por providenciar essa justiça são chamados de agentes mediadores, que são treinados e recebem noções de direito para mediar a composição de conflitos e prestar informações aos que buscam orientação; esses agentes podem ser moradores do próprio bairro ou periferia pobre (BATISTA, 2010).

Por fim, pode-se citar a assistência judiciária gratuita e a justiça gratuita como instrumentos que viabilizam o acesso à justiça. Tais aspectos serão melhor tratados na sequência.

3 JUSTIÇA GRATUITA

A premissa que primeiro deve ser suscitada sobre este tema é que por diversa vezes a justiça gratuita é confundida erroneamente com assistência judiciária gratuita, institutos parecidos, com a mesma natureza, porém diferentes no conceito e forma de aplicação. Essa confusão se deve ao fato de que o legislador, no Código de Processo Civil de 1973, não deu tanta importância à utilização da nomenclatura correta dos institutos citados, abrindo margem para a confusão. Tal engano também é visto na Lei de Assistência Judiciária, de 1950. Por sua vez, no Código de Processo Civil vigente, é possível notar a preocupação em diferenciar os institutos jurídicos e a denominá-los corretamente (DELLORE, 2015).

Não obstante estejam previstos no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, a justiça gratuita será concedida àqueles que não tem condições de pagar as custas e despesas processuais e não processuais, pois abrange todas as despesas necessárias para que a participação e andamento do processo sejam possíveis. Em contrapartida, na assistência gratuita há a presença de um advogado pago pelo Estado para representar o assistido que não tem condições de contratar um advogado particular, logo, a parte representada pela Defensoria Pública, por Núcleos de Prática Jurídica das faculdades de direito ou por advogado *pro bono*, não pagará honorários advocatícios e custas processuais, enquanto a parte beneficiada com a justiça gratuita, caso seja vencida no processo, poderá ser condenada no pagamento de ambos os encargos, conforme prevê o parágrafo segundo do artigo 98 do Código de Processo Civil. Nas palavras de Pontes de Miranda (1970, apud, ALVAREZ, 2000, p. 160):

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa.

A principal diferença se dá quanto ao advogado constituído pela parte, que será um advogado oferecido pelo Estado para os que utilizarem da assistência gratuita e para aqueles que utilizarem a justiça gratuita, poderá ser particular ou público, sendo que “a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça” (artigo 99, § 4º, Código de Processo Civil).

São legitimados para requerer a justiça gratuita, “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira”, como dispõe o artigo 98 do Código supracitado. O legislador, ao dizer “pessoa natural” positivou o direito do réu de requerer a gratuidade da justiça, já que na prática isto já ocorria, mas não havia previsão legal, como constata Neves (2016, p. 443):

Na realidade, a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em lei – tampouco por ela era vedada expressamente – mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido. O entendimento foi legislativamente consagrado no § 3º do art. 99 do Novo CPC.

Urge salientar a notória exclusão do requisito antes exigido para a concessão da justiça gratuita, qual seja a impossibilidade da parte de pagar as custas do processo e honorários advocatícios, pois, desta forma, seria prejudicado seu sustento ou de sua família, previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1060 de 1950, a Lei da Assistência Judiciária, que foi revogado pelo Código vigente, o qual excluiu esta última parte do dispositivo, não sendo mais necessário preencher esse requisito para a concessão da gratuidade da justiça, por isto, basta a parte afirmar a insuficiência de recursos. Nos dizeres de Marcacini e Martins (2016, p. 8):

A literalidade do texto da Lei nº 1.060/50 parecia exigir do postulante uma condição de pobreza franciscana, que a jurisprudência pátria já há muito havia afastado. Não se pode restringir a concessão da gratuidade apenas àqueles em estado de completa miserabilidade, ou que estejam a viver da caridade pública. Partindo da mesma ótica de assegurar o acesso à justiça, o perfil do beneficiário, portanto, há de ser o de quem não dispõe de recursos para pagar as despesas do processo, concretamente consideradas naquele caso concreto apresentado em juízo [...].

Muito se discute a falta de requisitos objetivos para usufruir do benefício, alguns dizem que o legislador agiu corretamente, como Bastos (2016, p. 4), que diz ser necessário o preenchimento de requisitos apenas para pessoas jurídicas, seguindo a literalidade da lei, e Tartuce, que fundamenta com as palavras de Marcacini (apud DELLORE; TARTUCE, 2014, p. 5):

O conceito de necessitado não é determinado mediante regras rígidas, matemáticas, não se utilizando limites numéricos determinados. Têm direito ao benefício aqueles que não podem arcar com os gastos necessários à participação no processo, na medida em que, contabilizados os seus ganhos e os seus gastos com o próprio sustento e da família, não lhe reste numerário suficiente para tanto. O direito ao benefício decorre da indisponibilidade financeira do sujeito.

Contudo, no mesmo artigo, o coautor Dellore defende posicionamento contrário, argumentando que deve haver um critério objetivo mínimo para evitar tanta discrepância nas decisões (DELLORE; TARTUCE, 2014, p. 5), que podem ensejar recursos e prejudicar a celeridade do processo. Além disso, outro problema da falta de requisitos é que, pela discricionariedade do juiz, muitas vezes o benefício é concedido a pessoas que não necessitam de fato da gratuidade e, com isso, ocasiona-se abusos processuais. As Juízas Federais Taís Schilling Ferraz e Vânia Cardoso Moraes discutem este problema na nota técnica nº 22 de 2019 da Justiça Federal (2019, p. 2-3):

Para além da garantia do direito de acesso ao Poder Judiciário, a concessão em grande quantidade do benefício da gratuidade da justiça produz importantes efeitos sobre a litigiosidade de massa, e vem configurando, em muitos casos, espécie de convite ao ajuizamento de demandas sem qualquer necessidade de análise de custo-benefício ao requerente, que percebe, assim como os advogados, que tentar a sorte na Justiça, ainda que com demandas temerárias, pode ser um bom negócio, já que os riscos da eventual litigância

infundada são baixos.

Nesse sentido, o parágrafo segundo do artigo 99 do Código de Processo Civil, estabelece que se houver dúvida sobre o direito da parte de usufruir da justiça gratuita, o juiz deve, antes de indeferir o pedido, determinar que a parte requerente comprove sua necessidade para justificar a utilização do benefício, tentando, desse modo, barrar seu uso imoderado e injustificável (CATÃO, 2015, p. 7).

A afirmação da hipossuficiência da parte se reveste de veracidade quando requerida por pessoa natural, segundo dispõe o parágrafo 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil, fato que não se verifica quando requerida por pessoa jurídica, devendo haver comprovação da insuficiência. Tal presunção também facilita a concessão da justiça gratuita de forma generalizada, pois “inverte o ônus da prova da alegação, exigindo da parte contrária a demonstração de que o pressuposto da necessidade não se faz presente em cada caso” (FERRAZ; MORAES, 2019, p. 3).

Ainda no artigo 99, outro ponto importante a se destacar é o momento em que as partes poderão requerer o benefício da gratuidade da justiça, que, observando o caput do artigo, é em qualquer momento, inclusive no recurso. Isto se justifica na premissa de que a situação financeira do litigante não é imutável, assim, mesmo que o autor consiga arcar com as custas e despesas processuais ao propor a ação, isso não garante que terá condições de continuar pagando até o final do processo, que pode ser bem custoso, como bem salienta Ticiano (2015, p. 12):

Pode ocorrer, contudo, de a necessidade da justiça gratuita surgir após o momento de ingresso no feito. Considerando o tempo do processo, a longo da tramitação processual. Ou, ainda, pode ser que falem recursos para o pagamento de um determinado ato processual, imprevisível no início da demanda. Por essas razões, o NCPC admite igualmente a formulação de pedido de justiça gratuita posterior, ou seja, depois do momento de ingresso do requerente no processo.

O indeferimento de plano da justiça gratuita pelo magistrado foi uma alteração importante no sentido de assegurar direitos, pois o juiz, antes de indeferir, deve pedir a parte que esclareça o pedido (DELLLORE, 2016). Inovações importantes também são a concessão parcial da gratuidade, para um ato específico, o parcelamento e a diminuição das despesas que a parte teve que adiantar no curso do processo, de forma a não prejudicar a situação financeira do requerente (artigo 98, §5º e §6º do Código de Processo Civil), que contribuíram para a ampliação do benefício da justiça gratuita, tornando o benefício mais acessível e o acesso à justiça mais efetivo, uma vez que retirou, conjuntamente a outros instrumentos, a barreira econômica que havia em razão da onerosidade advinda de uma demanda judicial.

A justiça gratuita surge como instrumento fundamental ao acesso à justiça, pois dá a possibilidade aos necessitados de propor uma demanda sem ter que pagar as custas e despesas processuais. Entretanto, há muita polêmica em torno deste benefício, tendo em vista as diversas

alterações ocasionadas com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Fato é que a justiça gratuita se constitui como instrumento essencial para a efetividade e ampliação do acesso à justiça, não devendo os abusos, contradições e incertezas serem óbice para o acesso à justiça daqueles que realmente necessitam.

3.1 Justiça Gratuita e a Reforma Trabalhista

A Lei nº 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, alterou substancialmente a legislação trabalhista, sendo alvo de muita divergência doutrinária e jurisprudencial. Dentre as mudanças significativas, encontra-se a justiça gratuita, a qual será desenvolvida neste tópico.

Antes da Reforma, não havia regulamentação direta sobre a justiça gratuita na CLT, considerando que a assistência judiciária era regulamentada pelo art. 14 da Lei nº 5.584/70 e esta engloba aquela³. Partindo dessa premissa, considerava-se apto para fazer jus ao benefício, aqueles que recebiam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou aqueles que declarassem seu estado de miserabilidade, sendo que esta declaração possuía presunção relativa de veracidade, de acordo com Schiavi (2018, p. 412).

Com o advento da Reforma Trabalhista, o instituto da justiça gratuita foi regulamentado no § 3º e § 4º do art. 790 da CLT. O parágrafo terceiro prevê que os juízes podem, facultativamente, conceder a justiça gratuita, a requerimento ou de ofício, desde que a parte receba “salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social”, enquanto o parágrafo quarto surge como outra forma de adquirir o benefício, comprovando a insuficiência de recursos⁴:

Defende-se o entendimento de que, se a parte receber salário superior ao limite previsto no art. 790, § 3º, da CLT, ainda assim terá direito ao benefício da justiça gratuita se *comprovar* insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 790, § 4º, da CLT) (GARCIA, 2018, p. 300).

Esta última parte, referente ao parágrafo quarto, é criticada por Schiavi (2018, p. 413), que sustenta ser suficiente a mera declaração de pobreza feita pelo trabalhador para “comprovar a insuficiência econômica do empregado” e conceder a justiça gratuita, explicando ainda que “Caso haja impugnação, o Juiz do Trabalho poderá exigir do trabalhador outros documentos, como juntada pela CTPS, declaração de imposto de renda etc.” Em consequência de seu entendimento, o autor defende a aplicação do artigo 99, do Código de Processo Civil, de forma subsidiária ao processo

3 Nas palavras de Garcia, “[...] o trabalhador que goza da assistência judiciária (prestada pelo sindicato de sua categoria profissional) também usufrui dos benefícios da justiça gratuita, de modo que está isento do pagamento das custas e demais despesas processuais (artigo 790-A da CLT)”.

4 Discute-se se a Súmula 463 do Tribunal Superior do Trabalho foi superada, já que vai no sentido contrário à comprovação da hipossuficiência por pessoa natural, bastando a declaração de pobreza para fazer jus a justiça gratuita.

trabalhista, amparado pelo artigo 769, da CLT, já mencionado neste trabalho, e artigo 15, do referido Código⁵.

Os escritores Santos e Hajel Filho (2020, p. 348) fazem um alerta para a possível inibição que o § 4º pode provocar no acesso à justiça, na medida em que a exigência de custas cria “obstáculos financeiros para que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário” e consideram que a regra deve ser aplicada apenas aos obreiros que estejam trabalhando e possam comprovar a renda mensal, pois os desempregados, aos olhos dos autores, usufruem da presunção do estado de miserabilidade.

Em contrapartida, também se posicionam como defensores da mudança de ambos os parágrafos 3º e 4º ao dizerem que, da forma como era concedida a justiça gratuita, havia muita arbitrariedade dos juízes ao conceder ou não o benefício e, por isso, a alteração da Lei foi importante para barrar os abusos. Nessa lógica, Pamplona Filho e Souza (2020, p. 514) apresentam ponto muito relevante ao explicarem o parágrafo terceiro:

Do ponto de vista jurídico, ao se dispensarem as custas, abre-se mão de receitas para o Estado. Dessa forma, não se pode imaginar, mesmo sob o viés da moralidade, que se possa conceder essa dispensa sem um motivo relevante como, às vezes, se consegue identificar.

Outro defensor do novo parágrafo quarto é Pereira (2020, p. 315), que afirma que com a nova regra, baseada “nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderação de interesses, no bom senso”, somente os que verdadeiramente necessitam da justiça gratuita irão recebê-la e também, em consequência disso, poderá haver a diminuição do alto número de processos trabalhistas, contribuindo para a celeridade e efetividade processual.

Analisando julgados do Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se que a questão é fruto de muita discrepância. A Terceira Turma, interpretando sistematicamente o § 4º do artigo 790 da CLT, entende que basta a declaração de hipossuficiência da parte para conceder a justiça gratuita, cabendo a parte adversa provar o contrário⁶. Este é o entendimento adotado também por outras Turmas do mesmo Tribunal, como a Quarta⁷, Sexta⁸ e Sétima⁹ Turmas.

Em sentido contrário, a Quinta¹⁰ e Oitava Turma¹¹ exigem a comprovação da hipossuficiência da parte requerente do benefício da gratuidade da justiça, cumprindo o estabelecido em Lei¹².

5 Artigo 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

6 AIRR-11070-37.2018.5.03.0143, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 02/10/2020.

7 RR-667-15.2018.5.09.0669, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 19/06/2020.

8 RR-10607-91.2018.5.18.0171, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 13/03/2020.

9 RR-10520-91.2018.5.03.0062, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 30/06/2020.

10 Ag-ARR-1000316-18.2018.5.02.0314, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 29/05/2020.

11 AIRR - 1097- 69.2016.5.20.0009, 8ª Turma, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, DEJT 06/03/2020.

12 Artigo 790, § 4º, CLT: “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.”

Interessante se observar julgados da Segunda Turma, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta: no Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1604-67.2017.5.21.0041, de abril de 2019, o Ministro se mostra favorável à regra da comprovação da hipossuficiência, tendo em vista que a parte que a requer é o requerido, ora, empregador, enquanto no Recurso de Revista nº 340-21.2018.5.06.0001, de fevereiro de 2020, o Relator é contra a mesma regra, flexibilizando-a em favor do empregado, no sentido de conceder a justiça gratuita com a mera declaração de pobreza do trabalhador.

Observa-se que o requisito da comprovação da hipossuficiência impediu que o Recurso de Revista fosse admitido, já que foi aplicado com maior rigor em razão de ser empregador quem requereu a justiça gratuita, protegendo o trabalhador, e que a mudança da Lei não trouxe prejuízos efetivos para o obreiro, pois a comprovação da hipossuficiência não é tratada com rigorismo pelo Tribunal, observado que a maioria das Turmas se contenta com a mera declaração de pobreza.

Mesmo que não fosse assim, a comprovação da insuficiência de recursos pode ser feita com a juntada de documentos que comprovem que o salário recebido não é suficiente para pagar as custas do processo sem prejudicar seu sustento. Tais documentos seriam todos os gastos mensais que o requerente do benefício tem de arcar para sua subsistência, como conta de água, conta de luz, todos os impostos a que está sujeito, valor gasto com sua locomoção, valor gasto no mercado e todas as despesas que conseguir comprovar. Desse modo, caso o juiz entenda não estar comprovado a hipossuficiência da parte, pode pedir que a complemente (aplicação subsidiária do artigo 99, § 2º do Código de Processo Civil) e a parte poderia juntar os documentos acima descritos, que não são difíceis de obter.

A partir do exposto, acredita-se que o critério objetivo estabelecido para a obtenção da justiça gratuita não é um óbice para o trabalhador, haja vista que o que se exige de provas do trabalhador não afeta seu acesso à justiça. Portanto, é certo que os parágrafos terceiro e quarto do artigo 790 da CLT não prejudicaram o acesso à justiça do trabalhador.

5 CONCLUSÃO

Através da análise histórica, observou-se que não basta apenas o acesso à justiça formal, é necessário que haja um efetivo acesso à justiça, ou seja, os cidadãos devem ter seu direito de ação garantido. Assim, quando tiverem seus direitos lesionados ou ameaçados, terão a certeza de que podem buscar a solução através do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Inclui-se nesta garantia o acesso à justiça dos hipossuficientes, aqueles que não tem condições de suportar uma demanda judicial, que por vezes é onerosa. A eles deve ser garantido o acesso à justiça de forma que não seja prejudicado seu sustento ou de sua família, pois o acesso à

justiça é um instrumento constitucional ao qual todos fazem jus, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

É notória a importância da justiça gratuita como instrumento viabilizador do acesso à justiça, permitindo aos hipossuficientes exercerem seu direito de ação. Diversas alterações e inovações trazidas com o Código de Processo Civil de 2015 favoreceram a ampliação do benefício e, conseqüentemente, o acesso à justiça. Além disso, proporcionaram maior segurança e igualdade aos necessitados de que terão seus direitos assegurados e efetivados. No entanto, algumas lacunas ainda precisam ser esclarecidas pelo legislador, porque há também o lado negativo, o qual precisa ser melhor estudado para que o uso da justiça gratuita seja equilibrado e concedido àqueles que verdadeiramente fazem jus.

Partindo desta premissa, o legislador, a fim de barrar os inúmeros processos trabalhistas e as lides temerárias, regulamentou a justiça gratuita, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 790 da CLT, com o advento da Lei nº 13.467/2017. As alterações para concessão do benefício encontram diversas críticas doutrinárias e jurisprudenciais, por entenderem que no formato atual, o acesso à justiça dos trabalhadores foi prejudicado, considerando os requisitos necessários para adquirir a justiça gratuita.

Há, todavia, aqueles que defendem a mudança, tendo em vista que o Tribunal Superior do Trabalho tem aplicado a regra disposta no § 4º do artigo supracitado de forma a proteger o trabalhador e que a comprovação da hipossuficiência não se mostra impossível de ser feita, não sendo óbice para o acesso à justiça.

Ademais, a regra deve ser vista com bons olhos justamente por limitar a concessão do benefício àqueles que de fato necessitam, impedindo, dessa forma, a banalização do instituto, que é tão fundamental para o acesso à justiça, e a propositura de demandas “aventureiras”¹³.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma moderna concepção de assistência

jurídica gratuita. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. 2000. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2053.pdf#page=151>. Acesso em: 09 jun. 2020.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. Acesso à justiça e a efetividade do processo. **Revista Tem@**, v. 8, n. 12, 2009. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/17/37>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. 1. ed. São Paulo: Letras

¹³ Segundo o relatório Justiça em Números de 2020, produzido com base no ano de 2019, a Justiça do Trabalho reduziu o estoque de processos em 1 milhão nos últimos dois anos.

Jurídicas, 2010.

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

BRASIL. Lei nº 5.584 de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 26 de junho de 1970.

BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de mar. de 2015.

BRASIL, Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 14 de julho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 463. Assistência Judiciária Gratuita. Comprovação (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 Da SBDI-1, com alterações decorrentes Do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017.

Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463.

Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (2ª Turma). Benefícios da justiça gratuita. Comprovação. Ação ajuizada na vigência da lei nº 13.467/2017. Declaração proferida por pessoa natural. Recurso de Revista n.º 340-21.2018.5.06.0001. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Ednilson Simendes. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (2ª Turma). Deserção pela ausência de recolhimento do depósito recursal. Agravo em agravo de instrumento em recurso de revista n.º 1604-67.2017.5.21.0041. Agravante: Omar Carvalho. Agravado: João Caetano Neto. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3ª Turma). Agravo de instrumento. Recurso de Revista. Processo sob a égide da lei nº 13.467/2017. Benefício da justiça gratuita. Requisitos. Declaração de Hipossuficiência. Súmula 463, I/TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 11070-37.2018.5.03.0143. Agravante: VSC - Vertical Sustentabilidade Comercial Ltda e outros e Agravados: Luiz Antonio De Souza Moraes e Arcelormittal Brasil S.A. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 02 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4ª Turma). Recurso De Revista do reclamante. Vigência da Lei Nº 13.467/2017. Transcendência. Recurso de Revista n.º 667-15.2018.5.09.0669. Recorrente: Claudinei Gonçalves Barbosa. Recorrido: Jaguafrangos Indústria e Comércio De Alimentos Ltda. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (5ª Turma). Agravo. Recurso de revista. Acórdão publicado na vigência da lei nº 13.015/2014. Benefício da justiça gratuita. Pessoa física. Comprovação efetiva da hipossuficiência. Ação ajuizada na vigência da lei nº 13.467/2017. Transcendência jurídica reconhecida. Matéria nova. Agravo em Recurso de Revista n.º 1000316-18.2018.5.02.0314. Agravante: Fundação para Remédio Popular – FURP. Agravado: Joao Carlos Pereira Campos. Relator: Ministro Breno Medeiros. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (6ª Turma).

Recurso de revista do reclamante interposto na vigência da lei nº 13.467/2017. Transcendência jurídica. Reclamação trabalhista interposta na vigência da lei nº 13.467/2017. Benefício da justiça gratuita. Comprovação de insuficiência de recursos por simples declaração. Recurso de Revista n.º 10607-91.2018.5.18.0171. Recorrente: Odilio Aleixo Martins. Recorrido: Alvarenga E Silva Ltda. Relatora: Ministra Katia Magalhaes Arruda. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 13 de março de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (7ª Turma).

Agravo de instrumento em recurso de revista do autor. Benefício da justiça gratuita. Comprovação de insuficiência de recursos por simples declaração. Custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais. Transcendência jurídica reconhecida. Recurso de Revista n.º 10520-91.2018.5.03.0062. Recorrente: Melquisedeque Costa Diniz. Recorrido: Metalúrgica Lorena Ltda e outra e Felix Empreendimentos e Participações Ltda e outro. Relator: Ministro Claudio Mascarenhas Brandao. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8ª Turma). Agravo de instrumento em recurso de revista. Deserção do recurso de revista detectada no exame prévio de admissibilidade. Ausência de recolhimento das custas processuais. Pessoa jurídica. Justiça gratuita. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 1097- 69.2016.5.20.0009. Agravante: Chipcred Celulares Comércio e Serviços Ltda. Agravadas: Angélica Macedo Dutra e Tim Celular S.A. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 06 de março de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BASTOS, Cristiano de Melo. A justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

[bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.04.PDF](#). Acesso em: 14 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CATÃO, Karina Regina Batista. **O acesso à justiça gratuita no novo Código de**

Processo Civil. 2015. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4880/4633>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DELLORE, Luiz. **Justiça gratuita no novo CPC: Lado A**. 2015. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-gratuita-novo-cpc-lado-09032015>. Acesso em: 14 jun. 2020.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no novo CPC. **Revista de Processo**. 2014. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Gratuidade-NCPC-com-Dellore-Repro-out2014.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. 2019. **Gratuidade Judiciária: critérios e impactos da concessão**.

Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>. Acesso em: 15 jun. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. - 7ª ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos**

Históricos. 1996. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: pra quem?. **Revista Direito em Debate**.

2005. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/702>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; MARTINS, Marcelo Guerra. O beneficiário de gratuidade processual e a concessão do benefício no novo CPC: mais efetividade ao acesso à justiça do carente de recursos. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. 2016. Disponível em:

<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.23/pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

MEDINA, Eduardo Borges de Matos. **Meios alternativos de solução de conflitos, o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2016. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm. Disponível em: http://lelivros.love/book/baixar-livro-manual-de-direito-processual-civil-daniel-neves-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/#tab-additional_information. Acesso em: 10 jun. 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Anelice Teixeira. Educação para o acesso à justiça: a transformação dos paradigmas de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito de Universidade Federal de Minas Gerais**. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1779/1692>. Acesso em: 09 abr. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. - 2 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://forumninja.org/wp-content/uploads/wpforo/default_attachments/1589771632-Curso_de_Direito_Processual_do_Trabalho.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista - Lei n. 13.467/2017 e a IN. n. 41/2018 do TST**. - 15. ed. - São Paulo: LTr, 2018.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Revista Direito e Democracia**, v. 14, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2660/1883>. Acesso em: 14 mar. 2020.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. **O acesso à justiça como direito humano fundamental e o papel do do processo eletrônico como forma de efetivá-lo**. Ijuí, 2013. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/2799/Queli%20Cristiane%20Schiefelbein%20da%20Silva.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 mar. 2020.

SILVA, Ticiano Alves e. O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/137/130>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SOUZA, Michel Faria de. **A história do acesso à justiça no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/a-historia-do-acesso-a-justica-no-brasil/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

TAKEYAMA, Celina Rizzo; RUIZ, Ivan Aparecido. O acesso à justiça e o direito da personalidade ao conhecimento da origem biológica. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.), OLIVEIRA, Flávio Luis de (org.). **Acesso à justiça e concretização de direitos**. 1º ed. Birigui: Boreal Editora, 2014.

TEODORO, Warlen Soares. **Acesso a justiça no paradigma de estado democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f85a33edd5813b5>. Acesso em: 11

abr. 2020.

A IGUALDADE DE GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Isabela Christina Arrieta MASIEIRO¹
Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, considerada como a Constituição cidadã foi um marco contra a discriminação de gêneros, uma vez que no caput e no inciso I de seu art. 5º, o qual trata a respeito dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu a igualdade entre o homem e a mulher, assim como também o fez ao tratar da família, em que considerou a igualdade entre os cônjuges durante a constância do casamento, porém, mesmo que na teoria tenha sido estabelecida essa igualdade, é sabido que na vida em sociedade ainda existem muitas situações em que as mulheres são tratadas de maneira extremamente desigual, tendo ainda muito o que lutar para conseguir conquistar uma igualdade de fato, por isso o presente trabalho tem como objetivo questionar se realmente existe uma igualdade de gênero e como o direito contribui para garanti-la ou, como infelizmente ainda acontece, contribui para a sua perpetuação e naturalização e isso será feito através de uma contextualização das situações em que as mulheres mais sofrem com essa discriminações, que são no âmbito da família e no mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade. Gênero. Mulheres. Feminismo.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, considered as the citizen Constitution, was a milestone against the discrimination of genders, since in the caput and item I of its art. 5, which deals with fundamental rights and guarantees, established equality between men and women, just as it did when dealing with the family, in which it considered equality between spouses during the constancy of marriage, however, even that in theory this equality has been established, it is known that in life in society there are still many situations in which women are treated in an extremely unequal way, still having a lot to fight to achieve a real equality, that's why the present work aims to question whether gender equality really exists and how the law contributes to guarantee it or, as unfortunately still happens, contributes to its perpetuation and naturalization and this will be done through contextualizing the situations in which women suffer most with this discrimination, which are within the family and in the labor market.

KEYWORDS: Equality. Gender. Women. Feminism.

1 INTRODUÇÃO

Pierre Bourdieu (2002) em seu livro *A dominação masculina* escreveu sobre a divisão dos gêneros feminino e masculino, ele aduz que houve uma definição social do corpo, mais especificamente dos órgãos sexuais, e que esta construção social é naturalizada. No entanto, ele acredita que não é o falo ou a falta dele, no caso das mulheres, o fundamento dessa divisão entre masculino e feminino, até porque as diferenças físicas são notórias, mas sim a visão de mundo

1 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO e Pós Graduanda em Direito e Processo Civil pela PROJURIS.

2 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO e Pós Graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PROJURIS.

organizada segundo a divisão de gêneros relacionais, fazendo dos fundamentos objetivos de distinção dos sexos, no sentido de gêneros construídos, como duas essências sociais hierarquizadas.

Para ele, portanto, a dominação masculina se dá devido às construções sociais destinadas às mulheres e aos homens, em que apesar de terem sido definidas por causa dos órgãos sexuais, hoje em dia tal diferença vai muito além do corpo biológico, pois este serve apenas para legitimar e naturalizar a visão androcêntrica que se estabeleceu no mundo, desta forma “a força particular da sociodicéia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada” (BOURDIEU, 2002).

Fica evidente, então, como a diferença entre os gêneros feminino e masculino se deu através de uma construção social que permitiu que o mundo que se conhece atualmente fosse dominado pelo masculino, mas às custas de vidas de mulheres, que até pouco tempo atrás não eram nem consideradas sujeitos dignos de direitos, visto que não eram nem proibidas de praticar atos jurídicos por não serem consideradas pessoas capazes de tais atos, como ocorreu no Brasil por muito tempo.

Essa situação apenas reforça ainda mais a necessidade dos movimentos feministas, que buscam a igualdade entre os gêneros e de sua análise através do direito, pois é ele quem regula a vida em sociedade e, portanto, é ele quem acaba por contribuir para que ocorra essa perpetuação e naturalização das diferenças, que tem como consequência mulheres violentadas dentro de casa, por homens pertencentes à sua família ou então em seus locais de trabalho, espaço este que também precisou de muitas lutas para ser conquistado e mesmo assim ainda está longe de ser considerado um ambiente de igualdade.

Desta forma, o presente artigo tem como objetivo evidenciar e contextualizar essas situações de desigualdades de gêneros que ainda existem no Brasil, mesmo após a Constituinte de 1988 ter proclamado a igualdade entre o homem e a mulher, pois mesmo assim ainda há muito o que se questionar e conquistar no que diz respeito a isso, principalmente através do direito. Para isso, no primeiro capítulo será feita uma breve análise da história das conquistas dos direitos das mulheres, no Brasil, seguindo-se a ordem cronológica estabelecida por Céli Regina Jardim Pinto, em seu livro “Uma História do Feminismo no Brasil” e que, dê início, apresenta a busca pelo direito ao voto como sendo os primórdios da luta feminista no Brasil, que vai da virada do século XIX para o século XX até o ano de 1932.

No segundo capítulo pretende-se fazer uma contextualização do direito das famílias na Constituição Federal de 1988, visto que é justamente na família onde, historicamente, a mulher é oprimida e colocada em submissão ao homem, que por muito tempo a teve como sua propriedade,

tendo essa situação mudado após a Carta Magna de 1988 ter estabelecido a igualdade entre os cônjuges na constância do casamento, no entanto, o capítulo também traz algumas críticas a respeito de tal igualdade, que ainda tem muito o que ser conquistado, principalmente neste âmbito familiar, onde ocorre, inclusive, a violência doméstica, outra situação que demorou tempos para ser reconhecida pelo direito.

E por fim, no terceiro capítulo será abordada a questão da mulher no mercado de trabalho brasileiro, através de uma contextualização das conquistas nesta área, das mulheres e também dos trabalhadores em geral, mas também ao se expor as situações de desigualdades que ainda são extremamente comuns, visto que mesmo com algumas garantias conquistadas pelas mulheres, como a licença maternidade, tais direitos ainda são considerados privilégios femininos, tendo ainda muito o que se percorrer para atingir a igualdade de fato.

2 UM BREVE HISTÓRICO DAS CONQUISTAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

Não há como se falar em direito das mulheres sem abordar as lutas feministas, que no Brasil teve suas primeiras manifestações a partir do século XIX, tendo como principal objetivo desafiar a ordem conservadora na qual a sociedade brasileira estava organizada, que excluía totalmente a mulher do mundo público, bem como apresentar algumas ideias revolucionárias, mas sempre visando o alcance da igualdade entre os gêneros (PINTO, 2003).

Inicialmente cumpre mencionar que Maria Amélia de Almeida Teles (1999) define o feminismo como “uma filosofia universal que considera a existência de uma opressão específica a todas as mulheres”, bem como em seu significado mais amplo ele é considerado um movimento político. Ela ainda entende que, apesar de o movimento feminista no Brasil ser tratado como algo recente, suas raízes podem ser encontradas em lutas travadas anteriormente, consciente ou inconscientemente, por mulheres intelectualizadas ou grupos de mulheres populares.

Assim como ocorria na Europa e na América do Norte, no Brasil a primeira fase do feminismo teve como enfoque os direitos políticos das mulheres, como o direito de serem eleitoras e candidatas. A questão do direito ao voto feminino foi discutida na Constituição Federal de 1891, não sendo, no entanto, aprovado o projeto. Porém, naquela Constituição não foi explicitamente proibido o voto das mulheres, pois a não-exclusão da mulher do texto constitucional se deu por não serem elas consideradas indivíduos dotados de direitos, pelos constituintes (PINTO, 2003).

Cumpre destacar que, no Brasil, os movimentos feministas têm início com Bertha Lutz em razão de sua visita a Londres em um momento em que o feminismo inglês se encontrava em seu momento mais violento. Desta forma, em 1918 ela se torna a primeira porta-voz da emancipação da

mulher, através da imprensa e da tribuna, bem como, em 1919, juntamente com Olga de Paiva Meira, representa o Brasil no Conselho Feminino Internacional de Organização Internacional do trabalho, onde dois princípios importantíssimos são aprovados: o de salários iguais para o mesmo trabalho, sem distinção de sexo e a obrigação do Estado fiscalizar a aplicação das leis e regulamentações relativas à proteção dos trabalhadores (SAFFIOTI, 1976).

Após essa derrota com a Constituinte de 1891, que excluiu a mulher do direito ao voto, em 1910 Deolinda Dalho, uma professora, fundou o Partido Feminino Republicano, o qual defendia o acesso a todos os brasileiros, sem distinção de sexo, aos cargos públicos e com esse partido ela organizava passeatas, porém logo no final da década o partido se desfez. Depois disso, então Bertha Lutz começa a organizar o que viria a ser a Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF), que deu o impulso necessário para que fosse conquistado o direito ao voto feminino (TELES, 1999).

Sendo assim, depois de intensas campanhas para que fosse realizada uma reforma eleitoral, que eliminasse as diferenças de sexo, foi acolhida pela Revolução de 1930 e assim, a Constituição de 1934, que em seu projeto teve a colaboração de duas mulheres, finalmente consagrou o voto feminino (SAFFIOTI, 1976).

Depois dessa conquista, as feministas continuaram em busca de seu espaço, mas foi com a ditadura militar que o movimento voltou com mais força, visto que a grande maioria das militantes feministas eram contra a ditadura no país. Em 1972 começaram a aparecer nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro os primeiros grupos feministas inspirados no feminismo existente no hemisfério norte (PINTO, 2003).

Em junho de 1976 foi publicado o primeiro número do jornal “*Nós Mulheres*”, que juntamente com o jornal Brasil Mulher, fortaleceu as reivindicações feministas no Brasil, bem como contribuiu para que as mulheres tivessem mais consciência da sua condição. Ainda, o “*Nós Mulheres*” tinha como proposta socializar o trabalho doméstico através da criação de creches, lavanderias e até refeitórios públicos, porém ainda assim o feminismo enfrentou grandes problemas, pois mesmo os ativistas de esquerda, que no início apoiaram o movimento, consideravam tais ideias absurdas, afinal para eles o país tinha problemas mais urgentes, como a fome e a falta de liberdade (TELES, 1999).

Já na Constituinte de 1988, as mulheres presentes no legislativo, apesar de serem um número demasiado pequeno, apresentaram 30 emendas para a Constituição, sobre os direitos das mulheres, incluindo assim praticamente todas as reivindicações do movimento feminista da época. A presença das militantes feminista no processo dos trabalhos constituintes e a pressão que fizeram para que suas reivindicações estivessem presentes no texto constitucional foi extremamente

importante, sendo uma forma alternativa de participação política (PINTO, 2003).

Céli Regina Jardim Pinto (2003), ao escrever sobre organização das mulheres para que suas reivindicações fossem contempladas pela nova Constituição, aduz:

“A mobilização do movimento feminista durante os preparativos para a Constituinte e durante o próprio período dos trabalhos constituintes possivelmente é uma dos melhores exemplos na então jovem democracia brasileira de organização da sociedade civil com o objetivo de intervir diretamente no campo político” (PINTO, 2003, p. 78).

Não só por causa da Constituinte as mulheres se uniram, mas a atuação feminista durante a década também ocorreu para dar voz a duas temáticas: violência e saúde. A violência contra a mulher era considerada praticamente um tabu na sociedade brasileira, tanto que, legitimado pela própria legislação da época, a jurisprudência nacional considerou como direito do homem matar a esposa para proteger sua honra, ou seja, eliminar a mulher era um direito legítimo, o que, em 1976 ficou bastante claro quando Angêla Diniz foi assassinada pelo seu marido que acabou absolvido sob o argumento de ter agido em legítima defesa da honra (PINTO, 2003).

Esse caso não foi aceito pelas feministas, que após a absolvição foram para as ruas exigir a punição do assassino até que finalmente conseguiram que a justiça condenasse Doca Street pelo assassinato da esposa, o que representou um novo passo na luta contra a violência contra a mulher. Vale mencionar ainda a importância também da denúncia de uma mulher de classe média alta, casada com um professor universitário bastante respeitado que o denunciou após ser por ele espancada, o que deu extrema visibilidade para os casos de violência doméstica, pois até então, no Brasil, acreditava-se que apenas os homens negros e pobres quem espancavam suas esposas e que o faziam devido ao alcoolismo ou à extrema pobreza (TELES, 1999).

Ante o exposto, portanto, fica possível vislumbrar como se deu a luta do movimento feminista no Brasil para se chegar às conquistas de hoje no que diz respeito aos direitos das mulheres, no entanto, esta é uma luta que ainda está acontecendo e é preciso mostrar de onde e porque ela veio para assim ser possível vislumbrar ainda mais onde ela pretende chegar e com isso, uma análise de como o direito atual tem impacto na vida das mulheres, principalmente nos âmbitos da família e do trabalho, se faz extremamente necessária.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Faz-se necessário explicar que o direito, apesar de todas as inovações importantes trazidas pela Constituinte de 1988, ainda é influenciado pelo patriarcado, que é o nome dado à dominação masculina, sendo considerado como o regime atual da relação homem-mulher e que tem como exemplo o Código Civil de 1916, em que considerava o homem como o cabeça do casal e portanto o chefe da sociedade conjugal (DIAS, 2010).

E diante desta influência patriarcal, é importante que o direito se utilize do pensamento feminista para tornar visível suas bases, visto que de acordo com a maioria das correntes feministas, ele está historicamente condicionado a parcialidade, pois toma como sujeito de direito e obrigações apenas o homem, sendo ele ainda branco, hétero, pertencente a uma certa classe social e religião, etc (FACIO, 1999). E como pôde ser visto, a luta das feministas, no Brasil foi de extrema importância para as conquistas dos direitos das mulheres, principalmente aquelas trazidas pela Carta Magna de 1988.

Carlos Alberto Bittar (1991) aduz que as principais inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 foram no Direito de Família, mais precisamente no que diz respeito ao relacionamento familiar, pois fixou a igualdade entre os cônjuges, com isso a igualdade entre o homem e a mulher e também em relação a igualdade dos filhos, tendo trazido, assim, as seguintes regras fundamentais:

“a) a conceituação da família como base da sociedade e sob proteção do Estado (art. 226, *caput*); b) a instituição da família pelo casamento (§1º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§5º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§6º); e) a paridade de direitos entre filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º). Além disso, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º), bem como a união estável entre homem e mulher”. (BITTAR, 1991, p. 59/60).

Desta forma fica claro que a família é uma instituição fundamental para o desenvolvimento dos indivíduos, tanto que recebeu uma proteção especial e foi reconhecida como sendo a base da sociedade civil, além disso, a Constituição de 1988 ainda ampliou o conceito de família, não importando mais se foi constituída formal ou informalmente, tanto que atualmente ela pode ser de três espécies: família formal ou matrimonial, família informal e família monoparental (MASSON, 2015).

Cumprindo ainda destacar o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos (2015) de que a família, no Brasil, teve previsão constitucional apenas no ano de 1934 e ainda fazia referência tão somente à denominada “família legal”, que era aquela derivada exclusivamente do casamento civil, sendo esse um modo de seguir a tradição religiosa.

E isso se dá pois “a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico” (PEREIRA, 2018). No entanto, conforme fora exposto, a Constituinte de 1988 trouxe muitas inovações importantes e uma delas é a utilização do conceito amplo de família no âmbito constitucional, em que considera família as pessoas ligadas aos laços de parentesco e não somente aquela derivada do casamento civil, como no passado (BULOS, 2015).

Portanto, foi possível perceber, na teoria, o quanto a Constituição de 1988 é importante no que diz respeito aos direitos das mulheres através das inovações trazidas no direito das famílias, principalmente ao estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher na sociedade conjugal. No entanto, ainda que teoricamente existam essas previsões, tais direitos foram conquistados com muita luta e ainda assim não são completamente eficazes, pois o direito ainda precisa evoluir para se chegar a uma igualdade plena entre o homem e a mulher, visto que ao considerar a família, que apesar de sua evolução ainda possui características do patriarcado, como base da sociedade, ainda é um fator que limita as mulheres de exercerem os seus direitos plenamente.

3.1 A (Des)Igualdade entre o Homem e a Mulher e a Violência de Gênero

Por se tratar de famílias e apesar de no Brasil, a Constituição Federal de 1988 ter garantido a igualdade entre o homem e a mulher na constância do casamento, a origem da família como ela é conhecida hoje, ou seja, monogâmica, não foi justa com as mulheres, tanto que, apesar de na teoria haver essa igualdade, na prática ainda existem barreiras para as mulheres conseguirem ter a tão prestigiada igualdade com os homens, principalmente no âmbito da família.

Em sua origem, a família possuía um regime de casamento por grupos, onde praticamente todos eram casados entre si, bem como os filhos também pertenciam a todos. No entanto, ao se desenvolver o regime da *gens* houve a proibição do casamento entre parentes consanguíneos fazendo com que os casamentos por grupos fossem substituídos pelos pré-monogâmicos e nesse estágio, um homem vive com uma mulher, porém a poligamia e a infidelidade ocasional é um direito apenas do homem assim como, conforme foi aumentando a sua riqueza, esta conferia ao homem uma posição mais importante que a mulher dentro da família, fazendo com que prevalecesse então a descendência paterna (ENGELS, 1891). E ainda neste sentido, Engels (1891), ao aduzir sobre a família monogâmica, afirma que ela:

“Baseia-se no domínio do homem com a finalidade expressa de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível e essa paternidade é exigida porque os filhos deverão tomar posse dos bens paternos, na qualidade de herdeiros diretos. A família monogâmica se diferencia do casamento pré-monogâmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher.”

Posto isso, resta mais do que claro que a formação da família brasileira, como é conhecida atualmente, tem como base uma situação de total dominação do homem pela mulher, visto que aos poucos, principalmente devido ao aumento de riquezas do homem, a mulher foi perdendo a sua importância dentro da família, que anteriormente era essencial, pois por causa dos casamentos em grupos a descendência decorria da origem materna, mas mesmo assim esse fato não reduzia o homem a nada, muito pelo contrário, existia de fato uma igualdade muito mais real do que a

prevista na Constituição Federal de 1988.

Maria Berenice Dias (2016), ao discorrer acerca da igualdade entre o homem e a mulher no direito, aduz que ele, para conseguir apreender a ideia de justiça, precisa lidar com a subjetividade feminina, uma vez que não basta apenas conceder às mulheres os mesmos privilégios desfrutados pelos homens, pois isso apenas reforça o seu caráter androcêntrico, de que o masculino é o único modelo de representação. E isso se dá devido a influência do patriarcado no direito, tanto que algumas teorias feministas consideram que esse sistema só tolera ou promove direitos de emancipação para as mulheres quando isso beneficia a manutenção do patriarcado, sendo mais fácil permitir a entrada das mulheres nas instituições patriarcais do que transformá-las (FACIO, 2007).

Essa situação de (des)igualdade existente entre os homens e mulheres tem como um dos principais motivos a família, visto que muito do controle sobre os corpos das mulheres vem das questões reprodutivas, tanto que no Código Penal existem tipos penais direcionados exclusivamente para elas, como são os casos do aborto e do infanticídio, enquanto que não há qualquer tipo penal exclusivo ao sexo masculino (BITTENCOURT, 2015). Dessa forma, resta evidente que, mesmo tendo trazido inovações importantes na igualdade de gêneros, a Constituição Federal de 1988 ao considerar a família como base da sociedade, apenas evidencia o controle exercido pelo Estado ao corpo da mulher, visto que não elaborou suas normas com base em gêneros, mas sim com base no masculino, apenas encaixando a mulher nesses moldes.

O próprio art. 1.600 do Código Civil de 2002 é um exemplo disso, visto que tal dispositivo aduz que “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”, mostrando como ainda há direitos se conquistar no que diz respeito à igualdade de gênero, restando clara a menos-valia da mulher ao demonstrar uma total falta de credibilidade à sua palavra sem qualquer justificativa, principalmente nos dias de hoje em que o vínculo biológico pode ser comprovado através de exames de DNA (DIAS, 2016).

E tal situação de total desvalorização da mulher como sujeito de direitos serve tão somente para promover e legitimar cada vez mais a violência de gênero contra estas, podendo ser citado como exemplo o caso da menina de 10 anos que era estuprada pelo tio desde os 6 anos de idade e acabou engravidando, mas precisou passar por toda uma humilhação quando da realização do aborto, visto que manifestantes religiosos ocuparam o lado de fora do hospital onde seria realizado o procedimento para tentar impedir que o mesmo ocorresse, fora toda a complicação jurídica pela qual a criança precisou passar para conseguir o direito de interromper a gravidez, que inclusive lhe causava enorme angústia (UNIVERSA).

Os movimentos feministas que ocorreram no Brasil foram importantes por isso, pois foram eles que trouxeram à tona essa questão da violência de gênero praticada, principalmente, no âmbito

familiar. No entanto, para se falar neste tipo de violência, necessário se faz refletir acerca da noção de gênero, uma vez que esta é distinta da noção de sexo, que é a estabelecida pelo senso comum, porque essa perspectiva é considerada como sendo uma alternativa ao estereótipo criado para a mulher associando o feminino à fragilidade ou à submissão (BANDEIRA, 2019).

Lourdes Maria Bandeira (2019) ainda explica que essa noção de gênero trazida pelos movimentos feministas é o que diferencia a violência sofrida pela mulher das outras violências existentes, afinal:

“(...) esse tipo de violência não se refere a atitudes e pensamentos de aniquilação do outro, que venha a ser uma pessoa considerada igual ou que é vista nas mesmas condições de existência e valor que o seu perpetrador. Ao contrário, tal violência ocorre motivada pelas expressões de desigualdades baseadas na condição de sexo, a qual começa no universo familiar, em que as relações de gênero se constituem no protótipo de relações hierárquicas.”

E é possível perceber que essa situação de violência de gênero praticada contra a mulher se mostra diferente do entendimento popular que se tem a respeito da violência, que seria a ruptura de qualquer forma de integridade da vítima, como a física, moral, psíquica e sexual, sendo apenas as violências moral e psíquica não palpáveis. Desta forma, os cientistas veem as vítimas de violência psíquicas e até físicas como sendo mais propensas a praticar maus tratos, sodomizar outras pessoas tudo afim de reproduzir contra o outro a violência sofrida, porém, um estudo realizado em quase todas as capitais e no Distrito Federal revelou que essa hipótese não foi comprovada com as vítimas de violência doméstica (SAFFIOTI, 2015):

“(...) nenhuma informante, que fora vítima de abuso sexual de qualquer espécie, revelou tendência, seja de fazer outras vítimas, seja de maior vulnerabilidade a tentativas de abusos sexuais contra si mesma. (...) Ao contrário, em outra pesquisa, esta sobre abuso incestuoso, não se encontrou nenhuma vítima resiliente.” (SAFFIOTI, 2015).

Visto isso, resta claro que a violência de gênero praticada contra a mulher no âmbito doméstico é diferente daquela violência urbana que permeia o cotidiano das pessoas, ela é um assunto muito mais delicado, de tal forma que o art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988 aduz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” E para dar cumprimento a este dispositivo, após várias lutas e violências sofridas, foi criada a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) que estabelece mecanismos que visam coibir e prevenir a violência doméstica, bem como também visa assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher (DIAS, 2016).

Deste modo, fica claro que uma das principais problemáticas do direito é o seu caráter androcêntrico, que privilegia o masculino ao considera-lo como o modelo de representação coletiva, resultado direto da influência do patriarcado e por isso acaba não considerando problemáticas algumas situações sociais ou as consideram com certo atraso, como a gravidez não desejada, ao

criminalizar o aborto e não promover políticas públicas suficientes para sua prevenção, visto que considera, mesmo que indiretamente, a gravidez como sendo um problema apenas da mulher e como ocorreu com a violência doméstica, que foi reconhecida pelo Estado tão somente após anos da luta feminista, sendo esses alguns dos principais fatores que demonstram o quão importante é, ainda, questionar o direito.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS TRABALHISTAS

Fruto de um contexto marcado pela luta justamente por dignidade, por democracia e contra a repressão do período ditatorial, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças paradigmáticas, que afetaram fatores culturais, mecanismos institucionais e práticas sócio-políticas consolidadas dentro do ordenamento jurídico brasileiro (BITTAR, 2006). Evidentemente, que não se encerra apenas na previsão a missão constitucional, é preciso oferecer mecanismos de efetividade e que se possa concretizar, seja por meio de políticas públicas e até mesmo por uma agenda adotada pelo estado para ações com esse intuito.

Nesse diapasão, o Direito do trabalho recebeu uma importante atenção do Legislador Constituinte, ao prever no Capítulo II da Carta Magna, como “Direito sociais”, as normas trabalhistas. Vale ressaltar que, a previsão constitucional trabalhista foi encaixada justamente no “Título II” dedicado aos “Direitos e garantias fundamentais”, desse modo, reforça sua necessidade e, como instrumento de inclusão e de concretização e da dignidade humana. E ao observarmos as contribuições e até mesmo a função da legislação trabalhista, era também de trazer essa proteção ao trabalhador, por muito tempo se observou essa situação de vulnerabilidade entre quem oferecia a mão de obra e aquele que detinha da matéria prima e das ferramentas.

É importante lembrar que, paralelo ao advento da Constituição Federal, o Direito do trabalho também teve seu processo de construção em meio ao contexto social e socioeconômico de cada período em que como pondera Maurício Godinho Delgado (2019) a legislação trabalhista consistiria na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho. É bem verdade que essa consolidação vem pós o período da Revolução Industrial como uma necessidade de tornar justa também as relações laborais mas que, não se daria de forma igualitária para todos. Até porque como se pode observar historicamente, as mudanças que foram trazidas demandaram tempo de adaptação, ou seja, o Direito vai se adaptando e se aprimorando com as relações e com as evoluções sociais.

Assim sendo, a atenção dada pelo legislador sobre o trabalho na Constituição Federal se revela como um importante mecanismo de proteção ao trabalho digno, pois é a partir da previsão constitucional, que se busca desenvolver e regulamentar as profissões que existem no mercado de trabalho. No tocante ao trabalho feminino, a Constituição Federal foi importante na medida em que,

buscou trazer essa igualdade entre as pessoas, rejeitando a discriminação de cor, sexo, idade e estado civil. No entanto, é preciso fazer um recorte e olhar com mais atenção quando o assunto é a mulher no mercado de trabalho, para além dos dispositivos formais, é preciso questionar também as condições para o acesso ao mercado de trabalho.

4.1 As mulheres no mercado de trabalho

Primeiramente, vale lembrar que o trabalho é uma das esferas da vida humana, de onde o homem tira o sustento e contribui com o desenvolvimento social e econômico, percebe-se diante disso, o quanto a questão do trabalho impacta a vida do ser humano. Contudo, ao longo da história percebe-se esse lastro de dominação em que, a figura do homem ou do “pater família” era visto como o provedor do sustento, aquele que deveria trabalhar fora de casa para oferecer condições de vida, proteção e subsistência. Enquanto a imagem da mulher associada a uma fragilidade, numa condição alterna que deveria cuidar da casa e dos filhos e dessa forma, enraizando na estrutura social essa ideia:

“Mesmo nas sociedades pouco diferenciadas, nas quais o sexo não opera como fator de estratificação social, a mera divisão sexual do trabalho social impõe normas de ação diversas à mulher e no homem. As mulheres não constituem a classe social inferior e os homens a classe social superior; ambos os sexos vivem as diferentes situações de classe possibilitadas pela diferenciação interna de sua classe” (SAFFIOTI, 1976, p.168).

Nessa perspectiva, não é difícil de entender que a divisão sexual do trabalho, classifica homens e mulheres como biologicamente habilitados ou não para determinadas funções, essa lógica machista deixa lastros, que explicam porque em determinados setores da economia como, a engenharia civil e cargos de chefia encontram-se mais homens, mesmo que o número de mulheres no mercado de trabalho tenha aumentado. No entanto, as mulheres em todas as épocas e lugares tem contribuído para a subsistência de sua família, seja pelos trabalhos artesanais que realizava em casa e que, no cotidiano dedicava-se nos cuidados com a família, seja as que conseguiam adentrar ao mercado de trabalho (SAFFIOTI, 1976).

Visualizar essa classificação biológica como habilitados ou não para o trabalho, influenciou muito mais que o acesso da mulher nas oportunidades de trabalho, é possível perceber essa imagem subalterna que foi construída da mulher, na própria participação dela no convívio social, quando por exemplo ela passa a ser conhecida, ou seja, ter seu nome atribuído com o do homem, seja pai ou marido. Isso faz com que, seu espaço fosse limitado e dessa forma, não é difícil compreender que muitas vezes as mulheres ocupavam um lugar que não foi escolhido por elas para estar, mas em que ela foi colocada:

“O modo de participação na classe social, entretanto, nem sempre é o mesmo para o homem e para a mulher. Enquanto aquele tem uma participação direta na classe, isto é,

engaja-se diretamente nela através de trabalho remunerado, uma vez que, como ganha-pão da família, seu próprio equilíbrio emocional e seu ajustamento social adequado estão na dependência de ser ele pessoa economicamente ativa, a mulher, na maioria dos casos, participa da classe social por extensão, por reflexo do status econômico do marido ou do pai” (SAFFIOTI, 1976, p. 169).

A luta feminina pelo direito de ter a própria identidade, autonomia e oportunidades no mercado de trabalho, não foi uma luta local. Mulheres, no Brasil e no mundo fizeram história na busca por igualdade, que ficou conhecida como feminismo, e que também sofreu mudanças ao longo do tempo, pois, como a relação de subjetividade no qual a mulher estava submetida é estrutural, não é tão fácil perceber esses lastros que oprimem e que impedem a mulher de viver de forma independente e que se tenha condições de decidir os espaços que quer ocupar e sobre a profissão que quer seguir e mais que isso, é perceber o quanto a opressão pode estar interligada não apenas com a questão de gênero mas também com outros fatores:

“O feminismo, entendido como a reivindicação política de igualdade de direitos entre os sexos, assim como a sociologia, desenvolveu-se primeiramente encapsulado em posições de classe, de raça, e de colonialidade. Tal encapsulamento foi rompido apenas paulatinamente, à medida que a política feminista se viu diante da necessidade de entender a imbricação de relações de opressão de gênero, raça e classe em que se encontram as mulheres em sociedades pós escravistas ou pós coloniais “(GUIMARÃES, 2016, p.34).

Olhar para a história é perceber que os direitos da mulher de acesso ao mercado de trabalho foram sendo construída de forma paulatina e paralela com o texto geral. Nos primórdios, para a subsistência humana, tem-se registros que, enquanto ao homem era atribuído o serviço da caça e da pesca, as mulheres eram incumbidas ao cuidado com a terra, com a casa e com os filhos. Na Idade Média a mulher já desenvolvia o trabalho artesanal, ainda no âmbito doméstico pois era mais fácil de vigiar, fazendo costuras para vestimentas e também a tapeçaria pois começaram a desenvolver as primeiras atividades do comércio (SAFFIOTI, 1976).

O marco crucial na história das mulheres ao mercado de trabalho se deu na Revolução Industrial, em que as mulheres deram forte contribuição na construção e desenvolvimento da época. No entanto, há que se fazer algumas considerações pois, ao mesmo tempo que as máquinas poderiam garantir uma larga produção, em contrapartida, também desvencilhava o produto do trabalhador, era preciso aprender a lidar com o maquinário e o que produziam ainda substituía o trabalho artesanal, o que fez gerar resistência pelas mulheres:

“No século 19, à exceção dos estabelecimentos de tipo religioso (oficinas de caridade, internatos têxteis), o pessoal de supervisão técnica e fiscalização é sempre masculino. Na fábrica, a máquina reproduz e até aprofunda a divisão tradicional dos sexos e subordinação feminina. (...) Em todo caso, na luta contra as máquinas, as mulheres estão presentes, e duplamente presentes. Como mulheres de operários, elas desempenham nas agitações seu papel tutelar de donas de casa que defendem o nível de vida da família, a qual necessita de “trabalho e pão”. (...) Mas as mulheres não intervêm apenas como auxiliares. Elas se insurgem por si mesmas contra a máquina destruidora de um modo de produção doméstico a que são particularmente apegadas.” (PERROT, 2006, p.31)

Além desses desafios da fase inicial, a Revolução Industrial proporcionou contar muito com a participação feminina e infantil nas fábricas mas, em razão de serem a mão de obra barata do mercado. Se esse momento representava uma chance de ingresso ao mercado de trabalho de modo formal, sem a vigilância do convívio familiar e poder contar com o trabalho assalariado, as mulheres tiveram que enfrentar a desconfiança sobre o seu trabalho e condições precárias de trabalho:

“Ao mesmo tempo em que lograram oportunidades de se tornarem assalariadas, as mulheres ingressas nas fábricas sofriam com as extensivas horas de trabalho as quais estavam sujeitas; viviam em más condições de residência, em moradias apertadas, assim como os homens. Ao contrário deles, elas ainda eram as responsáveis pela gestão do trabalho doméstico, acumulando o trabalho remunerado e não remunerado” (DANIEL, 2011, p.326).

Esse contexto de trabalho exaustivo e de exploração com jornadas extensas, para mulheres e crianças não se sustentou. Movidas por esse inconformismo e a angústia de serem oprimidas com jornadas longas de trabalho e mal remuneradas, colocaram-nas em marcha para reivindicar seus direitos. Vale dizer, foi por meio da inclusão das mulheres nas fábricas como mão de obra barata, que também funcionou como um artifício para a redução salarial dos homens por aquele que detinham dos meios de produção. As manifestações deixaram um marco importante na história das mulheres e uma delas rendeu um dia em que se celebra essa luta por melhores condições de trabalho:

“Foi no bojo das manifestações pela redução da jornada de trabalho que 129 tecelãs da fábrica de tecidos Cotton, em Nova Iorque, Estados Unidos, cruzaram os braços e paralisaram os trabalhos pelo direito a uma jornada de 10 horas, na primeira greve americana conduzida unicamente por mulheres. Violentemente reprimidas pela polícia, as operárias, acuadas, refugiaram-se nas dependências da fábrica. No dia 8 de março de 1857, os patrões e a polícia trancaram as portas da fábrica e atearam fogo. Asfixiadas, dentro de um local em chamas, as tecelãs morreram carbonizadas.” (PARANÁ, 1999, s.p)

No Brasil, além das lutas do contexto internacional terem paulatinamente reflexo no âmbito interno, surgem também a luta de lideranças femininas reivindicando direitos e igualdade. Muito embora, levou-se tempo para que ganhassem respaldo legislativo e que do ponto de vista humanitário, era muito questionável. A primeira regulamentação que se tem referência sobre o trabalho feminino foi a Constituição de 1934, no qual proibia o trabalho em indústrias insalubres às mulheres (DELGADO,2019).

Na sequência em 1940 foi promulgado a Consolidação das Leis do Trabalho, que justamente buscava regulamentar as regras sobre a atividade laboral. No entanto, o contexto da época patriarcal, fez refletir esses anseios também na CLT, onde previu a questão do trabalho das mulheres mas, condicionava o acesso ao mercado de trabalho com a autorização do pai ou marido, no seu Artigo 446:

“Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor” (BRASIL, 1943).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, além desse artigo outros foram revogados, pois evidentemente estavam em dissonância com os princípios constitucionais. Diante disso, resta demonstrado o quanto a Constituição Federal ao trazer à baila o princípio da igualdade e proteção à mulher, representa além do avanço a esperança de transformar a vida da mulher que antes precisava estar atrelada com a figura masculina, para ter reconhecido sua identidade perante o contexto social, com a Constituição ter a oportunidade de poder traçar sua própria vida, ser livre para fazer suas escolhas.

Evidentemente que, a Constituição trazer esse viés igualitário para o Brasil, representa um avanço para a realidade da época, no entanto, percebe-se com o passar do tempo que, não seria o antídoto. Até porque, com a história e a luta feminista, o fruto de suas contribuições para pensar nessa questão da desigualdade de gênero, é possível observar o quanto o pensamento patriarcal está enraizado na cultura brasileira e deixa lastros, principalmente no mercado de trabalho:

“Em muitos locais de trabalho, as mulheres são expostas cotidianamente a pressões e constrangimentos que não fazem parte da vivência dos homens, do assédio sexual às exigências contraditórias de incorporar tanto o profissionalismo quanto uma “feminilidade” que é construída como sendo o oposto.” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.8)

Além disso, como se extrai do texto acima, uma das dificuldades das mulheres de superar essa situação de submissão e inferioridade, é de serem ouvidas. E isso como observamos é um passo importante na construção dos direitos e de romper com a invisibilidade. Uma das questões de desigualdade atualmente é a salarial, muito já se buscou o judiciário para reivindicar a equiparação, porém essa é uma questão de consciência social. É como abordamos, histórica a desvalorização do trabalho da mulher:

“Tempo de estudo não tem correspondido a posições melhores, nem equânimes para as mulheres no mercado de trabalho, comparativamente aos homens. A taxa de ocupação entre as mulheres, que era de 45,2% em 2002, chegou à 49,2% em 2013, mas permanece mais de quinze pontos abaixo dos homens. O rendimento mensal médio dos trabalhadores homens é, por sua vez, quase o dobro das mulheres- em 2012, a média do rendimento deles foi de 1430 reais, enquanto a delas foi de 824 reais. Há quase três vezes mais mulheres do que homens entre quem ganha até meio salário mínimo, mas há crescentemente menos mulheres nas faixas de renda a partir de dois salários mínimos, e essa proporção se inverte quando se chega ao topo da pirâmide. Nos estratos com rendimento maior do que vinte salários mínimos, há quase três vezes mais homens do que mulheres.” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.9)

Pensar a mulher no mercado de trabalho é compreender toda a complexidade que envolve para que possa ter acesso ao mercado de trabalho. Enquanto jovem, precisa lidar com a

desconfiança, a comparação de seu trabalho com o de outro profissional do sexo masculino. E quando casada e já é mãe, a busca por um lugar para deixar o filho, a fase de adaptação são questões importantes para a mulher e um tanto quanto distantes para o empreendedor:

“A falta de creches e de políticas adequadas para a conciliação entre a rotina de trabalho e o cuidado com filhos pequenos penaliza as mulheres, muito mais do que os homens, em sociedades nas quais a divisão dos papéis permanece atada a compreensões convencionais do feminino e masculino. As mulheres continuam a ter responsabilidade exclusiva ou principal na criação dos filhos e no trabalho em casa.” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.9)

Assim sendo, vale reconhecer que a Constituição Federal apresenta ser o princípio de enfrentamento da desigualdade de gênero, quando rejeita a discriminação. Porém, como é próprio do contexto social, as mulheres ainda enfrentam desafios atinentes ao tempo em que vivem e como abordado, embora na atual conjuntura é possível identificar cada vez mais a participação das mulheres no mercado de trabalho, o lastro do sistema patriarcal e machista ainda permanece enraizado na estrutura social. Portanto, cada vez mais se reafirma a necessidade da participação feminina, nos espaços de poder, de serem ouvidas para superar a opressão e principalmente, de conquistar melhorias quando o assunto é mercado de trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que em um sistema que busca sempre o desenvolvimento econômico como primazia, precisaria contar com a mão de obra do maior número de pessoas possíveis. Essa realidade contribui para mudanças também no contexto familiar, as oportunidades avançam inclusive para as mulheres ingressarem no mercado de trabalho mas, que se torna questionável quando analisado com mais profundidade as condições para o acesso ao trabalho, seja pela comparação com o outro companheiro de trabalho e conseqüentemente com a desconfiança, pelo cuidado com o filho e a maternidade e pelas exigências com a demanda de trabalho, vale dizer, a extrajornada.

Todas as teorias que buscam explicar essa desigualdade de gênero, precisa identificar e compreender quando elas partem dessa sobreposição masculina. A luta pela igualdade não é uma concessão de direitos, mas o reconhecimento de que as mulheres também são sujeitos de direito. Nessa toada, reforça a necessidade de participação e representatividade das mulheres em espaços de decisão e de escuta, de modo a romper com a invisibilidade e serem protagonistas da própria história e livres para fazer suas escolhas.

Assim, a Constituição Federal de 1988 foi um marco para a igualdade de gênero, tendo trazido diversas mudanças positivas no que diz respeito ao direito das mulheres e que podem ser vistas tanto no âmbito da família quanto no mercado de trabalho, que são os locais onde mais

ocorrem discriminações. No entanto, a mulher ainda precisa lidar com um sistema androcêntrico, que parte do pressuposto de que o masculino é a referência a ser seguida. Dessa forma, mesmo que tenha tido avanços na teoria, a igualdade de gêneros ainda não é uma realidade concreta, pois como foi abordado, existe ainda o machismo enraizado inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

E apesar das conquistas do movimento feminista, no Brasil, desde a busca pelo direito ao voto como forma de reconhecimento da mulher como sujeito de direitos, até a luta pela visibilidade e pelo reconhecimento da violência doméstica, realidade comum e antiga, porém ignorada pela sociedade e, conseqüentemente, pelo direito, perpassando ainda pelas conquistas no que diz respeito aos direitos trabalhistas da mulher, ainda é preciso continuar lutando, uma vez que não é suficiente o reconhecimento da igualdade no texto Constitucional, ela precisa existir também na prática, pois apenas adequar a mulher à uma situação de privilégios masculinos não pode ser considerado como igualdade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. **Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação.** In: Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto, Heloisa Buarque de Hollanda (Org.). Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, Eduardo C. B. **Ética Cidadania e Constituição: O direito à dignidade e à Condição humana.** Revista Brasileira de Direito Constitucional-RBDC n.8-jul/dez.2006. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-125-Eduardo_Bittar.pdf. Acesso em: 7 set. 2020

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. **A biopolítica sobre a vida das mulheres e o controle jurídico brasileiro.** Gênero & Direito, v. 4, n. 3, 23 dez. 2015. Disponível em <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/25963>> Acesso em 03 de out. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Tradução: Maria Helena Kühner. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** In: Diário Oficial da União. Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. In: Diário Oficial da União, Brasília, 01 mai. 1943. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em 27 jul. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANIEL, Camila. **O trabalho e a questão de gênero**: a participação de mulheres na dinâmica do trabalho. O social em questão, Rio de Janeiro, v.14, n.25/26, p.323-344, 2011. Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/17_OSQ_25_26_Daniel.pdf. Acesso em: 22 out 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 19ª Ed. São Paulo: Editora LTR, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Novos rumos do direito das famílias**. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php> > Acesso em 23 de set. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 1ª ed. E-book: Lebooks editora, 2019.

FACIO, Alda. **Hacia outra teoría crítica del derecho**. Disponível em <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d1f6068043f848389a39bf009dcdef12/10.+Hacia+otra+teor%C3%ADa+cr%C3%ADtica+del+Derecho.pdf?MOD=AJPERES>> Acesso em 15 de set. 2020.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. **Sociologia e natureza**: classes, raças e sexos. In: Gênero e Trabalho no Brasil e na França. Perspectivas interseccionais. 1 ed. São Paulo: Ed.Boitempo, 2016, v.1, p.27-36.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014

PARANÁ. SEED – Secretaria de Estado da Educação. **A fábrica e a cidade até 1930**. São Paulo: Atual, 1995, Correção de Fluxo, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERROT, Michele. **Os excluídos da história**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1976.

_____. **Gênero, Patriarcado, Violência**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular Fundação Perseu Abramo, 2015.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

UNIVERSA. **Violência contra a mulher.** 2020. Disponível em
<<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/16/gravidez-forcada-e-tortura-protestam-mulheres-pro-aborto-em-hospital-do-pe.htm>> Acesso em 30 set. 2020.

A MULTIPARENTALIDADE E SUA INTERCONEXÃO COM A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Gabriela Vernaschi LIMA¹
Wilton Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO

O presente artigo busca discorrer acerca da nova questão que perpetua pelo Direito Civil interconectando-se com o Direito de Família, vulgo multiparentalidade. Será analisado à luz do Direito Civil como esse mecanismo modifica os paradigmas da ciência jurídica do Direito e possibilita a entrada do reconhecimento afetivo dentro da ordem civil brasileira ao mesmo tempo em que permite no campo do Direito o debate sobre questões que vão além da técnica e norma e se transparecem na união de laços não apenas sanguíneos, mas afetivos, dentre o que se pode conceituar como família. Ainda cabe adentrar uma conexão com a Teoria Tridimensional do Direito de Família através da análise de ambas, revelando a constituição de família não meramente como é posta, mas pela sua intersubjetividade. Concretizando a pesquisa pelo método dedutivo de análise teórica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Tridimensional do Direito de Família. Multiparentalidade. Código Civil. Família. Afeto.

ABSTRACT

This scientific article seeks to discuss the new question that perpetuates Civil Law by interconnecting it with Family Law, commonly known as “multiparenting”. It will be analyzed in the light of Civil Law how this mechanism changes the paradigms of the legal science of Law and allows the entry of affective recognition within the Brazilian civil order at the same time that it allows in the field of Law the debate on issues that go beyond the technical and norm and are shown in the union of family relationships not only bloodline, but affective bonds, among which can be conceptualized as family. It is still necessary to enter into a connection with the Three-Dimensional Theory of Family Law through the analysis of both, revealing the constitution of a family not merely as it is conceptualized, but by its intersubjectivity. Carrying out the research by the deductive method of theoretical and jurisprudential analysis.

KEYWORDS: Three-dimensional Theory of Family Law. Multiparenting. Civil Code. Family. Affective Bonds.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, o atual artigo buscou conceituar a entidade familiar em seus determinados períodos históricos estabelecendo assim a sua evolução e posteriormente o que isso vem modificar dentro do Direito, logo também foi colocado o que significa o fenômeno jurídico decorrente do

1 Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail – gaabsv@outlook.com. Bolsista no grupo de iniciação científica PICT - Constitucionalismos e Direitos Fundamentais.

2 Graduado em Direito pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Bolsista capes durante o mestrado. Professor de Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

direito civil e do direito de família, chamado de multiparentalidade e sua parentalidade socioafetiva, dentro dessa etapa será instituído sua função dentro destes e por consequência dentro da sociedade, efetuando um novo olhar a luz da ciência jurídica e seu modo de administrar a família.

Faz-se necessário a discussão do presente tema haja vista sua contribuição para a modernização de métodos jurídicos que asseguram o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, possuindo relevância imensurável, visto que afeta o âmbito social e jurídico da questão evocada, dentro do corpo social será permitido a constituição da família para aqueles que antes não possuíam ou não eram reconhecidos pela que tinham, e assim sendo, dentro do direito como uma inovação que permite um caráter mais humanizado da ciência e sua nova forma hermenêutica de interpretação constitucional.

Evidenciado será o que cada conceito já mencionado significa, buscando sempre uma condição mais humanitária, sociológica e jurídica. Pelo referencial metodológico de análise de doutrinas, artigos e decisões efetuadas pelos tribunais será concretizado o que o presente artigo aborda com a devida fundamentação, buscando amparo para a consolidação do atual assunto, de modo científico e delicado, visto que o seu alcance não é somente a ciência jurídica e que tal tema está atrelado as questões sociais que são de extrema importância social.

Finalizando o estudo exposto de modo a levar a evolução normativa do que se constitui a entidade familiar e como o Direito se adequa a sociedade vigente a luz da Teoria Tridimensional do Direito de Família, onde por meios hermenêuticos filosóficos de interpretação o afeto será caracterizado e explorado, interconectando a condição que a multiparentalidade alega como princípio de acolhimento do ser, com todas peculiaridades presentes em sua estruturação, nomeando novos fenômenos jurídicos que contribuem para o avanço da sociedade brasileira e a fundamentação destes integrantes, nos levando a ver que a entidade familiar é mutável em sua estruturação de tempos em tempos, levando ao mundo jurídico que se a sociedade muda, estes deve mudar conforme ela. Dentro do método dedutivo de análise teórica e jurisprudencial foi exposto o reconhecimento originado do Superior Tribunal de Justiça diante do atual fenômeno.

2 O AVANÇO HISTÓRICO DA ENTIDADE FAMILIAR

Para que seja abordado o tema é necessária uma recapitulação da história que rege a família e sua concepção na linha temporal das sociedades. Por razões diacrônicas a família e seu conceito foram moldados para as diversas realidades sociais vigentes em seus determinados períodos, desde o mais primitivo ao que se pode dizer evoluído e atual, para que fosse possível a convivência harmônica entre as mais diferentes famílias.

É possível destacar que primeiramente a formação de família era aquela ministrada pela

figura paterna, onde o que regia era estabelecido de acordo com a sua vontade e nada mais, nomeando assim a família patriarcal, não colocando ao menos a figura materna como portadora de direito sobre a entidade familiar, mesmo sendo esta a que deu origem a família, ressaltando “Na opinião dessas gerações antigas, a mulher não transmitia nem o ser nem o culto. O filho recebia tudo do pai. Não se podia, aliás, pertencer a duas famílias, invocar dois lares, o filho não tinha outra religião nem outra família senão a do pai” (COULANGES, 2009, p.68).

Estabelecida essa noção hierarquizada e rudimentar, estabelecemos um paralelo com a noção de família perante o Código Civil de 1916, onde devido ao cenário da época ser predominantemente rural e arcaico, se estabelece uma unidade familiar voltada a produção para seu sustento e com a visão de que número de filhos é o que importa, visto que quanto mais filhos possuir, mais mão de obra será arrecadada para a produção de seu meio familiar, com ainda o predomínio da figura paterna como chefe de família e a mãe como apenas reprodutora e submissa ao chefe de família, sendo por isso, ainda nomeada como uma família com resquícios patriarcais.

Dentro desse sistema ultrapassado de estabelecer a família ainda se consta que emanada do sangue, a família é aquela onde sua origem deriva no casamento, portanto só será válido aquilo que estiver dentro deste, sendo os filhos tidos por ilegítimos os que estiverem fora do matrimônio devido a não adequação a norma social vigente na época (BOEIRA, 1999, p.20). Perceptível a discrepância com a atual norma vigente, no caso, Código Civil de 2002, onde não importa se foram concebidos dentro ou fora da união, estes são regidos pelo princípio de igualdade entre filhos.

O fato posto é firmado devido aos legados do cristianismo que ainda se inter-relacionava com as questões sociais, este fazia distinção entre as formas de união, sendo a legítima como mencionada, aquela consagrada pelo matrimônio e a forma ilegítima aquela reprovada pela religião, menosprezada por lei e como consequência descreditada pela sociedade.

Logo, não poderia se quer mencionar em laços unificados somente pelo afeto, ou reconhecimento de outra forma de família, seria contra todo o regramento do período e motivo de reprova social. Porém, o progresso começa a surgir, de maneira lenta e sutil, mas gradativa, a transformação é evidente, “A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimento entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior.” (BOEIRA, 1999, p. 22-23).

Apesar de pequeno e subjetivo o significado estabelecido ao avançar do tempo, possui uma carga evolutiva significativa para contemplar o crescimento da unidade familiar como mais que matrimônio e filhos dentro do casamento. Para concretizar o que exposto Giselda Hironaka (1999) aponta:

Contempla o novo ordenamento uma série de reformas pelas quais passou a instituição

familiar, no curso do século XX, desde que editado o Código de 1916, o qual apresentava, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias as pessoas unidas sem casamentos e aos filhos havidos dessa relação.

Assim sendo, coloca-se que as mudanças postuladas dentro do novo Código Civil como meios de um processo realizado para promover a nova entidade familiar são revolucionárias, permitindo a ampliação daquilo que se foi construído por família, seja a família da época narrada por Fustel de Coulanges (clássico jurídico), a família rural do Código Civil de 1916 e agora a atual família que também possui seu amparo dentro da Constituição Federal de 1988, destacando como a evolução do corpo social deve refletir também dentro do âmbito constitucional.

Chegando ao que evidência ser o progresso para a sociedade, agora não somente a família tradicional possui proteção dentro do documento constitucional que legaliza as relações sociais, mas também as famílias que antes não poderiam se encaixar no padrão social estabelecido pelos integrantes da tradicional rede familiar brasileira.

Diante dos argumentos supracitados retira-se que a evolução da família é notável para a sociedade e conseqüentemente para o ordenamento jurídico, fazendo com que sejam adaptadas normas e postulações que se tornaram antiquadas para o Direito, a narrativa histórica propõe essa análise de maneira esclarecida para que todos possam compreender como o valor e o fato social modificam a norma, relembrando as lições de Miguel Reale. Onde a marcada história de um período histórico ditatorial modificou as relações narradas na constituição democrática de 1988, e agora, um código se modifica para as atuais relações sociais que se moldam.

3 O FENOMENO JURÍDICO DO AFETO: MULTIPARENTALIDADE

Conforme exposto o conceito atual da entidade familiar, agora é necessário que se faça uma análise acerca desta, principalmente ao que compete o novo fenômeno jurídico que se manifesta ao seu redor, nomeado multiparentalidade. Onde os laços analisados não se resumem apenas aos consanguíneos, os novos laços construídos a partir da convivência e o constante acompanhamento familiar dão lugar ao afeto, as relações de parentalidade socioafetiva.

Como constatado dentro do enunciado 09 do IBDFAM “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”, logo, postulado a coexistência dos vínculos sanguíneos dentro da família e dos vínculos afetivos, possuindo força constitucional para reconhecimento, garantindo assim, direitos e deveres entre os familiares. Diante disso, Cristiane Faria (2018) expõe:

Nesse contexto, a multiparentalidade significa a legitimação da paternidade/maternidade da pessoa que ama, cria e cuida, como se seu filho fosse. Sob o diapasão da criança, a justiça tem que “legitimar” a relação que essa estabelece com esse “pai ou mãe” afetivo, sem desconsiderar o vínculo biológico.

Corroborando para um novo caminho dentro do Direito, mais precisamente com a ajuda do Código Civil de 2002 juntamente com a Magna Carta brasileira, permitindo o reconhecimento do afeto dentro das margens normativas do ordenamento jurídico e a nova estrutura do que se conhece por família. Logo, não possuindo proibição quanto ao assunto referente a multiparentalidade, há permissão, se valendo do princípio *pro-homini*, na qual a validade está dentro do que for mais benéfico, neste diapasão a adequação do vínculo afetivo dentro do direito civil e logo, dentro do direito de família a tornam benéfica socialmente.

A multiparentalidade é a junção entre os princípios da dignidade da pessoa humana expressamente exposto dentro da Carta Constitucional de 1988 e o princípio da afetividade, juntamente com o de melhor escolha da criança, onde decorrente das novas composições familiares o que entra em vigor são os caracteres subjetivos como o amor e o afeto oriundo dessas relações. Ela não irá efetuar substituição da família biológica promovendo a adoção unilateral, será efetuado o reconhecimento afetivo onde a família composta por sentimentos e consentimento dos tribunais irá atuar no cuidado afetivo.

De acordo com Welter e sua Teoria Tridimensional do Direito de Família que será mais precisamente aprofundada posteriormente podemos ressaltar que “A diversidade humana é, simultaneamente, genética, afetiva e ontológica, e somente mediante o diálogo permanente será possível arrancar das profundezas da condição humana a individualidade e os preconceitos sobre o texto do direito de família.” Temos por isso que através da condição emanada do homem e de seu tempo em que é inserido existe a revelação de como se efetuam as relações, permitindo extrair que a socio afetividade entre os familiares já está intrínseca a condição humana, porém, sendo postulada somente no período atual por meio das decisões judiciais acerca do assunto, levando a força constitucional até a realidade vigente.

Neste diapasão, a luz da teoria tridimensional de Welter pode-se estabelecer que para a definição necessária de família o afeto como parte ontológica do Ser deve ser respeitado e colocado em debate quando retrata-se sobre, e mais precisamente ao que se reporta a multiparentalidade, sempre que mencionado remetemos ao avanço histórico proporcionado pela evolução do Código Civil, onde primeiramente reportava-se as produções familiares, criação de filhos e um patriarcado ainda evidente, porém, agora surge a aceitação e inovação dentro do âmbito não só social como jurídico, elencando princípios constitucionais como fundamentação para as relações sociais atuais.

Ainda dentro da construção elaborada podemos remeter a uma lição importante sobre o caráter do afeto, podendo relacionar a parentalidade socioafetiva que busca a quebra da imposição de família somente biológica para a família afetiva sem o desmerecimento da anterior, ressalva

Welter:

A linguagem em família não quer dizer apenas falar, palavrear, porque ela compreende a palavra, texto, gesto, olhar, silêncio, (in)compreensão, genética, (des)afeto, (des)amor, ontologia, solidariedade, companheirismo, (in)tolerância, (in)diferença, ódio, raiva, vingança, enfim, toda forma de comunicação humana,²⁷ envolvendo os mais variados modos de ser afetivo (modo de constituir) e desafetivo (modo de desconstituir a família).

Logo, compreendemos que a interpretação elaborada conforme linhas históricas que remetem a codificação antiga não tratavam daquilo que possui mais importância dentro da constituição da família, que seria seu vínculo subjetivo irrigado de afeto, remetemos apenas a letra fria da lei kelseniana, onde bastava aquilo que era positivado, esquecendo princípios sociais, harmonia e bem-estar dos integrantes do tecido social, sendo permitido avaliar como retrograda a análise feita por estes. Reafirmando a questão dos princípios entrelaçados dentro do ordenamento Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2018) pontua:

Apesar de nos referidos dispositivos legais não constarem expressamente a terminologia parentalidade socioafetiva ao lado das conceituais expressões parentalidade biológica e parentalidade jurídica, tem-se compreendido que o princípio da igualdade entre as filiações engloba a parentalidade socioafetiva, por analogia ao princípio da afetividade e em respeito aos demais princípios constitucionais de proteção ao ser humano.

Nos proporcionando assim a reafirmação do que já foi mencionado, com a análise principiológica das normas e decisões judiciais que englobam o ordenamento jurídico brasileiro no âmbito civil e familiar, sendo possibilitada a forma de interconexão com a sociedade vigente, levando em consideração aquilo que lhe é considerada mais benéfica, permitindo a revolução nos princípios constitucionais que sustentam a ciência jurídica e sua aplicação, revolucionando assim a codificação e a análise constitucional dos fatos sociais presentes.

Há de se fazer um paralelo jurídico entre o fenômeno pesquisado no artigo e uma possível interpretação analógica com o vínculo de filiação. Decorrente da figura do Poder Familiar, onde há positivadas responsabilidades para com os pais e responsáveis, dentro do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o vínculo afetivo cria o laço de obrigação entre a criança e ao adolescente para com seus pais e responsáveis, sendo que dentro da multiparentalidade deve existir o mesmo comprometimento, sendo igualada a família socioafetiva a família tradicional. Pois como narrado no artigo 226 da Carta de Direitos Brasileira a família é a base da sociedade, independentemente da sua forma de constituição, equiparando seus direitos e deveres.

4 TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA E A MULTIPARENTALIDADE

Como mencionado anteriormente sobre a essência da Teoria Tridimensional do Direito de Família, criada por Belmiro Pedro Marx Welter, possuímos três fatores marcantes que iram se tornar

pilares para que seja feita sua compreensão e construção do ser humano, esses sendo, Genético, Ontológico e Afetivo. Logo, diante dessas três disposições Welter propõe a análise do ser humano como ser tridimensional:

1) o ser humano é um ser genético, com abertura às coisas, aos objetos, aos instintos, ao nascer, ao dormir, ao acordar, ao alimentar-se, à herança, ao morrer, ao desejo, à sexualidade, à transmissão da compleição física, à voz, às necessidades biológicas, aos ciclos naturais, aos gestos, à continuidade da linhagem, à origem da humanidade, à reprodução, enfim, ao mundo dos demais seres vivos; 2) o ser humano é um ser afetivo, com abertura aos outros, ao afeto, ao amor, às amizades, à sensualidade, à linguagem, ao diálogo, ao entendimento, ao estar com os outros, às relações interpessoais, à adoção, ao casamento, à união estável hetero e homoafetiva, à aceitação do outro sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; 2.a) o ser humano também é um ser desafetivo, que é o fechamento para os outros, a falta de afeto, a inimizade, a violência física, verbal, psicológica, moral e patrimonial; 3) o ser humano é um ser ontológico pois é um ser com compreensão e percepção de si mesmo e do mundo dentro de si, um modo de ser consigo mesmo, o relacionamento e da conversa consigo mesmo, uma visão e senso da realidade das coisas que acontecem a cada instante, o mundo dentro de cada humano, é mostrar a singularidade, as particularidades de cada humano.

Com o esclarecimento do que vem a ser a interligação dos três paradigmas que se estabelecem dentro da Teoria Tridimensional do Direito de Família podemos fazer a comparação lógica que permite o nexos entre a Multiparentalidade e esta, devido ao fator de que a multiparentalidade - como esclarecido anteriormente - revela-se por laços biológicos e socioafetivos, permitindo a ligação do ser humano a entidade familiar mesmo que este seja o que a retrógrada geração familiar classificaria como ilegítimo devido a sua forma de concepção distanciada do laço matrimonial.

Temos que a teoria tridimensional de Welter se utiliza de métodos hermenêuticos filosóficos de Hans-Georg Gadamer para aprofundar a pesquisa e análise sistêmica sobre os laços ontológicos dos seres humanos em suas relações afetivas, não meramente como são impostas, mas se conectando ao direito de família como forma de conceituar o que vem a ser essa modalidade jurídica. Por meio da constitucionalidade elencada pelo direito de família e a hermenêutica como modo interpretativo formulando denso conhecimento sobre o que vem a ser o lado socioafetivo do ser humano, como importante dado para sustentação da multiparentalidade.

Ademais, adentrando ao conhecimento da teoria tridimensional do direito de família com sua relação hermenêutica e ontológica podemos fazer uma classificação ainda mais a fundo sobre os laços afetivos que envolvem as relações familiares, onde estes laços que possuem sustentação em âmbito familiar também sustentam o ordenamento civil brasileiro, facilitando assim novamente a conexão a parentalidade socioafetiva, não sendo somente o afeto como estão acostumados, ou seja, aquele visto pelo senso comum, trata assim Welter:

A compreensão do humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica do mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo-(des)-afetivo)

e pelo próprio modo de relacionar-se consigo mesmo (mundo ontológico). Quer dizer que a compreensão em família é linguagem, diálogo, conversação infinita e modos de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.

Estipulado o conhecimento teórico de Weltel evidencia-se que a compreensão humana é mais do que imposição e meros fatores visíveis, devido a isso sua colocação hermenêutica se faz presente novamente, com a funcionalidade de “escavar” as relações afetivas que o Ser promove, direcionando assim como compreende a teoria tridimensional ao caso das revelações familiares e sua forma de se estruturar, fazendo uso interpretativo para análise fundamental de sustentação acerca de conteúdo científico, jurídico e social.

Remetendo assim, a hermenêutica filosófica para base teórica da criação da teoria tridimensional e os seus pilares biológicos e ontológicos, expondo que a hermenêutica compreende o mundo do ser genético, afetivo e ontológico, onde todos são compreendidos pela linguagem e a hermenêutica há de estudar está. (WELTER, 2012, p. 134). Neste diapasão, a utilização da linguagem se deve a análise sistemática da construção linguística familiar do que vem a ser afetividade, para logo, o acolhimento desta dentro da multiparentalidade decorrente do direito civil.

A possibilidade de entrada da teoria tridimensional se deve a abertura do que consagra hoje o ordenamento jurídico brasileiro e a habilitação do Código Civil de 2002 e os princípios hoje utilizados dentro do ramo do Direito, visto que dentro da área civil perante a codificação anterior não seria possível, haja vista seu conteúdo retrógrado quanto a constituição de uma entidade familiar, mais, possuindo pouca representação quanto a definição desta, sendo restrita e tradicional, excluindo aqueles que não se adequariam ao paradigma da época.

Exposta a teoria tridimensional e sua correlação lógica entre a multiparentalidade materializamos que a afetividade não somente como é posta pela sociedade, mas sua intersubjetividade ligada ao ser humano e suas relações familiares consagra hoje a possibilidade de acolhimento ao ser ontológico, visto que se houve o cuidado biológico qual seria a causa de exclusão de um cuidado unificado pelo afeto, logo em tempos que o Código Civil de 2002 sustentado pela Constituição Federal de 1988 aderem o princípios ligados a dignidade humana, não retrocesso, afetividade e nova conceituação do que vem a ser Família.

5 A MULTIPARENTILIDADE JULGADA NA PRÁTICA

Não basta apenas a teorização do exposto, para que algo dentro do mundo jurídico seja efetivo deve-se experimentar colocar em prática, levando assim dados concretos a população brasileira sobre como não só o Código Civil se posiciona quanto ao assunto referente, mas o ordenamento jurídico como um todo, em vista disso, coloca-se em práxis a multiparentalidade, com

os casos julgados dentro do Direito brasileiro e como ocorre sua sustentação para possíveis argumentações quanto ao que está se refere. Possibilitando assim a verdadeira inovação dentro da ciência jurídica acompanhada pelo avanço da codificação brasileira e seu corpo social quanto as tradições que constituem a ramificação familiar.

Deste modo, utiliza-se a aplicação de jurisprudências dentro do ordenamento jurídico brasileiro para que seja materializado o conteúdo e sua chance de aplicação mediante o processo que será levado ao tribunal, seja ele qual for, a jurisprudência como importante fonte do Direito permite que perante a anomia de lei, coloca-se em questão o entendimento judicial do determinado assunto, com força constitucional o suficiente para aplicação. Em vista disso, quanto a multiparentalidade o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em um recurso especial concluiu que:

(...) PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. (...). 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Em razão do exposto, destaca-se que a multiparentalidade está sendo refletida dentro do ordenamento brasileiro, ainda sendo colocada de maneira a entender seus princípios e o que levaram a escolha dela como forma de resolver o caso julgado diante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), possibilitando a entrada de uma nova formação familiar, independentemente de como ela seja, privilegiando o que for melhor para o alvo desta, sendo no caso acima a criança, se valendo ainda mais de princípios que levam em consideração o que é melhor para esta em seu desenvolvimento.

Remetendo anteriormente a questão de princípios que sustentam o ramo do Direito de Família dentro do Direito Civil, Flávio Tartuce (2019) alega quais são utilizados dentro desse âmbito para a resolução fática de conflitos, como princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade entre os filhos, igualdade entre cônjuges e companheiros,

igualdade na chefia familiar, não intervenção ou da liberdade, melhor interesse da criança, afetividade, função social da família e boa-fé objetiva.

Neste sentido, remetemos a uma análise de evolução histórica já mencionada e a sustentação da multiparentalidade como fator que está irrigado de princípios que a consagram dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ocorrendo a modificação jurídica necessária para adequação dentro do período que rege a atual sociedade e sua nova forma de interação. Para mais sustentação do fato, um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alegando o princípio da dignidade da pessoa humana em seu desenvolvimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CUMULADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, DA MULTIPARENTALIDADE. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL, NOS TERMOS DO REQUERIDO. Embora a existência de entendimento no sentido da possibilidade de conversão do parentesco por afinidade em parentesco socioafetivo somente quando, em virtude de abandono de pai ou mãe biológicos e registrais, ficar caracteriza a posse de estado da filiação consolidada no tempo, a vivência dos vínculos familiares nessa seara pode construir a socio afetividade apta a converter a relação de afinidade em paternidade propriamente dita. Sob essa ótica, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, realiza a própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista, porquanto possibilita que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social vivenciada, enaltecendo a verdade real dos fatos. Multiparentalidade que consiste no reconhecimento simultâneo, para uma mesma pessoa, de mais de um pai ou mais de uma mãe, estando fundada no conceito pluralista da família contemporânea. Caso dos autos em que a prova documental... acostada aos autos e o termo de audiência de ratificação evidenciam que ambas as partes, maiores e capazes, desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, o que, ao que tudo indica, não traria qualquer prejuízo a elas e a terceiros. Genitor biológico da apelante que está de acordo com o pleito, sendo que o simples ajuizamento de ação de alimentos contra ele em 2008, com a respectiva condenação, não descaracteriza, por si só, a existência de parentalidade socioafetiva entre os apelantes. Apelação provida.

A alegação da dignidade humana posta pelo julgado nos mostra como a evidência da multiparentalidade é decorrente de um processo humanizado e revolucionário do ser humano, que sua interação afetiva deve ser prezada independentemente de onde se encontra seu nascimento, biológico ou socioafetivo. Lembrando da Teoria Tridimensional do Direito de Família, onde é colocado o ser humano como ser tridimensional, efetuando seus traços ontológicos dentro da concepção afetiva advinda de sua condição genética, ou seja, independe se o carisma é extraído do parentesco biológico ou do socioafetivo, ambos possuem o afeto quando alegam em processos que necessitam da multiparentalidade.

O Direito como ciência jurídica não deve se ater somente a fatores positivados como a letra fria da lei, o que rege o ordenamento jurídico atual vai além das codificações, ele é complementado pela ética e moralidade do ser humano em suas relações, a evolução de pensamento consagrada em casos como a multiparentalidade deixam para trás o passado do Código Civil de 1916, onde família

era conceituada de modo pragmático, possuímos agora uma versão multifacetada do que vem a ser a entidade familiar, expandido a narrativa da lei com concepções afetivas, como visto pela multiparentalidade interconectada com as noções da Teoria Tridimensional do Direito de Família.

Destarte, com o surgimento de novos fenômenos jurídicos o meio do Direito deve buscar se adequar e atualizar em conformidade com as mudanças sociológicas provocadas, logo, apesar do caráter inovador e revolucionário do fenômeno socio afetivo da multiparentalidade, há de se observar novas normas de adequação para os casos *in concreto*, pois, apesar da positividade gerada dentro do ceio familiar, a multiparentalidade configurada como instrumento jurídico também está sujeita a problemáticas. E se não há regulamentação normativa quanto a ela, não há condições de solucionar possíveis lides em provocação.

Atendo-se a problemática do atendimento aos anseios sociais, onde tem-se uma resolução de conflitos pertinentes a coletividade, mas não há estruturação jurídica-legal para eventuais questionamentos. A evolução que acompanha fatos como a multiparentalidade deve não somente se ater a materialidade dos fatos, mas também as formalidades do Direito, haja vista que a produção de novos sistemas sociológicos produz efeitos positivos e negativos.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos supracitados, evidencia-se a evolução histórica de fatos sociais que estão atrelados ao ramo da ciência jurídica, fatos que representam extrema relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois são por meio deles que o Direito irá se manifestar quanto as questões que lhe são apresentadas, como modo de transmitir a realidade social dentro do exercício regular do direito e seu papel perante o meio.

O caminhar histórico remete mais precisamente ao Direito Civil e sua codificação tanto antiga quanto atual, nos remetendo a uma análise crítica da evolução ocasionada pelo corpo social em relação a entidade familiar e sua concepção, desde períodos gregos como retirado de fontes da atual pesquisa, para uma passagem em um período arcaico e rural dentro do Brasil com sua codificação de 1916, até enfim chegar na evolução completa do que se entende por família dentro de um código mais amplo e usa uma carta constitucional mais humanizada.

Feita a pesquisa da evolução histórica ocasionada pelos Códigos Civis e a Magna Carta brasileira de 1988, vemos que a entidade familiar ganhou força constitucional o suficiente para que dentro do ramo do Direito Civil houvesse espaço para um tópico em especial, vulgo Direito de Família, que possui sustentação pela Constituição Federal de 1988 e os princípios que abrem visão para a inovação jurídica, permitindo que a letra fria ligada aos códigos sofra interpretações hermenêuticas dando lugar a algo intersubjetivo, como o afeto.

Por meio do surgimento de novas possibilidades de interpretações dentro do Código Civil e uma nova materialização da evolução da entidade familiar, presenciamos um fenômeno chamado Multiparentalidade, que une a ligação biológica e a socioafetiva como forma de responsabilizar-se com o Ser, este que dentro da Teoria Tridimensional do Direito de Família possui uma conceituação tridimensional, levando em consideração aspectos genéticos, ontológicos e afetivos.

Dentro da interconexão da multiparentalidade e da Teoria Tridimensional do Direito de Família vemos que não basta a interpretação de uma entidade familiar que seja rotulável, a família é a entidade que está irrigada de afeto, seja ele manifestado da maneira que for, perpassado tempos e codificações vemos o retrato da evolução social e jurídica perante esta, mostrando que não basta mera formalidade normativa, quando falamos em ciência jurídica também falamos de uma ciência social, condicionando e sendo condicionada pelos meios a sua volta.

Finalizando de maneira a compreender cientificamente e socialmente que não podemos negar a mutabilidade das relações sociais que advém da entidade familiar - aquilo que se adequa em determinado tempo pode não ser mais adequado para outro - logo, concluímos que os indivíduos não abandonam a família, eles apenas mudam sua estruturação para melhor convivência, e seria exemplo disto a multiparentalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Débora Mayane de Ávila. **A Multiparentalidade e seus Efeitos no Âmbito do Direito de Família: Análise a Luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança**. Brasília: Monografia, 2014.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999.

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

BUCHMANN, Adriana. **A Paternidade Socioafetiva e a Possibilidade de Multiparentalidade sob a Ótica do Ordenamento Jurídico Pátrio**. Florianópolis: Monografia, 2013.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CATALAN, Marcos. **Um Ensaio sobre a Multiparentalidade: Explorando no Ontem Pegadas que Levarão ao Amanhã**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2012.

CHAVES, Marianna. **Famílias Mosaico, Socioafetividade e Multiparentalidade: Breve Ensaio**

sobre as Relações Parentais na Pós-Modernidade. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2014.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

ENUNCIADO 9 DO IBDFAM. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 07 de setembro de 2020.

FARIA, Cristiane. **Multiparentalidade: Existência Construída pelo Afeto.** Revista dos Tribunais, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, 1999.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. **O Reconhecimento da Multiparentalidade e seus Efeitos Jurídicos.** Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-112/o-reconhecimento-da-multiparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos/>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 5, Direito de Família.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1608005 SC 2016/0160766-4, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJ: 14/05/2019. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4?ref=serp>>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Matéria de Repercussão Geral – Supremo Tribunal Federal. Prevalência de uma das Espécies de Paternidade - Socioafetiva e Biológica.** Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 14. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TJ-RS. APELAÇÃO CÍVEL. AC: 70077198737. Relator: José Antônio Daltoe. DJ: 22/11/2018.

Jusbrasil. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652406308/apelacao-civel-ac-70077198737-rs?ref=serp>>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **O Reconhecimento Extrajudicial da**

Multiparentalidade como Garantia Constitucional da Igualdade entre as Filiações. Revista dos Tribunais, 2018.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Teoria Tridimensional do Direito de Família.** Revista do

Ministério Público do RS, Porto Alegre, 2012.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Teoria Tridimensional do Direito de Família e o Direito de Herança**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, 2016.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Teoria Tridimensional do Direito de Família: Reconhecimento de todos os direitos das filiações genéticas e socioafetivas**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, 2008-2009.

A SERVIDÃO DO CONSUMO E O RISCO DE ALIENAÇÃO E EUGENIA: PERSPECTIVAS A PARTIR DE BAUMAN E HUXLEY

Andressa Sechi MARRA

RESUMO

A proposta delineada neste ensaio amparou-se na teoria crítica, cuja fenomenologia e reflexões apontam à construção de uma sociedade moldada pelos padrões do consumo, relegando as idiosincrasias do indivíduo e expurgando os valores de construção da personalidade a partir da liberdade. A constante liquidez Baumaniana é erigida como referencial teórico do trabalho, apontando a ilusão do consumo e a sedução da perfeição pela aquisição como padrão a destoar do projeto de vida baseado na estabilidade de relações sociais e afetivas. Como metodologia de pesquisa utilizou-se a pesquisa reflexiva e de revisão bibliográfica, cujo método hipotético-dedutivo serve à conclusão da eugenia como meio de padronização e controle dos corpos, que serve à lógica mercadológica de estabilização da personalidade humana a partir do pertencimento à noção de mercadoria, tornando o próprio indivíduo valor vendável, ou, mercantilizado.

PALAVRAS-CHAVE: Consumo, Alienação. Não pertencimento.

ABSTRACT

The proposal outlined in this essay was based on critical theory, whose phenomenology and reflections point to the construction of a society shaped by consumption patterns, relegating the idiosyncrasies of the individual and purging the values of personality construction from freedom. The constant Baumanian liquidity is erected as a theoretical reference of work, pointing to the illusion of consumption and the seduction of perfection by acquisition as the standard to be deviated from the project of life based on the stability of social and affective relationships. As a research methodology, reflexive research and bibliographic review were used, whose hypothetical-deductive method serves the conclusion of eugenics as a means of standardization and control of the bodies, which serves the marketing logic of stabilizing the human personality from belonging to the notion of merchandise, making the individual's own value saleable, or, mercantiled.

KEYWORDS: Consumption, Alienation. Not belonging.

INTRODUÇÃO

Meu lenço, meu relógio, meu chaveiro, minha gravata e cinto e escova e pente, meu copo, minha xícara, minha toalha de banho e sabonete, meu isso, meu aquilo, desde a cabeça ao bico dos sapatos, são mensagens, letras falantes, gritos visuais, ordens de uso, abuso, reincidência, costume, hábito, premência, indispensabilidade, e fazem de mim homem anúncio itinerante, escravo da matéria anunciada (DRUMMOND, 1987, p. 47).

Sabido que a pós modernidade inaugurou a fase de insegurança e fugacidade das relações sociais, contrapondo-se à idade moderna em que a vontade de liberdade era marcada pela constância e estabilidade.

Sob o olhar atento do polonês Zygmunt Bauman, o presente trabalho se debruça, com o auxílio da metodologia teórico-reflexiva, sobre a compreensão do estado de incerteza e servidão experimentados pelo indivíduo a partir da era tecnológica, cujo maior expoente se encontra na

conexão infinita e no constante desejo de aquisição dos bens e mercadorias ofertadas pelo (constante) 'ter'.

A consequência da lógica de mercado e do fetiche da mercadoria é, além da alienação do sujeito e da falsa noção de liberdade, também a falsa sensação de proteção, que não reflete mais o Estado como o garantidor de direitos e obrigações, mas também por um método de vida baseado em forças dissonantes que não se controlam e não se esperam. A era da surpresa e da subserviência ao consumo.

No primeiro capítulo, conjectura-se a posição do sujeito alienado e exposto em suas mazelas ao sistema de consumo constante, cujo maior desejo de pertencimento é obtido na aquisição de mercadorias e serviços, como consequência da existência de dignidade em sociedade. Faz-se o contraponto intergeracional, a fim de demonstrar a hipótese levantada de que a juventude é o maior alvo do sistema contemporâneo da sociedade de informação. A ilusão do consumo e a sedução da perfeição pela aquisição destoa do projeto de vida baseado na melhoria de condições sociais e realização profissional.

Já no segundo capítulo, levanta-se a hipótese da distopia noticiada por Aldous Huxley em *Admirável Mundo Novo*, conjecturando-se que a constante sensação de insatisfação e alienação sentida pelos indivíduos é motor para as crescentes manifestações sociais, que à guisa de conclamar melhorias, colhem rigor de discurso e barulhos, mas também uma verdadeira e infinita solidão. O sujeito não se realiza mais em manifestações coletivas e a partir disso, subsume-se no conceito de liquidez da modernidade noticiado por Bauman na obra *Modernidade Líquida* (2001), bem como na obra *O Mal Estar na Pós-Modernidade* (1998).

No terceiro e último capítulo, a crítica procurou concentrar-se na compreensão dos indivíduos recheados de frustrações dos capítulos anteriores, que passam a não servir à estabilização da sociedade que almeja pelo controle de corpos, que se concentra nos meios, para que não provoquem ruídos na consecução dos fins.

Tal controle sobre a vida, o desejo e a personalidade indica a (possível) eugenia como método de purificação dos anseios e do próprio indivíduo, e, em última análise, da própria sociedade, relegada à eliminação das resignações pelo viés do 'tempo que vem' agambeniano, cujo zelo é pela construção de um meio social inteiramente controlado e baseado em padrões voláteis, de constante mudança e infinita aquisição consumista como forma de pertencimento e dignificação da vida.

A luta humana se constrói justamente pela recusa à objetificação, embora o processo evolutivo encaminhe os indivíduos para a convergência aos padrões.

I A CONDIÇÃO DE SERVIDÃO PELA CONEXÃO E PELO CONSUMO

Segundo o professor Jonathan Zimmerman, de Nova York (BAUMAN, 2009, p. 09), três entre quatro adolescentes norte-americanos gastam todos o seu tempo livre em bate-papos no Facebook ou MySpace. As páginas podem ser equiparadas às novas drogas poderosas pelas quais os adolescentes se viciaram, inclusive, o vício está efetivamente relacionado à emissão de sons eletrônicos ou imagens.

A partir desta informação, o polonês Zygmunt Bauman (2009, p. 09) ratifica a conclusão obtida nos estudos norte-americanos que evidenciam uma realidade ameaçadora e aterrorizante: o nascimento de uma geração interligada por conexões com e sem fio, que abominam a realidade da solidão e lutam para não ceder à angústia da desconexão.

Contudo, por maiores que sejam os argumentos na tentativa de culpar a lógica da tecnologia eletrônica pelos milhares de jovens e adolescentes completamente viciados nos aparelhos que lhes garantem 100% de conexão, a verdadeira necessidade não fora criada pelos produtores dos walkmans ou mesmo dos aparelhos portáteis mais inovadores. Diz-se que em lares estranhamente vazios, cujos espaços foram seduzidos pelos aparelhos de TV em todos os cômodos, ‘ouvir o mundo onde quer que se esteja’ passou a ser uma alternativa viável à geração high-tech, cujas experiências face a face foram caindo no vazio. O segredo é que cada indivíduo em seu próprio casulo passou a ser presa fácil aos encantos da interação virtual.

Mas, por quê?

Segundo o autor (BAUMAN, 2009, p. 10), a interação humana é carregada de uma ambivalência pungente, que a um só tempo conforta e estimula, noutras incomoda, já que comunicar-se é estar disposto a sofrer a opressão de opiniões contrárias. Entre interações virtuais não há exigência de fidelidade, nem de presença física, o ‘ficar só em meio à multidão’ ou ‘espiritualmente ausente’ depende de um único clique. Estando conectado ninguém estará completamente só.

Ocorre que o paradoxo se mantém ao considerar que o verdadeiro estado de solidão só pode ser conhecido após muita ponderação, intuição e reflexão. O ser humano sozinho consigo mesmo, na tentativa de extrair dos símbolos comunicativos seu verdadeiro sentido, algo que a conexão não permite, e, se a desconexão amedronta e provoca abstinência, a fuga da solidão é uma pseudo solução. Um arquétipo que trai a si mesmo.

As profundas e aceleradas mudanças nas condições de vida da era moderna foram as responsáveis pela produção de desconfianças intergeracionais. Isso porque, o abandono da característica letárgica de tempos idos trouxe às pessoas a consciência de processo transformativo, sobremaneira nas rotinas e habilidades entre pessoas de idades diferentes. O que ‘era normal’

deixou de sê-lo, mudaram os pontos de vista e também os critérios objetivos de solução de problemas¹.

Para além disso, parte da discrepância pode ser explicada em função do aprendizado internalizado pelas gerações mais idosas em relação aos jovens, especialmente no que se refere à problemas de desemprego em massa, depressão econômica e outros. A juventude destes tempos nasceu e cresceu presenciando discursos de serviços comunitários socialmente produzidos e políticas públicas de acesso aos bens e serviços essenciais, desconhecendo os reveses da escassez provocada pelas crises.

Contudo, também não se pode depositar extrema confiança na promessa de dias ensolarados e bem aventuranças para todos, uma vez que o prolongado estado de escassez social somado à crise global pandêmica vivenciada nos últimos meses não permite que a crença em oportunidades e dias melhores não obscureçam.

Bauman (2013, 131p) reconhece na obra *Sobre Educação e Juventude* que as relações sociais travadas na constância da sociedade de consumo moderna guarda certa homogeneidade, já que somos levados a adquirir o que não temos e o que desejamos para saciar de nossa carência e nossas fantasias, camufladas pelas nossas frustrações e sensação de constante vazio.

Por isso é que a ânsia consumista almeja a um público mais seletivo e mais volátil: a juventude, uma vez que o próprio mercado reconhece nos jovens a potência de geração de novos caminhos de exploração, somado à atualidade dos conhecimentos e informações adquiridos pela frenética rede social, cujos laços seguem a mesma durabilidade fugaz dos desejos consumistas. Ou seja, para saciar determinado desejo, servirá determinado laço ou aproximação, mudam-se os anseios, mudam-se os laços na mesma velocidade.

Ocorre que sem olvidar do padrão qualitativo desenhado pelo próprio mercado que propulsiona adesão ao consumo desenfreado, sobrevive um número de desqualificados que não servem ao padrão delineado, ou seja, tamanho é o efeito multiplicador do desejo de consumo pela juventude ao passo que um número imenso de desiguais afloram como os desvalidos das exigências mercadológicas.

Se um dos fatores responsáveis pela marginalização da juventude é o déficit educacional (PONTES, p. 102), a transferência do encargo educacional para a iniciativa privada torna órfão o desejo de muitos jovens de ingressar no ensino superior, uma vez que os custos superam seus

1 A consequência disso é que jovens e velhos tendem a se perceber mutuamente com um misto de incompreensão e mal-entendido. Os mais velhos temem que os recém-chegados ao mundo acabem estragando e destruindo a “normalidade” que conhecem e lhes parece confortável e decente, mas que custaram tanto a construir e preservar com carinho; os mais jovens, ao contrário, têm uma enorme urgência de consertar o que os mais velhos estragaram. Nenhum dos grupos se sentirá satisfeito (pelo menos não completamente) com o atual estado de coisas e com o rumo que seus mundos parecem seguir – e culpa o outro por sua insatisfação. (BAUMAN, 2009, p. 13).

ganhos nos trabalhos informais quando não há qualificação profissional.

O abalo estrutural causado pela consciência da exigência mercadológica baseada no acúmulo em contraposição à noção de que a qualificação profissional é distante, promove o desestímulo das gerações, que, embora sabedores da fragilidade do ensino para a ascensão social como noutros tempos (BAUMAN, 2011), ainda procuram no ensino de qualidade uma das únicas portas legítimas de acesso a maiores e melhores bens de consumo.

No entanto, os comerciais muitíssimo bem elaborados pelo marketing contemporâneo milionário nos sublimam à plenitude do prazer pela plenitude do consumo, levando à cognição de que a ausência de possibilidade de adesão ao prazer em última análise ecoa na própria ausência de dignidade. Por isso se diz que a cultura líquida moderna (BAUMAN, p. 130) conclama o rápido descarte e a descontinuidade em troca do desejo de consumir. É como se o modelo de conhecimento e aprendizagem cedesse espaço à fugacidade do desejo momentâneo, que leva em última medida à insustentabilidade do modelo de consumo, assim como à depravação da sociedade.

Sabe-se que a infinidade de informações a todo tempo compromete a compreensão e a consistência do que é dito ou lido. Os fragmentos de narrativas promovem a longo prazo a superficialização do aprendizado, tornando o processo raso e limitado. Para Bauman (2013, 131p), a ascensão social e a criação de ‘celebridades’ ocorrem de forma instantânea, restando ao conhecimento a desvalorização do anonimato.

Importa dizer, ademais, que o presente estudo não se dedica a desconstruir a expectativa de mobilidade social ascendente, mas, eleva ao grau máximo de importância a tendência contemporânea de conexão, de sedução pelo espetáculo (já noticiado por Guy Debord na década de 70) e pela satisfação dos impulsos consumistas infinitos. (MAZZEO; BAUMAN, 2013).

Portanto, a promessa consumista eleva os sujeitos a uma posição de servos voluntários, ou seja, por escolha positiva o consumo é vivenciado como expressão de autonomia e domínio da própria vida. Difícil é escapar das formas de prazer, conforto e satisfação instantâneas, por isso é que as escolhas e ações positivas das pessoas caminham no sentido de ceder ao fetiche da mercadoria, da conexão e da servidão. (BOÉTIE, 2006).

II OS MOVIMENTOS SOCIAIS E A INSATISFAÇÃO CRESCENTE

José Saramago já nos advertia que estamos todos cegos de razão (SARAMAGO, 1995). Isso implica dizer que nos convém manter a ordenação da sociedade contemporânea e sua consequente promessa pelo reino da felicidade, naquilo que Huxley chamaria de ‘leis de ouro’ em seu romance inglês distópico. (HUXLEY, 2014, 312p.).

A distopia referida carrega consigo o gosto dos dissabores do mundo moderno,

especialmente em seu maior instrumento de convite à servidão: a mídia social. Ou seja, pela mídia e profusão de informações em tempo real vivenciados pela sociedade da informação é possível que o indivíduo adira à escravidão, não pela doação excessiva da força em desconhecimento da mais-valia, mas enquanto seres desejantes, a captura se dá justa e exatamente pelo desejo de ter. À medida que tenho, sou.

Por isso se diz que é indissociável a relação entre capitalismo e consumo, já que o objetivo final de ambos é movido pelo lucro. Se o sistema favorece a orgia consumista e nos inebria pelo fetiche da mercadoria, a servidão pelo consumo cresce naturalmente independente de coerção ou uso da força, mas pelo erotismo produzido pelo marketing do consumo. A sociedade é relegada à condição de mercadoria, implica dizer: como enxames, os agrupamentos de indignações provocado pelos movimentos sociais que tomam as ruas juntam-se e desfazem-se com facilidade, sem institucionalizações (MAZZEO;BAUMAN, 2013).

As explosões populares resultado de manifestações que nascem e são mediadas pelas redes sociais não se sustentarão sob o ponto de vista dos autores (MAZZEO;BAUMAN, 2013), ou seja, não colherão a mudança de rumo governamental. A isso se some o agigantamento das desigualdades sociais que sobressaem na lógica consumista mercadológica a partir do instante em que o *'não-pode-comprar significa não-ser'* emerge e torna indigna a existência.

À medida que o valor da dignidade se expressa também pela capacidade de acúmulo material na sociedade do espetáculo, o modelo de crescimento social caminha não na lógica cidadã de melhoramento de índices socioeconômicos, mas na necessidade de incorporação do acesso a bens sem precedentes. A lógica de contenção e temperança governamentais, que busca tratar com governos mais conscientizados das necessidades de incorporar ações sociais e ambientais às metas do mercado, encontra grande dificuldade de proliferação, ao passo que as pessoas consolam-se na busca incessante do mercado.

A solução e o remédio para as crescentes frustrações humanas estão nas prateleiras, cabendo à cobiça a condição de motor que alimenta a sociedade do consumo, num esquema de forças do bem e do mal que se retroalimentam pelo poder da comunicação *online*. Para Bauman e Mazzeo (2013, 78p.), a globalização é imatura e compromete o futuro de uma juventude em um mundo cada vez mais recheado de desigualdades, trazendo consequências nefastas para o processo educacional.

Um mundo marcado pela classe de consumidores (ou classe de humanidades) tende a ser nefasto nas conjunturas econômica-social-política futuramente. As praças e ruas ocupadas pelas manifestações denunciam antes de tudo a fúria de protesto e indignações que estão enraizados na desesperança e na desunião, o apelo por gritos e sons ofuscam as reivindicações que pairam sem

significados, cada pessoa está ali a exercer um propósito individual e, quiçá, solidário, mas inebriada em sua própria voz e solidão². (MAZZEO;BAUMAN, p. 121).

A crítica não busca a invalidação dos manifestos e atos sociais, mas antes disso, acredita que os novos métodos reivindicatórios alcançam mais a efervescência de rebeliões que efetivamente soluções e melhorias categóricas na política, na educação ou em sociedade. A diversão provocada pela manifestação metaforicamente traduz a expressão divertida e efêmera, consumida no ato pelos que a acompanham e aderem. Assemelham-se a um novo laboratório³, nas palavras do autor (BAUMAN, 2013, p. 124), já que através delas os jovens eclodem em novas coexistências, cujo futuro ainda se desconhece.

Dentre os fatores e convergências distópicas apresentadas, Bauman em *Vida para Consumo* (2008,) afirma que o verdadeiro objetivo da lógica do consumo é tornar os consumidores *vendáveis*, ou seja, o conjunto de pessoas que aderem à busca incessante do ter devem servir como publicidade ativa, ou seja, devem ser capazes de tornar pública a propaganda do bem que possuem, a fim de que sem nem se darem conta, alcancem o sucesso da vocação consumista moderna: ter e fazer propaganda disso.

A gratuidade do *merchandising* depende de nossa aquisição e de nossa adesão ao gosto da maioria, quando nos tornamos sujeitos ativos do mercado, elevando a publicidade ao nível mais íntimo e profusor de frustrações: quando nos vestimos da propaganda gratuitamente. (BAUMAN, 2008, p. 74).

Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo em que geral latente e quase nunca consciente (BAUMAN, 2008, p. 76).

Seguindo a linha de raciocínio proposta pelo filósofo, conclui-se que as idiosincrasias individuais vão sendo relegadas pelo fervor de aderir ao que a maioria detém e quer, de maneira que espantosamente o indivíduo se furta de si em busca do consenso coletivo de se tornarem notáveis à

2 As jornadas de julho de 2013, protagonizadas pela juventude brasileira com suas reivindicações difusas em centenas de cidades brasileiras, assemelham-se a diversas manifestações europeias: são organizadas pelas redes sociais e impulsionadas pela crise social e econômica, mas faltam demandas e estratégias claras para a efetiva transformação. Com esses aspectos em comum, Bauman acredita que as distâncias geográficas já não contam para o (re)ordenamento/a transformação da sociedade e redefina o conceito de globalização, asseverando que “os estímulos viajam de maneira independente de suas causas; as causas podem ser locais, mas o alcance de suas inspirações é global; as causas podem ser globais, mas seus impactos são moldados e direcionados em âmbito local” (BAUMAN, 2013, p. 124).

3 Hoje a questão do bem-estar social nas famílias brasileiras se vincula à questão da facilidade do crédito e à aquisição de eletrodomésticos, automóveis, entretenimento, entre outros bens e serviços. Isso vem formando no Brasil uma legião de endividados e de “excluídos do consumo” que, de modo semelhante ao caso inglês de 2011, promovem ondas de saques a lojas de eletrodomésticos e depredação a instituições financeiras, seja no intuito de obter seus desejos de consumo ou para demonstrar sua indignação à pilhagem financeira promovida pelos bancos. (Revista da Unidade Acadêmica Especial de História e Ciências Sociais, p. 104).

medida que detém os produtos de consumo.

A abundância dos produtos e a magnitude da sedução constrói o modelo retroalimentado pelo potencial mercadológico de cada indivíduo consumidor, que caminham na missão incessante e (quase) impossível de prosperar à medida que a sociedade do consumo prospere (LIPOVETSKY, 2005).

Ou seja, ao fim e ao cabo, não consumir significa em última análise não estar no meio, e o medo de não se conformar aprisiona e encaminha as ações e escolhas dos indivíduos ao modelo esperado e enaltecido pela sociedade do consumo e do espetáculo, que à guisa de seduzir e fetichizar a conjugação do verbo ter com a felicidade plena, perpetua frustrações e distanciamentos sociais, sobretudo na desesperança.

III A ALIENAÇÃO SOCIAL E A EUGENIA COMO CONSEQUÊNCIA DO CONSUMO

A definição exata do fetiche da mercadoria foi conseguida ainda em 1867 por Karl Marx (1867, O Capital), que a construiu categorizando as relações sociais dentro do sistema capitalista por meio da ocultação de relações escravizantes de trabalho.

A subjetivação do fetiche relatado por Bauman anos mais tarde (2004) leva em consideração o decaimento de todo o organismo social amparado em uma mentira, ou seja, em última análise, é o sujeito humano que tem resistido à sua objetificação promovida ao longo do tempo pelo abuso do valor real da mercadoria para além de sua atribuição, criando uma realidade inatingível.

Bauman busca expor que embora os meios de publicidade e as mídias sociais noticiem o contrário, a aquisição dos bens é atividade demasiado solitária que o indivíduo pode experimentar. O sentimento que subjaz no contexto é: *se eu não consumir, não me enquadro e serei exluído da sociedade*, o arquétipo da solidão.

Alienando-se em uma sociedade cujo valor individual é medido à custa de cifras acumuladas para a aquisição de algo, o arquétipo da solidão do homem encaminha sua existência para a objetificação. Não se é mais pessoa, mas coisa, isto é, abandona-se a condição de homem e sujeito para servir ao modelo de mercado que coisifica seus pares.

Carlos Drummond de Andrade no poema 'EU, ETIQUETA' (1984, O Corpo) nos seus anos finais denuncia com clareza o viés de objetificação da sociedade do consumo, cuja linguagem poética conduz a um servo que cede sua força de trabalho ao sistema que por sua vez desperdiça sua capacidade de escolha, tornando-o verdadeira mercadoria ambulante. Ou seja, para o poeta, quando o sujeito adere ao gosto coletivo para enquadrar-se no sistema e relega seus gostos pessoais, renuncia sua própria identidade, empobrece-se em essência e dignidade e torna-se mera etiqueta.

Embora a convergência dos textos poéticos e filosóficos seja sentida, o conteúdo de suas prosas e textos elevam a crítica ao patamar de crise de identidade social. Ou seja, quando o consumidor torna-se um *outdoor* ambulante, sua individualidade, sua identidade e seus qualificativos são ocultados em prol de um mercado que está ansioso à espera da usurpação e reificação de sua identidade, com o fito de torna-lo vendável.

A visão alucinada de uma humanidade desumanizada pelo condicionamento da soma tende a produzir tamanha manipulação de funções e critérios de vida e autodeterminação, que o custo do progresso pode escancarar um mundo de controle social infalível, como se a sociedade estivesse desejosa de produzir somente a continuação de seu próprio modelo, à guisa de corromper a diversidade e a desigualdade.

Um espaço cuja gama de pessoas usufruem do conforto e satisfação que o consumo lhes permite, a tendência dos desejos é experimentar a padronização no mesmo molde dos produtos, o que implica dizer: pessoas produzidas em série e atingidas pelo grau de perfeição esperado pelo mundo criterioso e egóico que lhes precedeu podem se tornar o *vir-a-ser* da escala evolucionista e consumista.

Da promessa de progresso e de felicidade construída a partir do culto à ciência, a eugenia parece servir ao modelo integralmente produtivista e perfeccionista, que busca em última análise a estabilização dos padrões atingidos pelo culto ao erotismo da objetificação humana. Por isso é que se em *Admirável Mundo Novo* (HUXLEY, 2014) a americanização do planeta havia se completado, a realidade tem poder de replicar a prosa em especialização e tarefas.

A obsessão pela estabilidade tem (teria) poder e genialidade de construir modelos variados de indivíduos num futuro próximo, mas amparados num padrão de subserviência ao sistema, como um grande laboratório científico de condutivismo e controle de comportamento: a construção da humanidade eugênica.

Por isso é que a alienação produzida pela lógica consumista no processo mercadológico tende a enfraquecer a identidade do indivíduo e abrir espaço para a padronização amparada no controle dos comportamentos e ações, à medida em que a estabilidade passe a ser o viés de conformação social, tudo aquilo que fuja à ideia de estabilizar poderia oferecer desequilíbrios ao sistema autopoiético em essência.

Neste ponto, os seres humanos terão perdido sua razão de ser, e terão assistido sua condição humana ser maquinizada, como viés condutor de equilíbrio e estabilidade sociais, transfigurando a eugenia em controle total de corpos. Pessoas teledirigidas e felizes não provocariam ruídos no sistema, quanto menos exporiam as mazelas humanas que a técnica e o progresso científico objetivam camuflar.

O risco à espécie humana poderia ter se afigurado utópico se o contraponto houvesse sido construído nos idos de 1950, contudo, a instrumentalização da razão tem servido a um processo alienatório e progressista, que encontra na ciência a justificativa e na eugenia a padronização que o mercado de consumo inaugurou, ou seja: de objetificação da identidade do indivíduo, que existe à medida que se permite ser vendável.

O vigiar do processo evolutivo não cessa, e encontra na identidade humana e em suas idiossincrasias seu maior obstáculo. A sensibilidade continua a encontrar no indivíduo a resistência à sociedade delirante do progresso e da tecnologia.

CONCLUSÃO

O processo evolutivo da humanidade é marcado por movimentos pendulares, ora de tentativa de construção de estabilidade, ora por ideários progressistas, cujo maior valor passa a ser a experimentação da liberdade do sujeito como vetor de construção da coletividade.

Ocorre que os tempos pós modernos, sob o olhar da filosofia Baumaniana tem expurgado a noção de perpetuação dos valores e de laços perenes, retroalimentando-se pela constância consumista que adere ao modelo mercadológico de pertencimento a partir da noção de aquisição.

O consumo, em seu viés mais expansivo, tem sido um dos responsáveis pela alienação do indivíduo, marcado em sua gênese pela necessidade de constante adesão às seduções e fetiches da mercadoria, a ponto de tornar o próprio ser vendável. A isso se soma a frustração de não pertencimento, que ampara as faces daqueles que não alcançam o ápice da escalada evolucionista e tecnológica em sua exata medida, ou seja, àqueles que se furtam às conquistas do mercado, sejam por ausência de condições ou resignação pessoal, acabam por carecer de dignidade, de liberdade e de reconhecimento sociais.

Por isso é que se conjectura a partir da contraposição dos valores intergeracionais a conclusão de que o indivíduo pós moderno é marcado pela sensação constante de vazio, como se lhe faltasse o ímpeto de autodeterminação a partir do desencaixe aos valores primordiais do mercado: aquisição a qualquer custo, acumulação de mercadorias e construção da realidade cujo maior signo não ressoa na imanência, mas na fugacidade.

Ao fim e ao cabo, o controle de corpos e a seleção de padrões estáveis aptos a suportar a efemeridade dos laços e relações sociais encontra na eugenia a justificativa de manutenção do padrão normalizado, amparado em valores que destoam das idiossincrasias individuais com o fito de maquinizar a condição humana, aproximando-se da objetificação do humano, tornando-o também valor vendável no seio do mercado.

O grande laboratório científico que instrumentaliza a razão e se ampara em condutivismo

comportamental serve ao mecanismo de controle, ladeia o indivíduo que não pertence e expurga os que estão aquém da lógica consumista da vida. O *vir-a-ser* do humano só encontra legitimidade à medida em que converge aos valores mercadológicos e acessa (ou tenciona acessar) a sedução comercializada e concretizada na lógica do ter. Carece dignidade a este ser humano, controlado, vigiado, alienado e exilado de si.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **O Homem sem Conteúdo**. Trad. Cláudio Oliveira. São Paulo: Autêntica Editora, 2012.

ANDRADE, Carlos Drummond de, 1902-1987. *Corpo/ Carlos Drummond de Andrade*; posfácio Maria Esther Maciel, 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **O Mal Estar da Pós-Modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Sobre educação e juventude: conversas com Riccardo Mazzeo/Zygmunt Bauman**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

_____. **Vida para Consumo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOÉTIE, Étienne de La. **Discurso sobre a servidão voluntária**. eBookLibris, eBooksBrasil. 2006. Disponível em: <www.culturabrasil.org>. Acesso em: 01. out. 2020.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Abril Cultural. 1980.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro I: Crítica da economia política. O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2011.

PONTES, Matheus Mesquita. **ZYGMUNT BAUMAN: Sobre Educação e Juventude na Sociedade de Consumo**. Emblemas: Revista da Unidade Acadêmica Especial de História e Ciências Sociais – UFG/CAC, p. 102-105. Disponível em: <<https://cc.bingj.com/cache.aspx?q=ZYGMUNT+BAUMAN%3a+SOBRE+EDUCA%C3%87%C3%83O+E+JUVENTUDE+NA+SOCIEDADE+DE+CONSUMO&d=4827272726120143&mkt=ptBR&setlang=ptPT&w=pRnNSXIEDZ6TMKbSi55vIgQds1OXDoVm>>. Acesso em: 01. out. 2020

PORTO, Ana Carla F. dos Santos; REZENDE, Elaine Cristina P.; CASTILHO, Maria Augusta de. “EU ETIQUETA”, DE CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONSUMO CONTEMPORÂNEO. Revista de Divulgação Científica em

Língua Portuguesa, Linguística e Literatura Ano 14 - n.22 – 1º Semestre – 2018 – ISSN 1807-5193.
Disponível em: <http://www.letramagna.com/artigos_22/artigo04_22.pdf>. Acesso em: 05. out. 2020.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a Cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOUZA, Liliana de Salvo. **Juventude: por onde ir?**. Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe , Espanha e Portugal. Soc. e Cult., Goiânia, v. 17, n. 1, p. 187-189, jan./jun. 2014.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/32602783/Juventude_por_onde_ir_resenha_do_livro_de_Bauman_Sobre_Educa%C3%A7%C3%A3o_e_Juventude_2013_>. Acesso em: 05. out. 2020.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA POR UM RESGATE DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

José Mauro GARBOZA JUNIOR¹
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA²

RESUMO

O presente artigo, construído pelo método dedutivo e com o uso de leitura bibliográfica como fonte, tem como objetivo delinear os problemas decorrentes da chamada “sociedade da transparência” na contemporaneidade social. Para tanto, este trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro serão apresentados alguns desenvolvimentos teóricos que ajudam a definir o problema da tradição da modernidade; no segundo capítulo, dar-se-á início a uma análise da teoria pura kelseniana com a pretensão de otimizar uma visão geral da contemporaneidade a partir da perspectiva jurídica positiva (evitando confusões, pressuposições ou naturalizações). No terceiro capítulo será feita uma abordagem da “sociedade da transparência” como paradigma do tempo contemporâneo do ponto de vista jurídico. Conclui-se, enfim, ser a teoria pura kelseniana suficientemente genérica para a abordagem do problema das relações contemporâneas de poder, entremeadas pelas consequências da sociedade da transparência.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade; Progresso; Positivismo.

ABSTRACT

This article, written by means of deduction and bibliographical reading, aims to outline the problems of the so-called “transparency society” in social contemporaneity. In order to accomplish this goal, this work was divided into three chapters. In the first one, some theoretical developments that help to define the problem of the tradition of modernity will be presented; in the second chapter, this paper will develop an analysis of Kelsen’s pure theory in order to optimize an overview of contemporaneity from the positive juridical perspective (avoiding confusion, assumptions or naturalizations). In the third chapter, an approach of the “transparency society” as a paradigm of the contemporaneity will be made, from a juridical point of view. Finally, we conclude that Kelsen’s pure theory is generic enough to address the problem of contemporary power relations, crossed by the consequences of the transparency society.

KEYWORDS: Modernity; Progress; Positivism.

INTRODUÇÃO

A ascensão do positivismo no século XIX que resultou das contrarrevoluções

-
- 1 Doutorando bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (PPGFil-UEL), doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP), mestre em Ciência Jurídica e graduado em Direito pela UENP, graduado em Ciências Sociais, História e Filosofia pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Coordenador do coletivo Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). Membro associado do Instituto Lalangue de Psicanálise de Londrina (PR). Contato: garbozajm@gmail.com.
 - 2 Mestrando bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Graduado em Direito pela UENP. Membro do coletivo Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). Contato: lucas.bertolucci@gmail.com.

conservadoras, buscou estabelecer logo após o final do processo revolucionário francês do século XVIII um direito estável cada vez mais centrado na constituição do Estado como único meio de sua conservação. O constitucionalismo como sistematizador do direito positivo passa então a ser visto como o lugar central dos encaminhamentos teóricos e práticos do direito, e o direito constitucional se configura como o tronco central de todo ordenamento.

Nesse processo, o sistema normativo é progressivamente separado do estado de coisas que ordena, fazendo que o direito positivo seja mais um sistema normativo abstraído do estado da situação que propriamente seu resultado. Em razão dessa formatação do direito vigente no início do século XX, Hans Kelsen busca sistematizar o direito imperante em sua época por meio da criação de um complexo teórico que lhe esteja a altura e que viabilize a crítica das concepções juspositivistas que lhes são contemporâneas.

A manutenção de um forte poder excepcional por parte dos Estados acompanha a história do direito moderno, possibilitando o ajuste, por meios jurídicos, do estado de coisas, constantemente reinscrevendo-o nas múltiplas demandas econômicas. Portanto, se, por um lado, o constitucionalismo acompanha o aparecimento da democracia parlamentar como principal regime estatal, por outro lado, esse parlamentarismo se dá conjuntamente com poderes cada vez maiores por parte dos chefes do poder executivo (inclusive o de declarar “estado de sítio”): em tempos de crise, aos chefes de Estado eram conferidos plenos poderes (poderes excepcionais para gerir os Estados), com o objetivo de viabilizar a adequação dos respectivos ordenamentos às necessidades econômicas.

Contudo, ao final do século XX, o estágio do constitucionalismo se transforma. O Estado e sua exceção imanente são sistematicamente submetidos a uma economia global interligada pelo capital financeiro, requerendo cada vez mais a adequação dos governos estatais para sua reprodução. Os Estados de um regime de pura submissão ao capital mundial, faz do direito positivo, enquanto conjunto de normas universais e abstratas, uma zona para a proteção do poder judiciário. O grande problema dessa perspectiva “jurisdicional” do constitucionalismo aparece sempre que as crises rondam as condições materiais de uma nação, deixando-o livre sem o manto do decisionismo “de salvação”.

Com essa transição o direito muda de sinal. Aquele constitucionalismo que emerge do final do século XVIII que traz consigo termos abstratos e amplos das relações jurídicas, tem como consequência o positivismo estatal como base para todos os territórios mundiais. Esse fenômeno está entrelaçado com a emergência do capitalismo, com a ampliação e o fortalecimento da economia mundial, no qual o espaço soberano das potências econômicas se estende por toda malha internacional das governanças.

O próprio conceito de história tem sentidos muito diversos a depender de seu recorte histórico. Reinhart Koselleck defende a tese segundo a qual uma mudança radical aconteceu no conceito de história na transição do século XVIII para o XIX (KOSELLECK, 1999; 2006). Ela, no iluminismo tardio, teria perdido seu lastro de experiência que permitia abordá-la como tradição do passado em direção ao futuro. Nesse exato cenário o conceito alemão de história (*Geschichte*) se alarga em termos de história universal que dá sentido a si mesma, algo como uma testemunha do seu próprio tempo.

A importância da história (da história do direito) não pode ser ignorada (AGAMBEN, 2014, p. 22-23), uma vez que é ela que permite entender os lastros do contemporâneo. Segundo Giorgio Agamben, o contemporâneo é tudo o que está em relação com o seu tempo, não se tratando apenas de pertencer a ele, mas antes um tempo que está diante de sua própria fratura (estar na fratura e junto ao tempo, com-temporâneo), o “tempo-do-agora” (*Jetztzeit*) que “percebe na escuridão do cronológico, na fratura, aquilo que lhe diz respeito” (BENJAMIN, 2013). Contra o contemporâneo, a ideia de uma história universal linear sistematiza um esquecimento do passado, um espaço em que o passado e presente se separa de uma vez, abrindo margem para se entender o futuro como *progresso* regente de um processo em constante esquecimento em relação às experiências.

Dividido em três capítulos, o primeiro apresentará alguns desenvolvimentos teóricos que ajudam a definir o problema da tradição da modernidade, dentre eles Benjamin, Han, Koselleck. No segundo capítulo, dar-se-á início à análise do à teoria pura kelseniana, que perfaz uma redução normativa do direito com a pretensão de otimizar a visualização das hipóstases dentro do plano jurídico positivo (evitando confusões, pressuposições ou naturalizações). No terceiro capítulo será feita uma abordagem da “sociedade da transparência” como paradigma do tempo contemporâneo do ponto de vista jurídico. Serão endereçadas algumas considerações sobre o contexto em que emerge o “direito ao esquecimento”, consideração de que tal direito é circunscrito já em uma lógica da transparência.

O trabalho foi redigido a partir do método dedutivo por meio de deduções passíveis de serem feitas dentro do quadro da bibliografia escolhida, buscou-se localizar historicamente o direito atual, dando ênfase ao esquecimento que comanda as relações entre sujeitos na contemporaneidade. De um ponto de vista não dogmático, a chamada “sociedade da transparência” consiste em um exemplo (entre tantos) de perspectiva a respeito do contemporâneo, sendo aqui tomada como paradigma da contemporaneidade.

1 O ESQUECIMENTO NA MODERNIDADE

O início da modernidade é marcado por uma importante mudança no cenário cultural europeu: o estabelecimento de uma esfera privada separada da esfera pública. Thomas Hobbes (2019), a partir da antropologia individualista hipotética trazida em seu *Leviatã*, descreveu este estado de coisas – já narrado exhaustivamente por Jean Bodin (2011) quase cem anos antes – em que o soberano se estabeleceu e separou os homens do político. Cingiu-se público e privado, e aos homens restou o âmbito da moral privada e necessariamente apolítica. O temor motriz para a conceituação de Hobbes foram as numerosas guerras civis religiosas com pretensão política que vinham acontecendo, na Inglaterra e no continente europeu, desde o início do século XVI até meados do XVII – basta se pensar na Revolução Puritana, na Inglaterra, e na Guerra dos Trinta Anos, no território alemão, principalmente. O problema é que desta esfera privada emergiu uma moral que, com o tempo, passou a contestar o próprio Estado absolutista. Fundada no humanismo erasmiano, no janséismo francês e principalmente no protestantismo, essa moral começa a se difundir na Inglaterra e na Holanda, em especial após a revogação do Édito de Nantes, em 1685, que expulsou os protestantes da França.

Recepcionados por grandes figuras como Jean Leclerc e Pierre Bayle (HAZARD, 1948), na Holanda, e num período em que o pensamento de Locke toma toda a Inglaterra, os protestantes alavancaram um agressivo processo de transmissão de pensamentos na República das Letras, período em que aparecem muitos dicionários, jornais e traduções de livros e artigos. Desde o Iluminismo inglês lockeano, passando pela República das Letras e chegando até o Iluminismo francês e sua consequência estupefacente (a Revolução Francesa), a moral privada se torna, em primeiro lugar, pública e, em segundo lugar (já no iluminismo tardio), política. Com a Revolução, consequência do iluminismo (KOSELLECK, 1999), moral e política se fundem novamente, mas de outra forma.

Isso é marcado pela destruição do Estado absolutista, ou seja, pela dissolução do Estado absolutista por parte dos acontecimentos guiados pela moral burguesa. A moral se torna política e, portanto, privado e público se fundem. No âmbito historiográfico, esse momento é marcado por uma aceleração das experiências e, conseqüentemente, da própria percepção do tempo.

A passagem dos séculos XVIII e XIX é marcada pela separação entre futuro e passado (KOSELLECK, 1999; 2006). O acelerado presente não é propriamente incluído nos cálculos históricos como antes fora, e as experiências passam a ser cada vez menos circunscritas no espaço de experiências passadas³. Por outro lado, a teoria histórica do presente constantemente se acelera, e

3 “A história é temporalizada, no sentido de que, graças ao correr do tempo, a cada hoje, e com o crescente distanciamento, ela se modifica também no passado, ou melhor, se revela em sua verdade. A ‘modernidade’ [*Neuzeit*] confere ao passado como um todo uma qualidade de história universal. Com isso, a novidade de uma história que, cada vez que se produz, pensa a si mesma como nova reivindica um direito sempre crescente sobre o conjunto da história. Torna-se evidente que a história, precisamente como história universal, precisa ser

as categorias de uma expectativa futura permanente começam a aparecer – como “progresso” e “desenvolvimento” – em detrimento das desconsideradas experiências passadas. Na língua alemã, a denominação “Idade Média” – como aquele período que se distingue, desde o século XV, do presente – surgiu apenas no século XVII, ao passo que a “Idade Moderna” [*Neue Zeit*] – como esse período que segue a Idade Média – surgiu no século XIX, e quase que conjuntamente com sua própria cisão interna em Idade Moderna [*Neue Zeit*], já “acabada”, e Idade Contemporânea [*Neuest Zeit*], o tempo “mais novo” em que estamos em completa e imparável aceleração.

Nesse contexto tem-se um sistemático esquecimento no campo da historiografia, em que as experiências passadas são cumulativamente ignoradas, ao passo que a história universal teórica [*Geschichte*] regula as pretensões políticas e sociais do presente. Essa “coleção” das ruínas do passado pode ser vista no aparecimento dos museus públicos, cujo primeiro deles – o Louvre – surgiu no bojo da Revolução Francesa. Enquanto a história progressista rege a cultura global desde o século XIX, as experiências passadas, ignoradas pelo imaginário social, tornam-se o novo arcano da política, sendo cada vez mais incluídas nos cálculos da ascendente biopolítica.

Contemporânea a tais mudanças na percepção do tempo é, também, a difusão de uma nova lógica dos Estados, que, segundo Carl Schmitt, constituem um novo *nómos* que engloba cada vez mais toda a Terra (SCHMITT, 2014). A mudança da soberania em seu formato monárquico absolutista para o formato parlamentarista é marcada pela emergência de uma forma jurídica abstrata, marcada pelo que se convencionou denominar como constitucionalismo. Este fenômeno jurídico consiste numa positivação legal cada vez maior das constituições políticas dos Estados, de modo a padronizar os diferentes direitos nacionais a partir de um núcleo privatista comum. O aparecimento das constituições constitucionalistas (SCHMITT, 2014) no século XIX pode ser traduzido, pois, como o aparecimento de uma formalização jurídica mais genérica e mais ampla que permitira a organização internacional das trocas econômicas num momento de crescimento do capitalismo global.

Desse novo quadro político e econômico global decorre uma progressiva alteração nas relações de poder globais. No século XIX, a Inglaterra se estabelece como potência economicamente dominante no comércio mundial, no contexto de uma amplitude e uniformização nunca antes vistas das redes de comércio. No início do século XX, a situação de alterna, com o deslocamento cada vez maior dos Estados Unidos para o centro das relações econômicas e de poder.

Compassadas por tais metamorfoses do poder e ampliações da economia estão as teorias do direito. A compreensão de como se constrói um sistema jurídico é fundada, a partir da compreensão de positivistas e corporativistas, em noções estáticas a respeito da soberania. O Estado

continuamente reescrita” (KOSELLECK, 2006, p. 287).

ou a constituição, da perspectiva de tais teorizações, são hipostasiados como figuras hierarquicamente superiores às leis, como pontos de costura e fundamentos últimos da completude normativa. Apesar disso, o que acontece na prática das relações de poder é a formação de diferentes espaços de interesse, em contextos supranacionais, em que as soberanias internacionais de grandes potências econômicas comandam cada vez mais os governos de Estados periféricos.

Analogamente ao desprendimento em relação ao passado, o direito na contemporaneidade desvincula-se de seus laços terrestres. Se, por um lado, o poder de cada um dos Estados europeus, durante o início da modernidade, pôde se manter em razão da convenção pressuposta de um direito das gentes interestatal equânime entres os Estados absolutos, isso passa a se perder com a positivação jurídica mundial que começa a ter lugar no século XIX. A paz europeia é forçada a todos os territórios do mundo e, impassíveis de se diferenciarem juridicamente, é a economia que passa a discerni-los. Como aduz Schmitt a respeito dos territórios de Estados dominados em relação aos dominantes no início do século XX:

O status territorial desse Estado [dominado] não se modifica a ponto de seu território ser convertido em território estatal do Estado dominante. Mas seu território passa a ser incluído no espaço relevante do Estado que controla e em seus special interests, sua soberania espacial. O espaço aparente da soberania territorial continua inalterado, mas o conteúdo material dessa soberania é alterado pela proteção do grande-espaço econômico da potência dirigente. Surge, assim, o tipo moderno de tratado internacional de intervenção. Intervenções garantem o controle e a dominação política, enquanto o status quo territorial fica preservado. (SCHMITT, 2014, p. 271)

Esse espaço econômico se estendeu ainda mais após a Segunda Guerra mundial, momento em que a lógica da guerra civil passa a preponderar nos conflitos globais. A Guerra Fria completa a era do fim das unidades políticas, iniciada ao final do século XIX, e dá início à era do fim do distanciamento individual. (HAN, 2017). No último quartel do século XX, o estado de coisas encontra-se acelerado a tal ponto que a ignorância das experiências é contemporânea à autonomização cada vez maior da coleção de passados. Os computadores e sua integração em rede são o símbolo dessa díade paradoxal do esquecimento e da impossibilidade de se esquecer. A definitiva dissipação da distância e o emergir da *sociedade da transparência* são consequência e causa do esquecimento das experiências, marco da aceleração tão temida por Byung-Chul Han⁴.

4 “O panóptico de Bentham é um fenômeno da sociedade disciplinar, é uma instalação que visa o melhoramento. São submetidos ao controle do panóptico presídios, fábricas, hospícios, hospitais e escolas. São instituições típicas da sociedade disciplinar. [...] Com o auxílio de técnicas refinadas cria-se a ilusão de uma vigilância permanente. Aqui a transparência se dá apenas unilateralmente. E é nisso que reside sua perspectividade, que dá fundamento à estrutura de poder e domínio. Na aperspectividade, ao contrário, não se estabelece olho central algum, não se dá qualquer subjetividade ou soberania central. Se os presos do panóptico de Bentham têm ciência de estarem constantemente sendo observados por um vigia, ilusoriamente os habitantes do panóptico digital imaginam estar em total liberdade. [...] O que assegura a transparência não é o isolamento, mas a hipercomunicação. A especificidade do panóptico digital é sobretudo o fato de que seus frequentadores colaboram ativamente e de forma pessoal em sua edificação e manutenção, expondo-se ao mercado panóptico. O expor pornográfico e o controle panóptico misturam-se entre si; o que alimenta o exibicionismo e o voyeurismo é a rede enquanto panóptico digital. Nesse sentido, a sociedade de controle chega a sua consumação ali onde o sujeito dessa sociedade não se desnuda por coação externa, mas a partir

Todo e qualquer fluxo de informações assimétrico que produza uma relação de poder e domínio deve ser eliminado. O que se exige é, pois, uma iluminação completa e recíproca. Não só o inferior é supervisionado pelo superior, mas também o superior é supervisionado pelo inferior. Cada um e todos são expostos à visibilidade e ao controle e quiçá, adentrando inclusive a esfera privada. Essa supervisão total degrada a *transparente society* a uma sociedade de controle desumana, na qual todos controlam todos. Transparência e poder não se coadunam muito bem. O poder prefere velar-se no oculto, e a práxis arcana é uma das práxis do poder. A transparência é que derriba a esfera arcana do poder, sendo que a transparência recíproca só pode ser alcançada através de uma supervisão permanente, que vai tomando uma forma cada vez mais excessiva. Essa é a lógica da sociedade da supervisão. Além do mais, o controle total aniquila a liberdade de ação e leva, em última instância, à uniformização. A confiança, que produz espaços de ação pautados na liberdade, não pode simplesmente ser substituída pelo controle: ‘Os seres humanos têm de crer e confiar em seus senhores. Com essa confiança conferem-lhe uma certa liberdade de ação, renunciando a um constante exame e supervisão. Sem essa autonomia não é possível dar passo algum’. (HAN, 2017, p. 109-110)

Conforme a economia global aumenta seus horizontes de atuação em extensão e intensidade, as soberanias estatais são diluídas nesse fluxo de gestão global. Nesse estado de coisas, a ausência de um elemento assimétrico de poder é, como aduz Byung-Chul Han, apenas aparente. A imagem de uma globalização perenemente supervisionada por todos não dá lugar a um estágio pós-moderno de um pluri-individualismo igualitário mas, pelo contrário, encaminha os indivíduos a um uniformismo do controle desigual, a uma sociedade em que, segundo Han (parafrasando Hobbes), todos controlam todos.

Não sendo mais o Estado e a Constituição os personagens centrais da trama jurídica global, necessário se faz uma teoria jurídica suficientemente genérica que possibilite a verificação do direito sem decair em proposições abreviadoras e facilitadoras que apontam para um ou outro personagem juridicamente responsável. Em outras palavras, é preciso, em primeiro lugar, logicizar o jurídico de modo a encontrar seus possíveis pontos de contato com o não-jurídico e, a partir disso, esboçar, e segundo lugar, algo como uma ontologia da soberania contemporânea. O ferramental teórico para a primeira dessas tarefas encontra-se em um livro chamado *Teoria Pura do Direito*, publicado originalmente há quase um século por um jurista chamado Hans Kelsen.

2 O CARÁTER ANTI-HIPOSTÁTICO DA TEORIA PURA DE HANS KELSEN

O filósofo do direito e jurista Hans Kelsen, nascido no antigo Império Austro-Húngaro, em 1881, foi um dos pilares do chamado juspositivismo. Produziu grande parte de seus escritos na primeira metade do século XX, sendo o livro *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, de 1934 (reeditado em 1960), não só seu livro mais conhecido, mas um dos livros mais importantes para os estudos do direito e da filosofia do direito no decorrer de todo o século, acolhido por alguns e rejeitado por outros. Não à toa, em seu prefácio à primeira edição, Kelsen diz – em comentário

de uma necessidade gerada por si mesmo; onde, portanto, o medo de renunciar à sua esfera privada e íntima dá lugar à necessidade de se expor à vista sem qualquer pudor” (HAN, 2017, p. 106-110).

àqueles que já dialogavam com sua teoria pura desde antes da publicação do livro – que “não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar, ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados especiais” (KELSEN, 2009, p. X).

O problema teórico-jurídico que motivou Kelsen a elaborar sua teoria do direito foram as hipostasiações jurídicas, isto é, a sublimação de certos elementos das teorias do direito como hipóstases do poder, como pontos de costura originários e fundamentais do direito. Isso ocorre, por exemplo, com o Estado (KELSEN, 1998; 2009; 2012). Ao se atribuir ao Estado o atributo de origem do direito o que se faz é, de fato, legitimar toda legislação a partir de sua vinculação a uma pessoa jurídica fictícia reconhecida como Estado. O problema é que o Estado, enquanto construção jurídica, só existe dentro das relações normativas estabelecidas por um determinado sistema jurídico. As relações de poder entre unidades políticas distintas são entremeadas por diferentes variáveis na trama da política, da economia e da sociedade, sendo impossível reduzi-las a tais ficções jurídicas.

O esforço de Kelsen é no sentido de expor essa fratura entre o dever-ser e o ser, isto é, entre o direito enquanto conjunto normativo e tudo aquilo que a ele escapa. Se não se toma esse cuidado de distanciar o conjunto de normas dos processos práticos de constituição das relações jurídicas, a apreensão do direito envia-se por uma ideologia jurídica legitimatória. A tarefa da teoria pura é, portanto, reduzir o direito ao seu elemento normativo, de modo a revelar e evitar as hipostasiações legitimantes que dele podem decorrer.

Já na abertura de seu livro, o autor explica em que consiste seu título, “Teoria Pura do Direito”. Ela é (1) uma *teoria geral* do direito positivo que, apesar de não se preocupar em interpretar normas, fornece uma teoria da interpretação em seu último capítulo. Além disso, ela é (2) *ciência jurídica*, e não política, de modo que se propõe a responder à questão “o que é e como é o Direito?”, sem se preocupar como ele deve ser (segundo alguma moral), nem como ele deve ser feito (segundo alguma decisão política). Por fim, ela é (3) *pura*, pois quer separar a ciência jurídica de tudo o que não se possa determinar como Direito.

Como é possível falar que determinado ato, de determinado indivíduo, é um ato jurídico? A significação jurídica de um determinado ato não pode ser apreendida através dos sentidos, pois não é algo que imediatamente se apresenta de dado fenômeno. Um indivíduo que realiza algum ato, que o põe, relaciona a este um determinado sentido, que manifesta aos outros. “Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim” (KELSEN, 2009, p. 3). O que dá a este ato significação jurídica, o que faz com que ganhe um sentido objetivo jurídico, é a existência de uma norma que o

convalide como tal, uma norma que disponha sobre esse ato, e que torne possível uma interpretação normativa sobre ele.

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. [...] Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. (KELSEN, 2009, p. 5)

Nessa lógica, em que um ato de vontade pode prescrever uma conduta, existe uma separação radical para Kelsen. Entre o querer daquele que ordena um ato, e o dever daquele que age, se encontra um outro elemento: a norma. Em primeiro lugar, cumpre destacar preliminarmente que “norma”, para Kelsen, possui um sentido amplo, abarcando não apenas as normas jurídicas como também as normas morais; ambas constituem o dever-ser. Além disso, “norma” no sentido jurídico não se reduz à “Lei”, mas engloba todo o espectro criativo do direito – leis gerais, leis locais, decisões judiciais, decisões executivas, decisões parlamentares, a Constituição etc. –, desde haja uma norma autorizativa para tais criações.

Quando se refere às normas jurídicas, unidade central de sua *Teoria pura do direito*, Kelsen estabelece que tais normas possuem uma especificidade em relação às demais. São normas que, de forma autônoma ou de forma acessória, podem permitir, comandar ou proibir a ocorrência de uma sanção por parte de um indivíduo sobre outro. Sua especificidade está, portanto, no caráter coativo da sanção, que ganha proporções extraindividuais.

O ato de vontade só ordena na medida em que produz norma, na medida em que é um ato normativo. E, como visto, o que autoriza um ato de vontade do ser a produzir uma norma é outra norma. O ato de vontade e a norma que o autoriza e que lhe constitui o sentido objetivo se encontram em registros diversos, pois, “a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (KELSEN, 2009, p. 6). Por estar o ato de vontade autorizado por uma norma, não há que se falar que a norma criada a partir dele seja um dever-ser que advenha diretamente do ser.

Todo ato de vontade, apesar de ocorrer no registro do ser, possui, desde que vise a conduta de outrem, um sentido subjetivo de dever-ser. Para que o ato em questão seja normativo, porém, seu sentido subjetivo de dever-ser deve ser endossado por alguma outra norma; só então terá sentido objetivo de dever-ser. E em relação a esta norma, Kelsen aponta que “um *mínimo de eficácia* [...] é a condição da sua vigência” (KELSEN, 2009, p. 12, grifo nosso).

Levando em conta essa separação, Kelsen estabelece um limite jurídico para a sua teoria, criando uma hipótese normativa para fundamentar a validade do ordenamento. Entende ele que as normas obedecem a uma certa hierarquia, de modo que as normas individuais se fundamentam em

normas gerais, e estas se fundamentam na Constituição. Constituição, para Kelsen, possui um sentido estritamente normativo, seja ela escrita ou consuetudinária. O problema se encontra no momento seguinte: o que fundamenta uma Constituição? Da mesma forma que Schmitt entende que a única destruição constitucional se dá com a troca do detentor do poder constituinte (SCHMITT, 1982), Kelsen entende que, conquanto não haja uma ruptura, um intervalo revolucionário, a Constituição pode se fundamentar na Constituição anterior, e assim sucessivamente, até se atingir a primeira Constituição histórica.

E o que fundamentaria a primeira Constituição histórica, ou a primeira Constituição revolucionária “pós-ruptura”? Não existe uma única resposta para esta questão, mas a resposta mais genérica, e a única possível para um sistema normativo puro, privado da influência de outros campos do saber, é a de que a ordem jurídica sustentada por esta Constituição sob análise é eficaz, ou seja, de que os órgãos e sujeitos dessa ordem conduzem-se, de um modo geral, segundo as normas desta ordem. E da eficácia, de acordo com o jurista austríaco, decorre a necessária pressuposição de sua teoria pura de que esta primeira Constituição histórica, e as normas emitidas sob seu fundamento, são juridicamente obrigatórias. Em outras palavras, não sendo possível encontrar um fundamento ou motivo para a existência e o funcionamento do direito, Kelsen pressupõe uma norma hipotética, que ele nomeia como *norma fundamental (Grundnorm)*: uma norma não positiva, no sentido jurídico, mas hipotética; uma pressuposição inerente à sua teorização jurídica (KELSEN, 2009, p. 50-51; 2001, p. 213-221).

Kelsen sabia muito bem que, para sair do labirinto da fundamentação lógica, é necessário um pressuposto assimétrico que se ponha como pano de fundo contra os demais elementos. Sem essa circunscrição lógica, a fundamentação é, evidentemente, infinita, já que pode – no caso das teorias jurídicas – recair do direito para qualquer outra área do espírito humano.

É a norma fundamental pressuposta, enquanto hipótese do dever-ser, que permite à ciência jurídica apreender a eficácia de dado ordenamento não como pressuposto, mas como *condição*, de sua existência. A eficácia não teria, portanto, nenhuma relação de continuidade em relação à validade, tendo em vista que ambas permanecem em diferentes registros – ser e dever-ser – de modo que é possível ao cientista do direito circunscrever seu âmbito de análise normativa separando fundamentalmente o dever-ser jurídico de suas condições fáticas.

Na separação do juridicamente normativo e da sua obediência, Kelsen lida com a relação entre o jurídico e o não jurídico da forma mais radical dentro do âmbito do positivismo, posto que evita fundamentar o Direito a partir de qualquer outra coisa senão do simples fato de que ele existe, isto é, Kelsen fundamenta o Direito a partir de sua própria validade – validade esta que é condicionada pela eficácia, mas que não a pressupõe, já que o ordenamento jurídico é, para a teoria

pura do direito, um todo normativo fechado em si mesmo.

Kelsen objetivou, quando da construção de sua teoria pura, combater as hipostasiações presentes nas mais diversas teorias do Estado de sua época. A concepção de que o Estado ou a constituição são assimetricamente superiores ao direito, por exemplo, decorre diretamente das abstrações ocasionadas pelo constitucionalismo. Do caráter absolutamente formalista e equânime do direito decorre, inevitavelmente, o elemento assimétrico. A hipostasiação do direito é o principal problema que engendra a solução de Kelsen, sendo a legitimação dissimulada do Estado ou da constituição contornados, em sua ciência jurídica pura, pela norma fundamental hipotética pressuposta. Esse caráter puramente lógico e exageradamente genérico atribui à teoria pura a qualidade de sistema teórico capaz de esboçar e demarcar o direito em suas mais diversas transformações.

3 A TEORIA PURA COMO MODELO PARA LEITURA DA SOBERANIA FRATURADA DA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

Na conjuntura do tempo acelerado, o “esquecimento” se torna quase impossível. Ao mesmo tempo, porém, o esquecimento é a condição para esta conjuntura. O aparente paradoxo se resolve na compreensão de qual é o *status* desse universo de informações materializado em uma infinidade de dispositivos secretos (as tecnologias de governo), velados (os gigantescos servidores do quais temos notícias, mas jamais vemos) e cotidianos. A sociedade da transparência impede toda forma de esquecimento ao inscrever uma infinidade de dados em um canal físico-metafísico, invisível, mas totalmente visível, real e imaginário. Toda a materialidade das experiências históricas é guardada nessa rede e é nela sublimada. Ganha estatuto não apenas de passado, mas de futuro. Toda essa economia do esquecer para ser eternamente lembrado implica em seu anverso: manter eternamente lembrado para continuar esquecendo.

Esse esquecimento das experiências contemporâneas foi, portanto, ontologicamente esquecido. O próprio esquecimento naturalizou-se na forma do acúmulo de passado, que carrega consigo uma intensa aceleração do presente, que perde seu lugar para um futuro repetidamente prometido e frustrado. Na tentativa obsessiva de se incluir com cada vez mais precisão todos os futuros possíveis nos cálculos do presente, e de se acumular experiências passadas como objeto para a manufatura e retroalimentação de grandes algoritmos, futuro e passado transparecem como perpétuo presente.

O que se tem com a passagem do século XVIII para o XIX é uma mudança qualitativa no estatuto do esquecimento, em que o próprio esquecimento foi esquecido. A compreensão histórica não tem mais espaço para a noção de esquecimento, apesar do amálgama das experiências

esquecidas. Recuperar o inesquecível é recuperar isso que se ignora e que se finge não ter ignorado.

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. (AGAMBEN, 2016, p. 54)

A transparência carrega consigo o *arcanum* dos dispositivos de captura. Se apenas 2,5% dos chips de alta tecnologia produzidos são direcionados ao mercado (COCCO, 2019), existe um excesso invisível de memória e de antecipação nas mãos dos protagonistas da economia mundial e de suas diversas governanças. A nova face da biopolítica do século XXI carrega consigo um elemento virtual passível não apenas de prognosticar o futuro, mas de conduzir e impor suas próprias previsões, alterando constantemente o liame entre passado e futuro. Não há mais a ideia de estrutura fixa de um passado, mas a repetida reinscrição de novas lembranças do passado em novas promessas de futuro, em novas personificações da ideia de *progresso*.

Não é nenhuma surpresa o fato da condução da História por meio da mídia nos últimos dois séculos e meio. A preponderância dos *media* cada vez mais globais e cada vez detendo maiores responsabilidades foi o que assustou Guy Debord (1997) em seu clássico de 1968. As velocidades informacionais de hoje, no entanto, nem se comparam às de 20 ou 30 anos atrás. Se a instável reescrita da História governa ideologicamente as relações humanas ao menos desde o século XIX, ao século XXI resta somente a impossibilidade de unificação das narrativas. A consequência jurídica é um crescimento nunca antes visto da economia e da técnica frente ao direito, uma submissão dos ordenamentos jurídicos aos cálculos tecnocratas.

Hoje, o globo como um todo está se transformando em um único panóptico. Não existe um fora do panóptico; ele se torna total, não existindo muralha que possa separar o interior e o exterior. Google® e redes sociais, que se apresentam como espaços de liberdade, estão adotando cada vez mais formas panópticas. Hoje, a supervisão não se dá como se admite usualmente, como *agressão à liberdade*. Ao contrário, as pessoas se expõem *livremente* ao olho panóptico. Elas colaboram intensamente na edificação do panóptico digital na medida em que se desnudam e se expõem. O presidiário do panóptico digital é ao mesmo tempo o agressor e a vítima, e nisso é que reside a dialética da liberdade, que se apresenta como controle. (HAN, 2017, p. 115-116)

Nessa sociedade em que as bases jurídicas se dissolvem e se indeterminam, uma abordagem do direito deve ser suficientemente fechada em si mesmo para revelar em pormenor que não há soberano e nem mesmo fundamento jurídico necessários. A teoria pura permite uma tal abordagem que, mesmo sendo, a princípio, um exercício teórico puramente jurídico, estabelece, porém, as bases formais para uma crítica histórica dos desígnios da soberania.

É importante notar o quão cético é Kelsen a respeito das hipóteses de justificação soberana. Em 1960, em plena Guerra Fria, o jurista afirma categoricamente que da mesma forma que a noção

de prevalência das soberanias estatais sobre o direito internacional é um sofisma de uma ideologia imperialista, a noção prevalência do direito internacional sobre as soberanias estatais é um sofisma de uma ideologia pacifista. E que ambas favorecem, segundo o autor, o ideal de soberania ilimitada e de liberdade de ação dos Estados (KELSEN, 2009, p. 386). Que a gestão global instaurada nos anos 1980 alcançaria níveis de controle e biometria tão elevados, ele não poderia prever. Mas que essa internacionalização favorece a ilimitação da soberania de alguns Estados-chefes, já era um problema entrevisto pelo jurista, e que a ideia de Estado-nação detentor da soberania máxima dentro de seu território tende a dissimular.

O esquecimento das experiências é, também, o esquecimento da própria ideia de passado enquanto passado e de futuro enquanto futuro. Tudo é cada vez mais presente e, sendo passado e futuro gradativamente incluídos nos cálculos da gestão global. Todo prognóstico torna-se uma certeza profética, e não há soberania estatal que sobreviva à soberania supranacional dessa gestão mundial, agenciada pelos principais agentes econômicos e pelos órgãos de política externa das potências econômicas. Nesse quadro, as soberanias deslocam-se para cima, em direção ao globalismo gestor, ou para baixo, em direção às brutalidades locais. O que se desenha é um conjunto de poderes fraturado e pouco visível, com seus segmentos pouco delineados. É necessário, portanto, que uma teoria do direito suficientemente genérica inclua em seu sistema que o que se esconde por trás dos panos da sociedade da transparência é um esquecimento assimétrico a qualquer outro, um esquecimento do esquecimento – ou, nos termos de Agamben, um “inesquecível”.

CONCLUSÃO

O progresso enquanto progresso do conhecimento humano deixa fora de si os processos de exclusão da sociedade, e o que a vontade de não retrocesso social teme é que esta cisão: que o progresso deixe por um instante de operar. O anverso do progresso como tradição da humanidade reside na “escravidão anônima de seus contemporâneos” (BENJAMIN, 2013, p. 13), na sua impossibilidade de transmissão da tradição dos oprimidos. Se da evolução do trabalho pode-se obter a ideia de progresso pela exploração capitalista, tem-se que o retrocesso social é sumariamente ignorado pelo direito. E se se pode arriscar uma analogia, este contingente de retrocesso social (sem o qual o progresso não poderia existir) é invólucro daquele fenômeno de fetichismo da mercadoria. Toda progressão da história da humanidade, por piores que sejam seus efeitos colaterais, é naturalizada, fantasiada como necessária.

Neste ponto, em uma breve retomada do que foi analisado, inicialmente se introduziu o problema do esquecimento na contemporaneidade. Ele (o esquecimento), não diz respeito apenas à consciência do não-lembrado, mas sim às imagens de um excesso que se dissolve nas formações

sociais de maneira inconsciente, tal como uma memória muito antiga e remota, da qual já não se tem qualquer lembrança: ele acompanha aquilo que foi esquecido pela naturalização do seu ato.

No segundo momento, foi abordada a teoria pura kelseniana. A opção pela teoria pura foi no sentido de se possibilitar a exposição do problema das hipóstases na análises jurídico-científica. Tal objetivo foi o mesmo que induziu Kelsen em sua teorização (evitar naturalizações ou hipostasiações). Essa redução permite ao cientista do direito encontrar as irrupções transcendentais dentro de uma lógica aparentemente horizontal, que não ignora a existência fática do elemento assimétrico, mas pressupõe um plano fechado e determinado.

No momento seguinte, a teoria kelseniana foi analisada a partir do problema do esquecimento e da sociedade da transparência. Em compasso com o esquecimento das experiências e da presentificação do futuro e do passado, a contemporaneidade dissolve as noções tradicionais de soberania em um conjunto soberano fraturado. A teoria pura kelseniana possibilitaria a análise desse conjunto ao reduzir as relações jurídicas a um modelo puramente normativo, evitando, desse modo, dissimulações do que diz respeito às relações de poder.

Ao final, fez-se algumas considerações conclusivas a respeito da relação entre a sociedade da transparência com o esquecimento da sociedade atual. A desvinculação assimétrica entre passado, presente e futuro define o tempo da absoluta proximidade sem prognósticos que mantenham estáveis aos deslocamentos acelerados, ao frequente esquecimento das experiências e em benefício do progresso. Das cisões do tempo fraturado emerge uma invisível assimetria, que se expressa na forma de desenvolvimento e liberdade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O que é o contemporâneo? In: AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória: Uma genealogia teológica da economia e do governo*. Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2012

AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: Um comentário à carta aos Romanos*. 1. ed. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum: Sobre el método*. Tradução para o espanhol de Flavia Costa e Mercedes Ruvitoso. 1. ed. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. 2. ed. Traduzido por João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

BENJAMIN, Walter; LÖWY, Michel. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. 1. ed. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das

- teses de Benjamin por Jeanne-Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da república*: livro primeiro. Tradução, introdução e notas de José Carlos Orsi Morel. Revisão da tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011.
- COCCO, Giuseppe. SE19 – A Razão Neoliberal no Brasil Periférico. *Youtube*, 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QDOXNylO0BU&t=3405s>. Acesso em: 9 de abril de 2020.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HAZARD, Paul. *Crise da consciência europeia*. Tradução e notas de Óscar de Freitas Lopes. 1. ed. Lisboa: Edições Cosmos, 1948.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Organizado por Richard Tuck. Edição brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas S. M. C; SANTOS NETO, Arnaldo B. (coords.). *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. 1. ed. Tradução de Luciana Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Eduerj; Contraponto, 1999.
- KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.
- SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 1. ed. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

DANO EXTRAPATRIMONIAL: BREVE ANÁLISE DO DIREITO TRABALHISTA ANTES DA LEI 13.467/2017

Isabella Regina do Amaral SCHIO¹

RESUMO

Tendo em vista a reforma trabalhista de 2017 e suas inúmeras alterações nas regulamentações do direito do trabalho, chama atenção as modificações realizadas no título de direito extrapatrimonial. Por isto, o estudo se dedica a analisar o instituto dos danos extrapatrimoniais antes da reforma trabalhista, com um olhar mais detalhado do atual. Enfrentando a suposição de limitação do dano extrapatrimonial em dano moral ou estético. A pesquisa apresenta o dano extrapatrimonial como sendo gênero, dos quais danos morais e danos estéticos são espécies conjuntamente com uma infinidade de danos imateriais descobertas dia após dia. Posto isso, adentramos ao dano extrapatrimonial no orbe trabalhista, entendendo seu funcionamento quando as partes ativas e passiva são participantes de um contrato de trabalho, além de sua aplicação prática. Para o êxito do exposto, adotamos a metodologia histórica, expositiva e dedutiva com auxílio de doutrinas, jurisprudências e estudos em artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Danos Morais extrapatrimoniais

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho contemplou o dano de natureza extrapatrimonial em seus diferentes aspectos e métodos lesivos oriundos de uma relação de emprego, que reunidos possa resultar em atos de constrangimento moral à uma das partes do contrato de labor. Com efeito, a pesquisa optou pelo desvio da proteção da integridade patrimonial e física, revindo olhar mais concentrado aos danos imateriais.

O Direito nacional, como já é sabido, só fincou o posicionamento a respeito da probabilidade de indenização por danos morais nas hipóteses não regulamentadas por textos infraconstitucionais a contar da Constituição Federal de 1988. A hegemonia da década de 1980 era voltada a impossibilidade de suprir economicamente a avaria moral, salvo os casos expressamente positivados, como por exemplo os artigos 49 e seguintes do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Entretanto, esse traço obsoleto foi cessado com a promulgação da Lei Maior aos cinco dias de outubro do ano de 1988, quando em seu artigo quinto, dispositivo que trata dos direitos fundamentais ao indivíduo, dispôs aos incisos V e X seguidamente: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. isabellaschio@outlook.com

O dano imaterial oriundo da maculação de intimidade, imagem, honra e vida privada são manifestos de ocorrência nas relações de emprego, comumente partindo do empregador ao empregado. Seja qual for, os direitos imprescritíveis e irrenunciáveis a que trata o inciso X do artigo quinto da Carta Magna forma um composto de prolegômenos que incitam a dignidade psíquica de um ser humano, os quais podem ser espécime a autoestima, autorrespeito, honradez da imagem entre outros, estes quando afrontados por uma das partes compostas de um contrato de trabalho gera o afamado dano moral ou extrapatrimonial trabalhista.

Neste passo, a reparação de ofensa moral é perfeitamente aceita sobretudo com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana na Declaração internacional de Direitos Humanos, o qual o Brasil é signatário. Cabe ressaltar que, além do tratado e da norma infraconstitucional trabalhista, os danos morais recebem assento constitucional como já supracitado. Em razão disso, todo e qualquer ato discriminatório e atentador aos direitos de personalidade de um indivíduo componente de um contrato de trabalho, pode empolgar a ação de indenização por danos morais.

Sabemos que o dano extrapatrimonial é conhecido e acolhido pelo direito o trabalho, não obstante, com a vigência da Lei 13.467/17, a Consolidação das Leis Trabalhista assumiu um repertório de mudanças significativas para o universo jurídico trabalhista, inclusive em matéria que concerne ao dano extrapatrimonial nas relações de trabalho.

É prematuro apontar tal acervo como reformismo ou involução, pois, para adoção de um posicionamento de extremos, é necessária uma análise pormenorizada, não só dos novéis dispositivos e da sua aplicação no caso em concreto, mas também do regulamento de dano moral trabalhista pretérito. Ora, para que entenda o contemporâneo de forma preferível, é preciso dominar a extrapatrimonialidade trabalhista pretérita. Tal dinâmica se dá na paráfrase do respeitoso historiador e geógrafo Heródoto: “é preciso entender o passado para compreensão do presente.”

Tecendo comentários acerca da matéria o presente foi distribuído em instantes de para sucessão lógica. Em precurso fez-se uma análise minuciosa do dano extrapatrimonial enquanto gênero, expondo as subvertentes possíveis de atuação, bem como os requisitos de caracterização. Em segunda tela, direcionado o dano moral ao ambiente trabalhista, ou seja, reproduz todo o apresentado no momento anterior, estritamente para as relações onde o autor e réu são componentes de um contrato de trabalho e tal ato lesivo ocorre durante a execução deste ou até por meio dele. Na sequência, após apresentação do dano extrapatrimonial e sua performance no direito do trabalho, encerrou em uma conclusão de como o ordenamento recebeu e positiva o direito material e o modo que ele realmente procede no caso em concreto.

Para tanto, foi utilizado a metodologia de pesquisa bibliográficas agregadas com o método histórico, expositivo e dedutivo, com o emprego de doutrinas e jurisprudências.

Levando em consideração que o trabalho é um dos atributos da dignidade do ser humano, é indispensável que tal assunto passe despercebido, pois, atualmente, o trabalho é uma das ignições da sociedade. Em razão disto, o presente estudo analisou a responsabilidade moral trabalhista no decorrer das execuções de contrato de trabalho e prestação de serviço, com a teleologia de decifrar se houve, de fato, uma reforma que reverencia aos princípios e diretrizes do Direito do trabalho, visando principalmente a proteção ao trabalhador, princípio mais importante do direito do trabalho, ou se o caso pode se caracterizar em mera *reforma in pejus*.

2 COMPREENDENDO O DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A contar do século XIX e XX, a esfera jurídica civil percorreu um caminho revolucionário em seus diversos institutos de direitos adquiridos. Em um redirecionamento de conceitos e subsunção, o ordenamento civil foi assumindo uma aparência contemporânea extraordinária. De forma inédita ao código que tutela as relações sociais, foi positivada a possibilidade de retorno do *status ad quo* após o sofrimento de dano moral de um indivíduo. O reconhecimento constitucional e doutrinário do dano moral e reparabilidade foi significativo para suprimir a ideia caduca e escabrosa de tutela jurídica voltada ao patrimônio, ou se por vez aquele fosse aceito, tão só se cumulado com lesão pecuniária.

Para tanto, o dano moral encontra-se entabulado como um dos danos passíveis de reparação do instituto de responsabilidade civil. Em que pese o título autoexplicativo do fenômeno da responsabilidade civil, é mister os esclarecimentos a respeito de seu conceito e natureza Jurídica. A expressão “responsabilidade” cuida a ideia de reparação, punição ou precaução segundo o qual o caso em concreto em que se encontrar. O fato é que independente de qualquer coisa que façamos, assumiremos uma responsabilidade em face de algo, alguém ou até a uma coletividade, mesmo que não tenhamos consciência disso, a responsabilidade civil produzirá efeito em nossas ações. Ela preserva a predisposição retrospecto, o qual somos responsabilizados pelo que fazemos, e uma diretriz perspectiva, atribuindo ao indivíduo uma escolha moral para que não seja responsabilizado legalmente no futuro.

Contudo, para adentrar a responsabilidade civil do presente estudo é imprescindível que esclareça qual dentro as responsabilidades serão abordadas e seus pressupostos. Já sabemos que se trata de um fenômeno gerador de obrigação a reparar um dano seja patrimonial ou não patrimonial, portanto, é necessário perquirir um efêmero critério para compreensão do dano decorrente da violação de direitos de outrem.

Já de longa data a responsabilidade civil é bifurcada em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. A grande distinção entre as duas vertentes encontra-se na presença

de uma disposição específica, fala-se em culpa. A teoria que carrega a responsabilidade extra-negocial subjetiva, além de trazer consigo os elementos básicos traz também a presença de culpa entre a prática da conduta e o dano causado, situação esta que não se vislumbra na responsabilidade objetiva.

No interior da responsabilidade civil subjetiva logrou a classificação tetrapartida das determinações necessárias para a caracterização, cujo elementos são: conduta; culpa; dano; e nexo causal. A conduta pode ser concebida por muitos doutrinadores como ato ilícito, conquanto, entendemos que para originar um ato ilícito é necessário que primeiramente haja uma conduta que ocasionou o ilícito, por isso entendemos não ser adequado tratá-los como sinônimo.

De forma sucinta, a conduta é uma ação de vontade humana que pode se exteriorizar como uma ação (conduta positiva) ou uma omissão (conduta negativa), quer seja voluntária, por imperícia ou negligência e que pode ocasionar diversos efeitos no mundo jurídico. Dando sequência aos elementos, o dano pode ser percebido como um prejuízo sofrido por um sujeito de direito em detrimento de conduta alheira, este prejuízo recai sobre um cenário não patrimonial ou patrimonial. O elo entre a conduta e o dano precisa ser é construído por uma relação entre a conduta do agente, que seja capaz de gerar o dano e o dano causado em face da conduta, em outras palavras é a associação de causa e efeito. Este elemento é indispensável para a caracterização da responsabilidade civil e pode ser identificado como o nexo de causalidade. Por fim, o grande diferenciador entre as duas classes de responsabilidade, é que na subjetiva, podemos identificar a presença de culpa.

Um conceito bastante satisfatório do elemento supracitado, inclusive serviu de inspiração para o artigo 159 do Código Civil, é dado por Clóvis Beviláqua (1940, p. 426): “a culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina a violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem”. Pode se extrair que a culpa acarreta sempre uma violação de um direito pré-existente da qual o sujeito ativo tem conhecimento disso. Com os quatro elementos já citados é amparada a responsabilidade civil subjetiva.

No tocante a responsabilidade objetiva, como não possui o elemento da culpa, entendemos por contentar-se somente com conduta, dano e nexo causal e como já expostos, não há a necessidade de extrair os conceitos novamente. Verifica-se pois, em situações que independe de comprovação de culpa, um exemplo a citar são os casos em que um filho menor deteriora um bem alheio faz com que seus responsáveis legais fiquem obrigado a reparar o dano à medida em que ele se estendeu, independente de culpa. É forçoso destacar, que a regra geral do Código Civil é a responsabilidade civil subjetiva, sendo a objetiva indenizada nos casos em que a lei dispõe.

Ante a concisa elucidação da responsabilidade civil e suas espécies, vale observar que se

deve haver uma ponderação da razoabilidade e proporcionalidade no que tange a responsabilidade civil legal e indenizável e a responsabilidade civil consuetudinária. Por exemplo, A, ao acessar sua rede social se depara com um texto em que B, dotado de espontaneidade, está difamando sua integridade e imagem perante os outros, sem motivação, de forma pública. Estamos diante de um cenário de visível responsabilidade civil subjetiva o qual o dano recai sobre a moral da vítima, ou seja, não patrimonial. Agora em outra conjuntura, A, figura política, ao acessar sua rede social se depara com um texto em que B, por espontaneidade, está difamando sua imagem e integridade, pois sua dinâmica de administração não o satisfaz. Trata-se de uma circunstância corriqueira em que A está exposto a passar por assumir uma figura pública.

Ademais, não obstante as classificações alçadas, é forçoso constatar que no quesito do dano, há uma subdivisão que conduz o plano indenizatório, qual seja, o âmbito extrapatrimonial, que devota as faces de danos indenizáveis não condizentes à lesão pecuniária do indivíduo e o dano patrimonial, que ocorre quando nossa conduta afeta o patrimônio de alguém. Em nosso estudo, nos preocupamos com o dano extrapatrimonial, em que muitos podem aludir ao dano moral, embora seja o mais comum, não é um sinônimo e sim uma subvertente, onde ainda pode-se visualizar dano estético, dano existencial entre outros.

Convém pôr em relevo que nosso objeto de estudo é o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, melhor, é a responsabilidade civil subjetiva praticada em um ambiente de trabalho e durante a execução de um contrato de labor. Caracteriza como subjetiva, pois neste caso é um ato em que uma das partes afronta o direito da outra, logo deve respeitar todo o devido processo legal para ter conhecimento se houve ou não a conduta delitiva para depois indenizá-la.

Não há o que confundir com a responsabilidade objetiva do empregador ao empregado quando este causa danos a outrem, conforme dispõe o inciso terceiro do artigo 932 do código civil, pois neste interim, a responsabilidade é fundada no requisito da alteridade (necessário para caracterização do vínculo empregatício), este princípio defende que o empregador deve arcar com os riscos da relação de emprego e isso pode se estender à obrigação de responder pelo seu empregado diante dos danos por ele causado no exercício do trabalho eu em face dele.

Face as considerações aduzidas e após a compreensão do instituto que enlaça o dano extrapatrimonial, conseguimos construir um sustentáculo. Entretanto, a orbe do dano aqui estudada é deveras desenvolvida, não se limitando apenas ao dano moral, que embora seja o mais comum, não é o único. A extrapatrimonialidade engloba um universo de direitos afrontados de natureza não pecuniária. Por esta razão, a presente tese compromete-se a analisar as espécies em que o gênero extrapatrimonial se revela no direito do trabalho e se há atuação das diversas castas da categoria supracitada.

2.1. Dano Extrapatrimonial Enquanto Gênero

Atualmente, o direito trabalhista dispõe em seu título II-A a expressão “do dano extrapatrimonial”, tal dito, por muitas vezes pode ser e é confundido com o dano moral. Na realidade são instituições diferentes, por essa razão, não se traduzem. O vocábulo extrapatrimonial é mais amplo e carrega outros institutos que são passíveis de reparações e que não são comumente explorados por nossos profissionais do direito, sendo pois, o dano moral apenas uma espécie do qual dano extrapatrimonial é gênero.

Em que pese o título adotado pelo legislador, a doutrina ainda se mostra tímida no que tange as espécies estudadas, pouco se conhece, pouco se explora. Tanto é assim que trata o dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, não está de todo errado, porém, acaba limitando um conteúdo amplo e importante em apenas uma das espécies do qual este gênero pode conter. Nesta esteira, o restrito conhecimento a respeito dos danos imateriais espelha em uma parca jurisdição acerca do tema, sendo pouco utilizada ou até dogmatizada que tal gênero abrange tão só dano moral ou danos estéticos.

Ante a sua acanha, as pesquisas e áreas dos danos imateriais não apresentam uma tabulação firme dos variados institutos que podem ser passíveis de pleito e estudo, por essa razão ainda (se é que pode existir) não possui balizas em seu conceito, devida tamanha amplitude e as genéricas situações que podem surgir. Isso também se funda no princípio do direito contemporâneo, onde o direito deve acompanhar a sociedade da forma como ela evolui, caminhando de mãos dadas com as novas áreas que podem ser constantemente descobertas e passíveis serem lesadas.

Com efeito, não temos na doutrina um material que compunha todos os danos extrapatrimoniais passíveis de reparação. Ao máximo poderemos encontrar algum que trate a extrapatrimonialidade enquanto gênero, o que já é um grande passo. Decerto, por entender o tema em contínua mudança e novos danos a descobrir, ou até por assimilar somente com os danos já descobertos e estudados pelo dano extrapatrimonial. O fato é o mote merece um olhar mais atento e explorador, não é à toa que o legislador optou pela expressão aqui abordada, afinal vivenciamos uma era de propagação de atos lesivos merecedores de tutela jurisdicional, cuja até o momento, a legislação não reflete abrigo positivo à medida que ocorre.

Não obstante, devemos reverenciar o grande avanço em nosso ordenamento jurídico quando do reconhecimento e acatamento constitucional da responsabilidade civil, contudo, é de grande importância abraçar na mesma intensidade a sua evolução e desdobramento. Ora, diante de tal cenário, a expressão e a indenização do dano moral são ultrajadas se comparada à heterogeneidade de situações que um indivíduo pode vivenciar. E mais, a cláusula aberta do artigo

186 do Código Civil dilata a tutela jurídica para os vastos tipos de danos, cabe à nos explorarmos estes institutos.

Nessa linha, o civilista e procurador Dr. Nelson Rosenvald, em um fabuloso texto publicado na plataforma digital do Migalhas², arriscou sua tese em uma tetra divisão dos danos extrapatrimoniais, sendo eles em: Dano Moral, Dano Estético, Dano Existencial e Dano a Imagem. Justificou o estudo em uma tentativa de alcançar algumas áreas inabitadas em nosso amplo mundo jurídico. Em uma coluna objetiva e sistematizada, discorre sobre a abertura em que a expressão extrapatrimonial pode alcançar, bem como, explica os quatro institutos espécimes.

O Ministro Desembargador do trabalho da primeira região do TRT, Enoque Ribeiro dos Santos³, por seu turno, defende que a Constituição não deve albergar todos os danos o qual o instituto da não patrimonialidade abarca, pois, por ser um dispositivo que tutela a dignidade da pessoa humana em seus diversos segmentos, não haveria a possibilidade de estabelecer quais as ações ou omissões que causem dano ou abuso ao direito de outrem ante a contemporânea e avançada evolução da sociedade e seus relacionamentos com os demais.

Já para a professora Judith Martins Costa, o dano extrapatrimonial deve abranger em sua extensão os danos à pessoa, personalidade, morais, à imagem, à saúde, integridade psicofísica, existenciais, estéticos e todos os demais danos que não atingirem o patrimônio do indivíduo, vejamos

[...] sendo mais ampla, a expressão danos extrapatrimoniais inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os danos ao projeto de vida, e ao livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive o prejuízo de afeição e danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.⁴

O presente estudo abraça a teoria supracitada de autoria do Ministro Desembargador Enoque Ribeiro dos Santos, entendemos por bem, após um vasto estudo, que há diversas possibilidades em que um indivíduo possa lesar terceiro e atingir através deste ato ilícito um bem jurídico não patrimonial mirado ao seu ser, sua essência enquanto humano, seja ela externa, interna, desde que seja em seara não pecuniária. Não entendemos o dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral, como defende o Desembargador do Trabalho da Terceira Região do Tribunal, Sebastião Geraldo de Oliveira, quando redigiu em seu artigo

[...] que as denominações dano moral ou dano extrapatrimonial são praticamente sinônimas,

2 <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>

3 https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116283/2017_santos_enoque_dano_extrapatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y

4 MARTINS-COSTA Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, mar. 2001. v. 19, p. 194.

uma vez que expressam o mesmo fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro. A mudança terminológica não altera o conteúdo do que já está devidamente cristalizado na ciência jurídica, até porque a simples troca de rótulo não muda o conteúdo essencial, como já consagrado no vetusto brocardo jurídico *verba non mutant substantiam rei*.⁵

Tanto é assim que o legislador quando do dispositivo 223-C, grafou ser de responsabilidade das indenizações por dano extrapatrimonial toda afronta a honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física (BRASIL, 2020). Então, ao seguirmos o pensamento do respeitável Dr. Sebastião, como já alçado, seria o mesmo que limitarmos o dano moral em tradução à ofensa a todos os bens jurídicos retro citados.

Sendo o dano moral, aos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado como a “violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – e sua respectiva indenização reparadora”⁶, ficaria sem amparo constitucional os bens jurídicos da liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física. Então, é raso e incorreto o entendimento de que os danos extrapatrimoniais é sinônimo de danos morais.

Ante o exposto, é de tremenda importância adentrarmos as subclasses em que o gênero da extrapatrimonialidade pode englobar, o que será a prioridade do estudo subsequente.

2.1.1 Dano Morte

De início, este tópico aborda o dano morte como sendo mais uma corrente dos danos extrapatrimoniais. Não há previsão para o dano morte no ordenamento jurídico brasileiro e também é ignorado pela doutrina e jurisprudência, se o interesse exposto pelas variações de contextos que abraça o dano extrapatrimonial é bem vago, para um dano que sequer tem previsão observamos até escassez de conteúdo. Entretanto, é um seguimento do dano imaterial e que será abordado por nós, pois ao nosso entendimento, se um ato afrontoso à sua aparência física, ao seu patrimônio, à sua honra pode gerar indenização, por que um ato lesivo à própria vida, que é o bem jurídico supremo, não poderia seguir a mesma vertente?

Para melhor compreendermos o dano morte a Dra. Camilla Cavalcante, em um espetacular artigo alusivo ao dano morte dispõe,

“A responsabilidade civil ocupa-se de funções que a torna hábil a sancionar, prevenir e reparar danos causados àqueles cujos bens juridicamente relevantes foram violados. Neste turno, sendo o direito à vida um bem supremo, reconhecido desde as primeiras cartas em defesa dos direitos do homem, é certo que um dano causado ao bem vida é alvo de sanção/reparação pela ofensa ocasionada/ sofrida. Ancorados neste ponto de vista,

5 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 de novembro de 2017 = Extrapatrimonial labor damage after law n. 13.467/2017, changed by MP n. 808, of november 14, 2017. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 333-368, nov. 2017.

6 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 125, p. 5 e ss., nov. 1999.

consideramos a indenização do dano morte como *longa manus* da proteção do direito à vida, pois a mais profunda e mais grave violação a este bem resulta no fim da existência humana, aplicáveis, portanto, os institutos aos quais a responsabilidade civil se destina.”⁷

Partindo desta premissa e dos conhecimentos da responsabilidade civil, temos o dano morte como característico de uma situação o qual um indivíduo por ação ou omissão cessa o ciclo natural de terceiro, mesmo que de forma culposa.

Para discorrermos um pouco mais sobre os aspectos do dano morte, é necessário que seja estabelecido os termos legais para a vida. O direito à vida pode ser intitulado como direito essencialista, pois em lógica, a vida é o requisito da maior parte dos direitos fundamentais e adquiridos. Tanto é assim que a “regra elementar” da sociedade consiste em não causar dano a outrem, seja na pessoa de quem se fala, quanto no patrimonial dela. Por esta razão encontramos assento infraconstitucional e constitucional ao direito de viver, haja vista, a condição primordial e estruturante da personalidade.

Ora, temos uma Constituição humanística, voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o direito à vida nada mais do que a premissa necessária para que um ser goze de personalidade, parece-nos lógico então, além da tutela jurídica para os institutos essenciais da personalidade de alguém, a defesa do direito crucial à todos os demais.

A propósito, observamos a guarida jurídica à título de compensação patrimonial aos familiares e pessoas próximas ao “*de cujus*”, como por exemplo, o artigo 948 do Código Civil consagra aos parentes da vítima a indenização referente a despesas com funeral e o tratamento médico do falecido no lapso entre o ato lesivo e o enterro. Também, no mesmo dispositivo observamos a chamada pensão de alimentos para todos que eram amparados pelo finado, essa pensão tem duração na média da vida provável da vítima. E mais, além da reparação patrimonial, em alguns casos, a família ou pessoas próximas do morto tem direito ao dano proveniente do “luto da família” também encontrada no mesmo artigo, que nada mais é do que o dano moral suportado pela cessação do ciclo natural da vida de alguém.

Adiante, se observarmos os demais dispositivos perceberemos mais casos antagônicos, em outro exemplo, os artigos 949 e 950 ambos do Código Civil, há uma compensação à vítima em casos de lesão à saúde e integridade física da vítima, inclusive em casos que este venha a ficar impossibilitado de exercer seu ofício e demais obrigações.

Sobreleva notar que dano morte é percebido não pela morte em si, mas pela perda da oportunidade de viver, causado por fato a qual não deu causa. É um dano autônomo, pois apesar da vítima *de cujus* não poder pleitear, pode ser demandado por terceiro, incorporando a indenização ao patrimônio da vítima. Ele também pode ser concebido em cumulação, subjetivamente com o dano

⁷ Revista IBERC, v. 2, n. 2, p. 1-19, disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/issue/view/5>

sofrido por ricochete, e de forma objetiva com os danos patrimoniais passados.

Não há o que se falar em dano morte ser confundido com o dano moral para os familiares e próximos do falecido, visando que aquele é direcionado para o falecido, em vista à lesão ao bem supremo que é a vida, e como não poderá receber, transfere-se aos familiares. Já o dano moral é destinado aos familiares.

A compensação pelo dano morte é uma observação futurística, pois como já dito, nosso ordenamento não oferece tutela para o direito essencialista que é a vida e isso nos chama atenção, pois nota-se proteção jurídica positivada aos outros bens jurídicos minimalistas, se comparado com o bem jurídico da vida. Embora não vislumbramos tal instituto na Constituição, é um estudo bastante interessante que pode ser esmiuçado e até adentrado ao nosso conjunto normativo.

2.1.2 Dano estético

Trataremos aqui do dano estético, espécie de dano extrapatrimonial, pois afronta à integridade física e a saúde de um indivíduo. O dano recai em um objeto não pecuniário, não patrimonial. Diferente do estudado no tópico anterior, o dano estético é desinibido quanto a prática e quanto a ocorrência. É um dano efetivo e notório, expressivo em sua essência. Uma pessoa lesada pelo dano estético apresenta uma metamorfose interna ou externa irreversível ou efêmera aparente em seu corpo. Portanto, o dano estético deixa marca no corpo da pessoa, deixa sentimentos físicos e até morais no lesando, resultando em prejuízo estético e funcional, em determinados casos, pode até privar o indivíduo de situações que ante o dano era capaz de realizar.

Viceja grande discussão a necessidade de que o dano estético deve ocasionar ao lesado um abalo psíquico em consequência do fato danoso, ou seja, a lesão só ensejaria a indenização por danos estéticos, caso este fosse tamanha a prejudicar o psíquico ou moral da vítima. Não obstante, é uma via abstrata a adotar, pois pode haver casos em que o dano aparente não precisamente irá abalar sua moral ou psíquico, como por exemplo um lutador de boxe que sofre um dano estético em um acidente de carro, poderá pleitear os danos estéticos e os danos materiais, visto que a cicatriz ou a deformação estética é bastante presente em sua vida profissional.

Para configuração e mensuração do dano, é necessário analisar o estilo de vida, sexo, ideia, função laborativa etc. Pois, somente assim teremos uma percepção dos impactos que o dano causou a vida da pessoa. É comum na maioria dos casos os pedidos cumulados de danos estéticos com danos morais, haja vista o sentimento de humilhação em decorrência da dor suportada, seja provocada pela recordação do ocorrido ou até pela lesão, havendo uma interligação entre o dano moral e o dano estético em causa e consequência. Contudo é importante destacar que são danos autônomos e independentes entre si positivado, inclusive, na súmula 387 do STJ. O dano moral

tutela o psíquico de um indivíduo de atitudes ilícitas que podem ocasionar um estrago moral indenizável, será estudado com detalhes em outro tópico, conquanto o dano estético é um dano extrapatrimonial que estende a sua reparação não só ao externo, como também ao interno, mesmo que não possível a visualização, como são nos casos de doença resultada do ato originário do dano.

Posto isso, é mister esclarecer que o ato ilícito que cause deformação ao interna ou externa de um indivíduo pode ser conceituada como dano estético. Entretanto é necessário distinguir o resultado de um simples desagrado, por exemplo um ralado no joelho, de um dano grosseiro.

2.1.3 Danos morais

É a expressão mais célebre, muitas vezes confundida com o próprio gênero, tamanha atuação no âmbito jurídico. Não obstante a popularidade, é irônico a interminável discussão para encontrar um conceito jurídico-legal para o assunto. Dotado de complexidade, há vários conceitos doutrinários, mas nenhum até então adotado pela norma infraconstitucional. É oportuno consignar que o termo é herdado do direito francês, em que pese os ditos serem semelhantes, as tutelas são essencialmente distintas. Para o direito francês, o dano moral está intimamente ligado a questões espirituais e intelectuais, já para o direito brasileiro, o dano moral abarca uma segurança jurídica para a moral e ao psíquico fazendo um elo com a ética e os bons costumes. Talvez, seja este o motivo das tentativas diversificadas e algumas até inconversáveis de definir o dano moral.

O suporte constitucional para o pleito dos danos morais pode ser vislumbrado ao inciso V do artigo 5º da Constituição Federal: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”. E também ao inciso X do referido artigo: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Também é encontrado suporte infraconstitucional para o dano mora, a que nos interessa, o disposto no Código Civil, nos artigos 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete o ato ilícito”.

Talvez a tarefa penosa de conceituar o dano moral ocorre no simples fato de definirmos a moral de alguém. Devido as constantes evoluções da sociedade e do Direito moderno, é instável positivar um conceito que apresenta um contínuo aperfeiçoamento.

Para Levada (1995, p.23-24)

Dano moral é a ofensa injusta a todo e qualquer atributo da pessoa física como indivíduo integrado à sociedade ou que cerceie sua liberdade, fira sua imagem ou sua intimidade, bem como a ofensa à imagem e à reputação da pessoa jurídica em ambos os casos, desde que a ofensa não apresente quaisquer reflexos de ordem patrimonial ao ofendido.

Já nos ensinamentos de Orlando Gomes (1976, p.332) “é o constrangimento que alguém

experimenta em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem”.

Walmir Oliveira da Costa (2004, p. 33) arriscou o conceito de dano moral a partir da distinção deste com o dano material

Há distinção entre o dano moral e dano material. O dano moral é aquele que atinge o ser humano em seus valores mais íntimos, causando-lhe lesões em seu patrimônio imaterial, como a honra, a boa fama, a dignidade, o nome etc., bens esses que, em sua essência, isto é, considerados em si mesmos (do ponto de vista ontológico), não são suscetíveis de aferição econômica, mas, sim, seus efeitos ou reflexos na esfera lesada. O dano material, ao contrário, lesa bens corpóreos que são suscetíveis de valoração pecuniária.

Zannoni (1993, p.290) explica que

O que define o dano moral não é a dor in si, nem os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que ensejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de interesses não patrimoniais reconhecidos a vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se que há doutrinadores que defende o dano moral, em suma, como um ato ilícito contra o direito de personalidade, premente deixarmos claro que este é o entendimento majoritário da doutrina. De outra banda, há quem entenda o dano moral como uma ofensa à clausula geral de tutela da pessoa humana, à demonstrar que tal corrente não prevalece, pois se levarmos em consideração a súmula 227 do STJ, percebemos que as pessoas jurídicas também são passíveis de sofrimento moral, logo não restringindo a matéria indenizatória somente às pessoas naturais.

Todavia, ainda não pode tratar o tema como pacifico na doutrina, mas partindo-se da corrente majoritária, que é adotada na presente pesquisa, o dano moral está acoplado aos direitos fundamentais do indivíduo, qual seja, o direito de personalidade ou também chamado de direitos personalíssimos.

Qualquer pessoa está sujeita a sofrer dano mora, é um dano livre, inclusive para pessoas com pouca abstração mental, nascituro e pessoa jurídica, como já citado. Para o passivo com baixa abstração mental, entende-se que possuem menor capacidade de entendimento e conseqüentemente de conhecer de uma ofensa moral. Ao contrário, por suportarem devida diversidade, acabam por ser sujeito à danos morais em uma escala maior quando comparado a pessoas consideradas com uma mentalidade sadia. É um tema bastante controverso, boa parte dos pesquisadores adotam a teoria de somente uma pessoa com o mínimo de consciência possível, seria capaz de suportar danos morais, excluindo do polo passivo os inimputáveis.

Outrossim, o nascituro também poderá ter sua moral ofendida s observarmos o que dispõe o segundo artigo do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascituro com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos de personalidade”. No que tange ao dano moral praticado contra pessoa jurídica, atualmente, o entendimento predominante é de que a pessoa

jurídica é dotada de moral pelo reconhecimento social e reputação que protege em razão do exercício das atividades econômicas, logo, fere-se a honra objetiva da pessoa jurídica. Nesta vereda, Pontes de Miranda (1981, p.79) analisa “As pessoas jurídicas possuem direito ao nome, a reputação. À ofensa à reputação da pessoa jurídica é a ela, e não aos membros da sua diretoria, ou há ofensa à reputação dela e a dos membros da sua diretoria”. Além do exposto, a Lei Maior não limita os danos extrapatrimoniais causados a pessoa jurídica, por esta razão entendemos que a pessoa jurídica pode ocupar o polo passivo dos danos morais.

Verifica-se ainda a possibilidade de uma coletividade sofrer danos morais instantaneamente, é chamado de danos morais letivos ou danos morais difusos, quando ofendido o patrimônio moral coletivo e indivisível.

2.1.4 Dano Existencial

É um novo cenário de danos extrapatrimoniais, por isso apresenta certo retraimento à doutrina e aos tribunais. Trata-se de uma nova espécie de danos extrapatrimoniais presente quando, após o dano sofrido, há uma diminuição na qualidade da vítima, não gozando das mesmas oportunidades e expectativas, pois o ato ilícito suportado impede de manter o ritmo que levava antes. Logo, é um dano conector intimamente com a frustração em face ao projeto e ao ritmo de vida do lesado.

Com efeito é visualizado o dano existencial ocasionado por umas mudanças radicais na vida do indivíduo, podendo ser de forma direta ou até indireta quando afeta a relação com a sociedade, alcançando uma auto insatisfação. A distinção entre o dano existencial e o dano moral pode ser entendida quando no primeiro encontra-se um impedimento de exercer as atividades da forma como planejou na esfera pessoal e social, já os danos morais são oriundos de uma situação ímpar de abalo da honra.

Desta sorte, é cristalino e constitucional a tutela jurisdicional do objeto do dano existencial, haja vista as consequências nítidas e apuráveis na qualidade e tranquilidade de vida de quem sofre. Por se tratar de um dano recém-descoberto, não há uma tutela autônoma e independente dos danos existenciais como nos já citados no decorrer do estudo.

3 A ATUAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Direito acaba por ser responsável em regulamentar as relações sociais para com harmonia, para isso estabelece todo o conjunto normativo regimentado em um ordenamento jurídico imperioso. Dentre as diversas relações positivadas do meio social, encontramos, em especial, as

relações possíveis entre o empregador e o empregado. Partindo-se da ideia de que na sociedade encontramos várias contendas, nas relações de trabalho não seria diferente, até porque o ambiente de trabalho é considerado um meio social. Nos muitos casos, os atos ofensivos surgem em razão da desigualdade de poder aquisitivo do tomador de serviço para com o empregado, mas está não é regra, como dito, há casos em que o patrão ocupa o polo passivo desta relação jurídica.

As controvérsias quando partidas do tomador de serviços merece um olhar mais atento, haja vista que o Direito também é responsável por promover a igualdade social, deve este, então, promover mecanismos para suprimir o desequilíbrio da determinada relação.

Entendemos que o trabalhador deverá arcar, pessoalmente, com o cargo que lhe foi atribuído, fazendo-se parte de um corpo organizacional. Para isso lhe é atribuído tarefas e deveres, submetidos a qualquer momento de supervisão disciplinar realizada pelo empregador ou por pessoa de confiança deste. Com isso, fica transparente a balança de valores em relação aos dois polos do contrato de trabalho, pois, enquanto um porta o poder de supervisão e contratação, pode-se desvincular, salvo quando a lei dispor ao contrário – leia-se em casos específicos e temporários, já para o empregado, expõe de forma indireta seus bens pessoais, ou seja, com a relação de dependência pessoa e financeira, arrisca seus bens pessoais (vida, honra, dignidade etc.).

Os danos extrapatrimoniais poderão ocorrer em esfera pré-contratual, ou seja, nas negociações preliminares a contratação, na fase contratual, execução do contrato de trabalho e até na fase pós contratual, após a rescisão do trabalhador. Em que pese o objeto do assédio moral ser semelhante com os de danos extrapatrimoniais, não será abordado no presente estudo, por se tratar de matéria de ordem penal.

Posto isso, não há o que se falar em impossibilidade de pleito de danos imateriais para o direito do trabalho. Os danos extrapatrimoniais provêm de uma intensa evolução e descobertas, que, se analisado à cada caso em concreto, pode ter habilitação para dirigir-se a seara trabalhista. Por exemplo, um trabalhador, no exercício de sua atividade laboral, sofre um acidente de trabalho. Deste infortuno, o trabalhador foi ferido permanentemente devido o diagnostico de paraplegia. Se analisado detalhes, visualiza-se o dano moral em razão do acidente, de sua honra e de sua dignidade; também o dano estético, em face de uma modificação corporal permanente; dano existencial por frustrar o projeto de vida da vítima, pois a partir de sua recuperação, terá uma realidade totalmente diferente da que estava vivendo.

Com efeito, os danos extrapatrimoniais devem respeitar a cada caso em concreto, não se trata de um acontecimento formal, deve-se analisar seus requisitos, suas mudanças e seus impactos na vida da vítima. Caso contrário podem ser desclassificados como dano para mero acontecimento. Isso também produzirá efeitos no quantum indenizatório, atualmente temos ao ordenamento

trabalhista uma tarifação dos danos extrapatrimoniais, contudo, a presente versa sobre a realidade dos danos extrapatrimoniais no direito do trabalho ante a vigência da Lei 13.467/17.

Por esta razão, era e ainda é necessário que o reclamante especifique o quantum indenizatório desejado por suportar o dano descrito na peça reclamatória (claro que, se moldado a realidade atual, o reclamante irá atender à tarifação de classificação dos danos sem leve, media ou grave, a ser julgada pelo magistrado). Esse valor, por mais complexo que seja de atribuir, é necessário para totalizar ao valor da causa. Neste sentido decidiu a 9ª Turma de Direito Público do TJSP em 05/05/1999, JTJ 220/229

O valor pretendido pelo autor, na ação de reparação de dano moral, é a importância a ser recebida por este, como moralmente lesado, e, conseqüentemente, o bem da vida, objeto mediato do pedido por ele pretendido, é o valor que deve ser atribuído à causa.

Outra questão a que se discute é a comprovação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho. Sabe-se que o dano extrapatrimonial existe *in re ipsa*, ou seja, é derivada de um ato ofensivo, de tal modo que se provada o ato, comprova-se o dano, levando em consideração as conseqüências que o ocorrido trouxe para a vida da vítima. Neste sentido, explica Roberto Brebbia (1967, p. 85), o problema da prova do dano moral, resolve-se de forma objetiva, comprovando o fato violador de algum dos direitos de personalidade.

Cabe então, ao ordenamento jurídico estabelecer a tutela quanto as ofensas de desigualdade, integridade física e moral, e um meio que se acolhe bastante é a utilização de prova pericial, produzida por profissional capacitado, para qualificar a existência do dano o nexo causal entre ele e a ação do agente ativo. Na realidade, esta é somente uma forma de tentativa de comprovação, ainda não logrou êxito uma forma de comprovação indubitosa, devido a complexidade e particularidades de cada caso.

CONCLUSÃO

Com a formação do estado contemporâneo, é necessária adoção de um Direito moderno que o acompanhe. Se assistido a história da aceitação e reconhecimento dos direitos de personalidade, entende-se o procedimento vagaroso e conservador de positivizar mecanismos de tutela jurídica para patrimônio não pecuniário.

Para proteção dos direitos dos indivíduos participantes de uma relação de emprego, a Carta Magna atribuiu a competência material da justiça trabalhista. Embora seja independente, o direito do trabalho utiliza de muitos dispositivos do Código Civil, sendo este utilizado até de forma subsidiária. Por esta razão, muito se discutiu a existência dos danos extrapatrimoniais na justiça do trabalho, quando antes era visto somente parra as relações sociais.

Filtrando ainda mais o assunto, o trabalho optou por seguir a via do entendimento da expressão extrapatrimonial moldada ao âmbito trabalhista. Vimos que a expressão extrapatrimonial não se restringe ao dano moral, como muito é confundido, os danos extrapatrimoniais abrangem qualquer dano reconhecido que atinja o bem jurídico alheio ao acervo pecuniário. Não obstante, é um tema pouco explorado e utilizado na prática forense, talvez até um grande erro e não utilizar das diversas vias em que o direito pode proporcionar ao indivíduo.

Para tanto, percorremos uma sequência de quatro danos extrapatrimoniais identificados pela doutrina, ampliando assim o panorama do gênero de dano extrapatrimonial. É forçoso destacar que os danos extrapatrimoniais também vão muito além dos quatro tipos aqui apresentado, porém focalizamos as atenções a estas espécies por ser passíveis de visualização mais fáceis do que as demais.

Por fim, como já citado, o presente estudo visa passar um cenário dos danos extrapatrimoniais passíveis de indenização na justiça do trabalho, e por se tratar de um tema novo, é pouco apreciado pelos profissionais do direito, avistando em alguns casos, a limitação do fato para somente o dano moral ou dano estético, quando na verdade, o bem jurídico distinto do patrimônio pecuniário, abrange uma atuação mais ampla.

REFERÊNCIAS

ABREU, Felipe Castelo Branco de. Danos Morais na responsabilidade civil do Estado: a fixação do quantum debeaturs segundo a jurisprudência do STJ. Jan. de 2015, s. pág. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/35320/danos-morais-na-responsabilidade-civil-do-estado>> Acesso em: 03 de Maio. de 2020

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 4ª Ed, V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BRASIL, Legislativo. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 16 de abril de 2020

BRASIL, Legislativo. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19 de maio. de 2020.

BRASIL, Legislativo. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em 19 de maio de 2020.

BRASIL, Legislativo. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 65 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL, Legislativo. Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2020

BRASIL, Legislativo. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 19 de maio de 2020.

BRASIL, Legislativo. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em 19 de maio de 2020.

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 29 de Maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1259>> Acesso em: 29 de maio de 2020

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Informativo. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/ojs>> Acesso em: 29 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em: 29 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientações Jurisprudenciais. Disponível em:< <http://www.tst.jus.br/ojs>> Acesso em: 29 de maio de 2020

BREBBIA, Roberto. El Daño moral. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires: 1950.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

COSTA, Walmir Oliveira da. Dano moral nas relações laborais. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil. 7ª Ed, Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil.

V.III. Responsabilidade Civil. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. Responsabilidade civil: novas tendências. Indaiatuba: Foco, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 7ª Ed. São Paulo, Saraiva: 2002.

LEVADA, C. A. S. Liquidação de danos morais. Campinas. Copola Editora, 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. O dano existencial na responsabilidade civil. Fevereiro, 2016. Genjurídico. Disponível em: < genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 02 de junho de 2020

MIRANDA, Pontes. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. 2ª Ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1981.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTR, 2012, 3ª Ed.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, apud SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. São Paulo: Saraiva. 1974,

RAMPAZZO SOARES, Flaviana. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga. Novo Tratado de Responsabilidade Civil 4ª Ed. São Paulo. SaraivaJUR, 2019.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007 [i.e] 2017, da reforma trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 62, p. 62-69. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116283/2017_santos_enoque_dano_extrapatrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 de out. de 2020

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TST. Consulta Processual. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>> Acesso em: 19

de abril de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2006. 7ªed.

ZANNONI, E. A. El daño em la responsabilidade civil. 2ª Ed. Buenos Aires, Astreia, 1993.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños: daños a las personas (integridade psicofísica). 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996

DAS CONTRIBUIÇÕES DOS FEMINISMOS ÀS TEORIAS DO DIREITO

Iris Rabelo NUNES¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo aproximar as teorias feministas às teorias do Direito, com a intenção de analisar como as primeiras contribuem às últimas, analisando assim o Direito sob uma perspectiva de gênero. Considerando a efervescência das pautas feministas na atualidade, objetiva-se verificar se o Direito pode ser utilizado com instrumento ou se constitui óbice à emancipação feminina, entendida como superação da subordinação das mulheres/ opressão do patriarcado. Para tanto, procede-se à pesquisa bibliográfica das principais teorias feministas e do Direito utilizando o método dedutivo. Desse modo, observa-se que as teorias feministas podem contribuir para o desenvolvimento de teorias legais, o que permite concluir que estas teorias deveriam ser mais exploradas na seara jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismos; Teoria feminista do direito; Filosofia do Direito

ABSTRACT

This article aims to compound feminist legal theories to legal theories, intending to analyze how the former contributes to the later, examining thus the Laws through a perspective of gender. Considering the effervescence of feminist subjects nowadays, it seeks to verify if the Laws might be used as an instrument or constitutes a barrier to female emancipation, understood as the overcome of female subjection/ patriarchal oppression. Therefore, it proceeds to bibliographical research of the main feminist legal theories and legal theories using the deductive method. In this way, it is remarked that feminist theories may contribute to the development of legal theories, what allows to conclude that such theories should be more explored in the juridic field.

KEYWORDS: Feminisms; Feminist Legal Theories; Legal Theories

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as contribuições dos feminismos ao estudo do direito, considerando as diferentes correntes de pensamento feminista em relação à filosofia jurídica.

Diversas teorias feministas buscam compreender como e porque as mulheres enfrentam uma posição estrutural de subordinação na sociedade em que vivemos caracterizada pelo patriarcalismo. Por sua vez, o direito perfaz uma das instituições basilares desta sociedade patriarcal e notadamente opera como parte deste fenômeno.

Desta forma, mostra-se curial analisar qual o papel do Direito neste debate e avaliar se ele pode ser utilizado como ferramenta para mudar o paradigma que sustenta a opressão do gênero feminino ou se apenas auxilia na manutenção da sociedade nestes moldes.

A partir desta análise surgem as teorias feministas do direito, que se dedicam a “abordar problemas centrais às sociedades, como a opressão e a violência legitimadas, expressa ou sub-

¹ Graduada em Relações Internacionais pela UNESP/Marília e em Direito pelo UNIVEM. Mestranda em Direito pelo UNIVEM. Linha de pesquisa: Construção do saber jurídico. Integrante do grupo de pesquisa DIFUNDE - Direitos Fundamentais, democracia e exceção na Era Digital. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para pagamento de taxas. E-mail: irisrabelonunes@gmail.com.

repticamente, pelas normas jurídicas, a racionalidade das instituições jurídicas fundada em um sistema de autoridade masculina, e a ideia de justiça desprovida de reflexões sobre a igualdade e a diferença entre homens e mulheres” (SANTOS, 2015, p. 295).

Considerando o exposto, este artigo tem como objetivo aproximar as teorias feministas às teorias do Direito, com a intenção de analisar como as primeiras contribuem às últimas, analisando assim o Direito sob uma perspectiva de gênero.

A efervescência dos movimentos feministas no último século contribuiu com as ciências ao introduzir reflexões sob um viés de gênero para compreender quais seriam as ferramentas institucionais que operam na manutenção das desigualdades entre homens e mulheres.

Partindo deste pressuposto, objetiva-se verificar se o Direito pode ser utilizado com instrumento ou se constitui óbice à emancipação feminina, entendida como superação da subordinação das mulheres/ opressão do patriarcado.

Nesta toada, este estudo utiliza o método dedutivo e procede à pesquisa bibliográfica dos estudos das principais correntes do feminismo e à análise das teorias do Direito com vistas a verificar as contribuições destas à Filosofia do Direito.

Apesar de todas as teorias feministas do Direito compartilharem entre si o objetivo de analisar a relação entre o Direito e a posição de subordinação que as mulheres ocupam na sociedade, existem diferentes correntes de pensamento que possuem visões diversas quanto ao assunto.

Ao longo do desenvolvimento dos feminismos, o pensamento teórico-legal peregrinou entre alguns posicionamentos.

Existem pensadoras que buscaram denunciar as maneiras que as normas jurídicas atuam para legitimar o tratamento desigual em relação às mulheres e impedi-las de acessar os mesmos direitos que os homens; outras estudosas pensaram em formas de reformular o Direito para que seja mais neutro em relação a gênero; algumas ainda pensaram em desconstruir o Direito para que não possa mais ser utilizado com vistas a subordinar um grupo em relação a outro; enquanto outras teorizaram utilizar estrategicamente o Direito como ferramenta para garantir a igualdade de gênero.

Desta forma, passa-se expor nos seguintes tópicos as principais correntes dos feminismos e suas concepções em relação ao Direito e, por fim, as principais teorias feministas do Direito.

2. DAS PRINCIPAIS CORRENTES DE FEMINISMOS E SUAS CONCEPÇÕES EM RELAÇÃO AO DIREITO

Conforme brevemente exposto nas notas introdutórias, não há se falar em um único movimento feminista, mas em diversos feminismos, cada qual com suas particularidades. Nas

palavras de Rabenhorst (2009, p. 24):

Falar de feminismo no singular, como fizemos até agora, é incorrer em grave equívoco. Não estamos diante de uma forma de pensamento unívoca ou de uma prática política homogênea. Ao contrário, o feminismo é uma arena de debates entre pontos de vista diversos e conflitantes que chegam inclusive a propugnar a própria desconstrução deste movimento.

Superada esta questão, cumpre esclarecer que existe na atualidade cinco principais correntes de feminismos, cada qual com suas especificidades e suas concepções em relação ao Direito, quais sejam: feminismo liberal, feminismo marxista, feminismo radical, feminismo cultural e feminismo pós-estruturalista ou pós-moderno. Para destrinchá-las nos próximos subtópicos, utiliza-se as anotações de Santos (2015) e Rabenhorst (2009).

As duas primeiras (liberal e marxista) são conhecidas como feminismos da igualdade, a terceira e a quarta (radical e cultural) como feminismos da diferença e a última (pós-estrutural ou pós-moderna) prega a desconstrução das características de sexo e gênero e introduz questões de interseccionalidade ao movimento feminista inaugurando novas categorias de pensamento como o transfeminismo, o ecofeminismo, o feminismo negro etc.

Além das correntes supracitadas existem muitas outras divisões e subdivisões que, inobstante sua relevância, não serão mencionadas no presente artigo, visto que esse busca apenas traçar um panorama geral quanto à matéria e não exaurir todos os posicionamentos relativos ao assunto.

2.1. O feminismo liberal

O principal objetivo do feminismo liberal é a busca pela igualdade formal, galgando por igualdade de direitos políticos e civis entre homens e mulheres ao lutar por garantias até então conferidas apenas aos homens tais como o sufrágio universal, capacidade jurídica, acesso à educação, ao mercado de trabalho com isonomia salarial, igualdade de direitos no casamento.

O fundamento teórico desta corrente tem suas bases no pensamento liberal e questiona o porquê de as mulheres não serem consideradas como cidadãos com o direito de fruir dos mesmos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que os homens.

O principal argumento desta corrente é o reconhecimento de que o Direito não tratou as mulheres em equiparação aos homens, pelo contrário constituiu-as como seres inferiores em capacidades físicas e racionais que merecem proteção (paternal) e não possuem condições de exercer os mesmos direitos e deveres.

Partindo do pressuposto de que os processos de socialização e educação concedidos às mulheres foram determinantes para rotulá-las como seres inferiores e, assim, provocarem a

desigualdade entre sexos, expõe-se que o Direito acolheu esta diferenciação opressiva e facultou aos homens a plena participação na vida pública da sociedade relegando às mulheres apenas a existência na esfera doméstica familiar. Assim, o Direito cumpriu um papel decisivo na construção do sistema patriarcal ao subordinar os atos da vida civil das mulheres aos homens, bem como criando leis discriminatórias que aumentam as desigualdades ao invés de combatê-las.

Como solução a esta questão, o feminismo liberal sugere que o Direito é um instrumento hábil a empoderar todos os sujeitos, almejando a equiparação da concessão de garantias legais a homens e mulheres para alcançar a igualdade entre os sexos.

2.2. O feminismo marxista

O feminismo marxista introduz a discussão quanto à relação entre a estrutura econômica do capitalismo e a desigualdade de gênero baseada na exploração sexual, reformulando a teoria marxista para inserir a questão da especificidade da condição feminina

Para esta corrente, a divisão social baseada na subordinação de classe e na subordinação sexual é uma decorrência lógica da base econômica material da sociedade, sendo o patriarcado diretamente ligado ao capitalismo.

Isso porque na obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, Engels concebe a subordinação das mulheres por homens e a instauração da propriedade privada como fatos simultâneos.

Neste aspecto, às mulheres seria relegado apenas o trabalho de reprodução da vida social e o trabalho doméstico não remunerado, impedindo-as de alcançar igualdade com os homens que tem acesso a trabalhos capazes de gerar riquezas.

Desta forma, via de consequência, a igualdade das mulheres somente poderia ser alcançada com a abolição da propriedade privada e com o fim da divisão sexual do trabalho.

Quanto ao Direito, nesta teoria, é identificado como um instrumento de reprodução destas estruturas: do capitalismo, do patriarcado e das divisões sociais de classe e de sexo.

2.3. O feminismo radical

Rompendo com a perspectiva igualitária trazida pelas correntes anteriores, o feminismo radical propõe um feminismo da diferença por perfilhar o entendimento de que o reconhecimento formal da igualdade jurídica entre homens e mulheres foi incapaz de alterar a posição submissa que as mulheres ocupam socialmente. Assim, o foco passa a ser as diferenças socialmente construídas na vivência dos sujeitos masculinos e femininos que implicam na dominação a partir do sexo.

Sobretudo, esta corrente inova ao trazer à baila o conceito de patriarcado como “um sistema de pensamento e uma prática social de afirmação do poder dos homens contra as mulheres, que se expressa principalmente sobre o corpo delas” (RABENHORST, 2011, p. 26).

Neste espeque as normas jurídicas, tidas como instituições do patriarcado, exercem um papel essencial na manutenção deste sistema e são responsáveis pela perpetuação da dominação das mulheres, uma vez que são moldadas a partir dos interesses masculinos. Desta forma, aponta-se que a mera afirmação dos direitos das mulheres é insuficiente para que os ordenamentos jurídicos promovam a igualdade.

Em conclusão, embora reconheça as conquistas jurídicas, esta corrente não vê no Direito uma estratégia para superação da dominação patriarcal.

2.4. O feminismo cultural

Igualmente marcado pela perspectiva da diferença, o feminismo cultural foca nas distinções dos processos de socialização e formação moral enfrentados por homens e mulheres, argumentando que esta diversidade gera diferentes formas de pensar e agir. Enquanto os homens seriam voltados para a verificação abstrata de um princípio universal em relação aos outros, utilizando uma intitulada “*ethics of justice*”, as mulheres se pautariam pela verificação concreta das especificidades de cada um, cunhada como “*ethics of care*”.

Pautada nestas diferenças, esta corrente percebe no Direito uma condição intrinsecamente masculina, verificada na prevalência de homens no universo jurídico e pela adoção de uma linguagem exclusivamente masculina, expressa em valores de racionalidade, objetividade, abstração e universalidade. Ou seja, o Direito baseia-se em critérios masculinizados e atua como parte do sistema patriarcal.

Desta forma, esta corrente compartilha o entendimento de que a mera reforma jurídica, com a insurgência de normas jurídicas voltadas para as mulheres, seria insuficiente para pôr termo à opressão vivenciada.

Faz-se necessário, portanto, reformular o Direito para que sejam aplicadas a lógica e a linguagem próprias do raciocínio feminino, introduzindo “estruturas horizontalizadas ou em rede, centradas na conciliação e na mediação e voltadas para soluções que incorporam o valor da emoção, das particularidades e da contextualidade do caso” (SANTOS, 2015, p. 303).

2.5. O feminismo pós-estruturalista ou pós-moderno

A correntes pós-estruturalistas colocam em pauta as questões identitárias, a partir do

pressuposto de que a compreensão de gênero e mesmo a distinção entre masculino e feminino é produto de um discurso de poder que objetiva oprimir e não empoderar.

Assim, o feminismo pós-estrutural ou pós-moderno lança o debate para o pluralismo, a instabilidade e a heterogeneidade das categorias normativas, criticando inclusive a própria noção do feminismo que supostamente traria uma ideia unívoca de mulher: branca, ocidental, heterossexual e cisgênero.

Tendo por base essa desconstrução da noção de sexo e gênero, esta corrente entende que o Direito por si só seria “opressivo para os sujeitos e, especialmente para as mulheres, não por ser essencialmente masculino ou sexista, mas por funcionar como um processo produtor de identidades fixas” (SANTOS, 2015, p. 304).

3. DAS TEORIAS FEMINISTAS DO DIREITO

Expostas as principais correntes feministas e as concepções que cada uma delas possui em relação ao Direito, este estudo passa a debruçar-se sobre as teorias feministas desenvolvidas especificamente para a análise da relação entre o feminismo e o Direito, as chamadas Teorias Feministas do Direito, ou como algumas autoras preferem, pensamento jurídico feminista, por entenderem que “essa ênfase exclusiva no aspecto teórico não dá conta da amplitude e da complexidade do fenômeno” e “sua existência e consolidação exige muito mais que uma sofisticada e criteriosa reflexão filosófica e/ou conceitual da realidade, pois envolve também a prática” (DA SILVA, 2015, p. 89).

Não obstante a nomenclatura, este artigo passa a analisar as três principais teorias feministas voltadas à análise jurídica, sendo elas a de Frances Olsen, a de Carol Smart e Catherine MacKinnon.

Novamente cumpre destacar que não se encerra aqui o rol de teorias feministas do direito, pois há muitas outras pensadoras que se debruçam sobre a questão. Contudo, este estudo escolheu por elencar apenas estas autoras para que se exemplifique algumas das principais linhas de pensamento, não objetivando esgotar a amplitude de teorias feministas do direito já desenvolvidas.

3.1. O dualismo de frances olsen e o direito

Frances Olsen publicou sua teoria feminista do direito em 1995, na obra de dois volumes intitulada “*Feminist Legal Theory: foundations and outlooks*”, mais difundida no Brasil após 2000 com a publicação da tradução em espanhol de um de seus capítulos no compilado argentino “*Identidad femenina y discurso jurídico*” sob o título “*El sexo del derecho*” (OLSEN, 2000).

A teoria de Olsen baseia-se na evidenciação de padrões dicotômicos, tais como racional/irracional, ativo/passivo, pensamento/sentimento, razão/emoção, sendo que estes pares dualistas são sexualizados e hierarquizados, sendo o lado “masculino” considerado superior ao “feminino” (CAMPOS, 2011).

Nesta toada, ainda que a Justiça seja representada como mulher, o Direito é considerado “masculino”, posto que “é racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens consideram a si mesmos” (OLSEN, 2000, p. 140, tradução livre).

Isso acontece porque as práticas sociais, políticas e intelectuais que deram origem ao Direito foram, por muito anos, monopolizadas por homens, enquanto as mulheres foram excluídas das práticas jurídicas. Assim, em seu desenvolvimento, em uma espécie de círculo vicioso, foram valorizadas e perpetuadas estas características consideradas “masculinas” (OLSEN, 2000).

A partir desta constatação, Olsen categoriza as estratégias feministas em três classes: 1) as que se opõem à sexualização dos dualismos e lutam para identificar as mulheres com o lado superior (racional, ativo etc.); 2) as que aceitam a identificação das mulheres com o lado irracional, passivo etc., porém rechaçam a hierarquização traçada pelos homens por considerarem estas características tão boas ou até melhores que as outras, e; 3) as que rechaçam tanto a sexualização quanto a hierarquização dos dualismos, a que a autora nomeia *androginia* e objetiva quebrar os padrões apresentados por este pensamento dicotômico.

Por fim, a autora subdivide as críticas feministas ao Direito também em três categorias, a saber: 1) reformismo legal; 2) direito como ordem patriarcal, e; 3) teoria jurídica crítica.

Na primeira categoria, a de reformismo legal, enquadram-se os movimentos feministas que criticam a afirmação de que o Direito é racional, objetivo, abstrato e universal, embora concordem que este polo dual (racional, ativo etc.) é superior ao outro (irracional, passivo etc.). Olsen descreve que estas feministas sustentam que se o direito fosse de fato racional, objetivo e universal poderia atender as reivindicações femininas. Não o sendo, a luta desta categoria é para assim torná-lo (OLSEN, 2000).

Para a autora existem meios de alcançar a reforma legal desejada: 1) a denúncia de desigualdades formais; 2) a denúncia de casos em que a igualdade material é denegada; 3) a denúncia de modelos “assimilacionistas” ou “masculinos”, e; 4) a denúncia da ausência do direito nas esferas domésticas (OLSEN, 2000).

Na segunda categoria, a do direito como ordem patriarcal, estão aquelas que aceitam que o direito é racional objetivo e universal, porém rechaçam a hierarquia dos dualismos. Para a autora, as feministas que compartilham deste ponto de vista caracterizam o direito como masculino e patriarcal e, por isso, ideologicamente opressivo em face às mulheres (OLSEN, 2000).

Neste campo não há uma perspectiva de que o direito possa ser reformado e “para eliminar o patriarcado, é necessário desafiar e transformar o paradigma do poder masculino do direito” (OLSEN, 2000, p. 151, tradução livre).

Por fim, a crítica inculpada pela terceira e última categoria, a da teoria jurídica crítica, concorda em parte e discorda em parte com ambas as posições anteriores. As que se filiam a esta categoria crítica acreditam que o direito pode ser reformado para que atenda as reivindicações femininas, porém entendem que o mero reformismo é insuficiente para destruir o sistema patriarcal. Por outro lado, concordam que o direito em si faz parte da ordem patriarcal, por ser frequentemente opressivo em relação às mulheres, porém não concebem que esta natureza seja imutável, posto que é uma prática conduzida pelo povo. Assim, se a estrutura social for alterada, o direito também poderá ser (OLSEN, 2000).

Olsen conclui que “sua esperança é de que, melhorando as teorias que utilizamos, poderemos compreender melhor o que está em jogo em questões como estas [concretas]” (OLSEN, 2000, p. 156, tradução livre).

3.2. A análise do poder do direito e o feminismo de carol smart

Carol Smart identifica-se como socióloga pós-estruturalista, enquadrando-se na corrente feminista pós-moderna. Suas obras mais significativas e que expressam sua teoria feminista do direito são “*Feminism and the Power of Law*” e “*Law, Crime and Sexuality*”, publicadas em 1995 e 1999, respectivamente.

A formação teórica da autora não advém do direito, tendo se aproximado da área em razão de suas pesquisas que relacionavam mulheres, crime e criminologia, na obra “*Women, Crime and Crimonology*” de 1976.

Smart compartilha da visão de que o direito como discurso hegemônico oprime não apenas às mulheres, mas, por produzir e reproduzir identidades de sexo e gênero, oprime a todos os sujeitos por genderizá-los e naturalizar as diferenças dos sexos.

Para a autora, o direito detém poder em razão de sua “pretensão de verdade”, por fazer afirmações que são suficientemente semelhantes às da ciência, apesar de possuir seu próprio método, linguagem e sistema de resultados, ganhando uma posição hierárquica superior dentre as demais formas de conhecimento (CASALEIRO, 2014).

Diante do poder que reconhece no direito, Smart caracteriza-o como um obstáculo considerável ao feminismo e defende que este movimento passe a encarar o direito não como “sexista” ou “masculino”, e sim como uma “estratégia” de gênero (CASALEIRO, 2014).

A cada um destes epítetos, Smart identifica um estágio da reflexão da teoria feminista a ser

superado, relacionando-os com o que entende serem as três grandes correntes dos estudos feministas, no seguinte esquema: feminismo liberal = “o direito é sexista”; feminismo radical = “o direito é masculino”, e; feminismo pós-moderno = “o direito tem gênero” (CASALEIRO, 2014)

A autora critica as correntes liberal e radical, acusando-as de essencialismo, por utilizarem falsas generalizações ou universalismo em relação às mulheres e seus interesses, desconsiderando suas especificidades por primarem discriminações com base no sexo e desconsiderarem outras, no que designa como “imperialismo de gênero” (CASALEIRO, 2014).

Por sua vez, propõe a superação das contradições intrínsecas a estas correntes e a adoção da ideia de que “o direito tem gênero”, arguindo que esta concepção permite analisar o direito como “um processo de produção de identidades de gênero em vez de, simplesmente, observar a aplicação do direito a sujeitos como um gênero *a priori*” (CASALEIRO, 2014, p. 44).

Isso porque, para ela, o direito não é responsável pela criação das relações patriarcais, e sim reproduz as condições materiais e ideológicas necessárias para a perpetuação destas relações.

Diante destas considerações, Smart opõe-se às correntes que pregam o reformismo legal, pois acredita que “o direito é mais suscetível de gerar prejuízos para as mulheres do que de gerar mudanças sociais benéficas” (CASALEIRO, 2014, p. 46), propondo que “a concretização da liberdade depende do desfazimento do binarismo gerador de gêneros polarizados e redutor das possibilidades de existência” (SANTOS, 2015, p. 305).

3.3. Mackinnon e a jurisprudência feminista

Catharine MacKinnon é advogada e professora de direito na Universidade de Michigan, inserindo-se na corrente do feminismo radical, e foca seus estudos na investigação das diferenças entre as condições sociais enfrentadas pelas mulheres, entendendo-as como naturais, rejeitando, porém, a hierarquização que coloca os homens em posição privilegiada (TAVARES; LOIS, 2018).

MacKinnon possui diversas obras teóricas que trouxeram à público suas concepções acerca da relação entre o direito e a opressão das mulheres, tais como “*Sexual harassment of working women*” (1979), “*Feminism, marxism, method and the State: toward feminist jurisprudence*” (1983), “*Feminism Unmodified: discourses on life and law*” (1987) e “*Toward a feminist theory of state*” (1989).

Com fulcro no feminismo radical, MacKinnon compartilha a visão de que as diferenças entre os sexos são pautadas na erotização da dominação e submissão, em que a estrutura social é alicerçada na dinâmica homem-sujeito-dominante *versus* mulher-objeto-subordinado.

Diante desta dinâmica antagônica, entende-se que é inviável a análise neutra, objetiva ou universal desta relação, sendo que qualquer conhecimento que pretensamente possua estas

características na realidade é construído a partir da perspectiva dos homens, ou seja, do grupo dominante, e, conseqüentemente acaba por invisibilizar a perspectiva das mulheres (TAVARES; LOIS, 2018).

Por conseguinte, por ser a primeira teoria feminista que não teria se baseado em teoria políticas previamente existentes (liberalismo e marxismo), o feminismo radical é a única corrente que vê a relação entre Estado e sociedade a partir da perspectiva das mulheres como grupo, dando à luz, assim, a uma teoria da determinação social de acordo com a especificidade dos sexos (TAVARES; LOIS, 2018).

MacKinnon entende que as correntes feministas anteriores acabam por se mostrar contraditórias em suas práticas por não entenderem que a violência contra a mulher é uma parte intrínseca do sistema patriarcal e que o Estado e o direito possuem um papel significativo neste sistema.

Seguindo esta concepção, o feminismo radical e a teoria de MacKinnon entendem que o Estado diz-se neutro e objetivo, mas na realidade reflete a visão de uma sociedade em que as instâncias de poder são dominadas pelos homens e “o direito, enquanto produto do Estado, reforça a divisão do poder que já existe na sociedade patriarcal e a traduz como objetividade científica, denominando-a de teoria do direito quando o que se tem é teoria masculina do direito” (TAVARES; LOIS, 2018, p. 161-162).

Para MacKinnon, esta realidade é escancarada na primazia do Estado no âmbito público e na sua exclusão no ambiente privado. Isso porque no âmbito doméstico é onde ocorre a “primeira esfera de restrição das mulheres. [De forma que] manter a liberdade em um espaço de confinamento é um paradoxo invencível” (TAVARES; LOIS, 2018, p. 162).

Utilizando-se o exemplo da violência sexual, fica claro como a sociedade é moldada à ideologia patriarcal e a redação das normas jurídicas que visam punibilizar tal comportamento não tem como objetivo a proteção da integridade física da mulher, mas apenas a violação do domínio de outros homens, sempre pautado na perspectiva masculina de consentimento ou de sua ausência.

Por esta razão, em acusações de estupro, a interpretação jurídica volta-se a primeiro observar o comportamento da mulher para avaliar se ela consentiu a prática sexual, ainda que tacitamente, para depois analisar se o homem teve que aplicar uma violência considerável para subjugar a vítima.

A autora aponta que as melhorias permitidas à condição das mulheres decorreram mais de alterações nas interpretações jurisprudenciais do que nas concessões trazidas pelas inovações legislativas, todas elas insuficiente para alterar o paradigma de dominação/ subordinação dos homens em relações às mulheres.

A título de exemplo, Tavares e Lois (2018) citam o recente repúdio jurisprudencial da tese de “legítima defesa da honra” que era difusamente aplicada para justificar o homicídio de esposas que houvessem praticado traição conjugal até o julgamento do RESP nº 1517/1991.

Cabe citar também que só recentemente a jurisprudência passou a admitir a existência de estupro marital, afastando a ideia de que ao praticar sexo sem o consentimento de sua esposa o homem estaria acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito e a esposa apenas cumprindo com o dever do matrimônio.

Desta maneira, MacKinnon prefere a utilização do termo “Jurisprudência Feminista” à “Teoria Feminista do Direito”, pois seria somente por meio da perspectiva das mulheres na análise de dispositivos legais que o direito poderia ser utilizado como instrumento para a libertação das mulheres do sistema patriarcal.

CONCLUSÃO

O presente artigo permitiu discorrer sobre as diversas correntes de feminismos e as concepções que cada uma delas possuem acerca do direito, não com a intenção de esgotar tão vasto assunto, mas ao menos com o escopo de trazer à luz um pouco deste debate tão escasso no meio jurídico.

Desta forma, após a exposição das cinco principais correntes do movimento feminista, foram trazidas à baila as teorias de Frances Olsen, Carol Smart e Catharine MacKinnon e a contribuição de cada qual para a construção das teorias feministas do direito.

A escassez de materiais e, conseqüentemente, de debate quanto ao assunto é facilmente verificável pela virtual inexistência de bibliografia sobre as Teorias Feministas do Direito em língua portuguesa e pelos raros artigos brasileiros dedicados ao tema.

Diante de todo o exposto, verifica-se que os debates dos feminismos em relação ao direito ainda se encontram muito distantes de uma conclusão ou mesmo de um consenso entre as diferentes correntes de pensamento, demonstrando-se que há azo para a fundamentação de mais e mais teorias feministas do direito, o que se espera tenha sido incentivado no decorrer deste estudo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, A. **O paradigma do gênero**. In: CAMPOS, C.H. (org.) *Criminologia e Feminismo*. (p. 19-80). Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

CAIN, P. *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*. **Berkeley Women's Law Journal**, v.4, 1989, p. 191-214. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1113361?ln=en> Acesso em 31 mai. 2020.

CAMPOS, C. H. **Razão e Sensibilidade: teoria feminista do Direito e Lei Maria da Penha**. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. (p. 17-28). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASALEIRO, P. O poder do direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart. *Ex aequo*, Vila Franca de Xira, n. 29, 2014 (p. 39-53). Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602014000100004&lng=pt&nrm=iso Acesso em 31 mai. 2020.

CISNE, M. Feminismo e marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 132, Aug. 2018 (p. 211-230). Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282018000200211&script=sci_arttext Acesso em 31 mai. 2020.

DA SILVA, S. M. Feminismo Jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*. Salvador, Vol. 04, n 01 – Jan-Mar, 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/download/25806/15668> Acesso em 31 mai. 2020.

MACKINNON, C. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Mass.: Harvard University Press, 1989

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Matrizes Epistemológicas da Ciência Jurídica. In: NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **O papel do ensino jurídico na reprodução do paradigma dogmático da ciência do Direito**. Tese Apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito. PUC/SP. 2003.

OLIVEIRA, T. G. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penhas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 1, 2017, p. 616-650. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n1/2179-8966-rdp-8-1-0616.pdf> Acesso em 31 mai. 2020.

OLSEN, F. **El sexo del derecho**. Trad. SANTORO, M. e COURTIS, C. In: RUIZ, A.E.C. (comp.) *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 25-42.

PATEMAN, C. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.

RABENHORST, E. R. O feminismo como crítica do direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6141> Acesso em 31 mai. 2020.

RABENHORST, E. R. Encontrando a Teoria Feminista do Direito. *Prim@ Facie*, v. 09, 2011, p. 07-24. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/9871/5578> Acesso em 31 mai. 2020.

SANTOS, M. F. Teorias Feministas do Direito: Contribuições a uma Visão Crítica do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*. Florianópolis, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/954/949> Acesso em 31 mai. 2020.

TAVARES, L.M.L.; LOIS, C.C. Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catharine

MacKinnon. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. Curitiba, v.2., n.2., p.151-170, Jul/Dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/1367> Acesso em 31 mai. 2020

EM BUSCA DO PROTAGONISMO: NOTAS SOBRE HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

Amanda Querino dos Santos BARBOSA¹
Luna STIPP²

RESUMO

Pauta das mais recentes discussões políticas do país, a participação popular tal qual se conhece hoje é fruto de muitos anos de evolução no Brasil. Através do método histórico – evolutivo, a presente pesquisa propõe uma breve passagem pela história brasileira, destacando os principais movimentos e lutas da sociedade a partir da primeira metade do século XIX, passando por eventos importantes como a transição do Império para República, bem como as lutas pela redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 até as manifestações populares de 2013. O trabalho é proposto com o intuito de revisitar eventos importantes da história da participação política brasileira, que culminaram no modelo político – participativo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; democracia; manifestações de 2013

ABSTRACT

On the agenda of the most recent political discussions in the country, popular participation as it is known today is the result of many years of evolution in Brazil. Through the historical - evolutionary method, this research proposes a brief passage through Brazilian history, highlighting the main movements and struggles of society from the first half of the 19th century, going through important events such as the transition from the Empire to the Republic, as well as the struggles for redemocratization and the promulgation of the Federal Constitution of 1988 until the popular demonstrations of 2013. The work is proposed in order to revisit important events in the history of Brazilian political participation, which culminated in the contemporary political - participatory model.

KEYWORDS: Constitution; democracy; 2013 demonstrations

INTRODUÇÃO

Para se compreender a realidade da sociedade democrática brasileira tal qual se encontra hoje, necessário fazer o exercício de percorrer os caminhos traçados para se entender de que forma se deu o desenvolvimento no decorrer de sua história.

A história do Brasil é comumente ensinada com amparo em uma série de lutas e movimentos, levando a acreditar que o desenvolvimento da sociedade brasileira, assim como de

- 1 Advogada. Doutoranda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro (2013). Pesquisa Democracia e a importância da Participação Popular bem como do fortalecimento das instituições para a efetivação dos Direitos Fundamentais e consolidação do Estado Democrático de Direito.
- 2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2012) e mestrado em Ciências Jurídicas. pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2017). Doutorado em andamento em Ciências Jurídicas. pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018), bolsista CAPES. Atualmente é professora da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura e atua como conciliadora no CEJUSC/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: reserva do possível, pessoa idosa e direito social à saúde.

qualquer sociedade, esteve sempre atrelado às reivindicações de certos grupos, escrevendo a história e percorrendo a trajetória até os dias atuais.

Na intenção de uma melhor compreensão da atual sociedade brasileira, a pesquisa propõe uma breve passagem pela história, destacando os principais movimentos e lutas da sociedade, o que significaram a construção da cidadania no país.

A pesquisa não tem a pretensão de realizar a reconstrução histórica das lutas da sociedade civil, restringindo-se a destacar importantes movimentos que influenciaram à dinâmica participativa do país.

Neste intuito, o trabalho apresenta eventos relevantes, com início na primeira metade do século XIX, onde as grandes lutas e reivindicações eram movidas pelo desejo pela libertação da metrópole. Já na segunda metade do século XIX, o destaque é para os movimentos acerca da questão dos escravos, bem como destaca-se a demarcação do papel das forças armadas e o movimento republicano, que resultou na transição do Império para a República.

Já no século XX, o grande destaque vai para as lutas pela redemocratização, as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 e o avanço da cidadania nos anos 90 com a ideia de democratização da gestão. Por fim, a pesquisa trata das manifestações contemporâneas, especialmente as manifestações populares de 2013, apresentando as características dessa nova fase da participação política no país.

OS PRINCIPAIS MOVIMENTOS DO SÉCULO XIX

O Brasil adentrou o século XIX com uma grande herança de lutas e movimentos e o desejo de libertação da metrópole. As lutas e os movimentos pela Independência, com destaque para a Inconfidência Mineira (1789) são eventos importantes para a construção da cidadania sociopolítica do país. Para a autora Maria da Glória Gohn, considerando as condições econômicas do Brasil e as dificuldades de comunicação, as revoltas e lutas narradas na história do Brasil constituíram atos revolucionários (2011, p.23).

A primeira metade do Século XIX foi marcada pelas lutas, movimentos e rebeliões nativistas e pelo radicalismo democrático e popular. Os movimentos da época tinham dificuldades de se estabelecer no poder, sendo frequentemente inibidos pelas forças imperiais da época. As lutas eram caracterizadas pela ausência de organização da pauta reivindicatória, destacando-se o fato de que a escravidão não era discutida dentro dos movimentos, mas somente a forma que estava organizada, sempre em favor dos interesses da coroa (GOHN, 2011, p.23).

A ausência de unidade e coerência no período de 1800-1850 propiciava que as elites dominassem com facilidade os manifestantes, criando muitas vezes conflitos entre as massas,

utilizando-as como instrumentos de manobra política e perpetuação no poder. A democracia ainda era um ideal longe de ser alcançado. A sociedade passou a sentir a dificuldade na realização dos ideais de solidariedade, fraternidade e igualdade, tanto pelas repressões sofridas pelas elites quanto pela incoerência entre os grupos.

Ainda neste período, destaca-se a importância da Independência do Brasil, ano de 1822, motivada pelo crescimento da “lusofobia” e do agravamento da crise nas relações com a Corte, onde o príncipe D. Pedro I chefiou um processo político que culminou na independência do país. Os dois anos que seguiram a independência, foram marcados pelo debate sobre a necessidade da aprovação de uma Constituição, necessidade esta que já vinha sendo discutida antes mesmo da proclamação da independência. Assim, num clima de incerteza política, dois anos após a independência, em 25 de março 1824, foi aprovada a primeira Constituição Brasileira (GOHN, 2011, p. 29).

A Constituição de 1824 vigorou até o fim do Império, definiu o governo como uma monarquia hereditária e constitucional, estabelecendo a existência da nobreza por títulos não hereditários concedidos pelo imperador. A religião católica romana era a oficial da época, não sendo permitidos cultos públicos a outras religiões. O voto era indireto e censitário e os escravos não eram considerados sequer brasileiros. Outra grande novidade da constituição de 1824 foi a instituição do Poder Moderador, fruto de uma ideia do francês Benjamin Constant, tal poder tinha a função de ser uma espécie de “judiciário dos demais poderes”, conforme se observa pela análise de Paulo Bonavides:

Nossa primeira “ditadura constitucional” ocorreu ao alvorecer do Império. Foi obra do Poder Moderador, configurando em verdade, um estranho paradoxo, do ponto de vista teórico, porquanto veio a ser exercitada precisamente por aquele Poder que havia sido concebido, teoricamente, pelo menos, como uma espécie corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e judiciário). O pensamento central de seu autor- o publicista Constant – era fazê-lo uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, investindo claramente nessa tarefa corretiva par por cobro às exorbitâncias e aos abusos suscetíveis de abalar a unidade política do sistema. Mas tanto na letra constitucional como na execução, os políticos do império lhes desvirtuaram o sentido e a aplicação (2000, p. 167).

O poder moderador no Brasil, significou uma grande concentração de poder nas mãos do imperador, considerado pessoa inviolável e sagrada, imune a qualquer responsabilidade (FAUSTO,1995, p.152). Datam ainda da primeira metade do século XIX, importantes acontecimentos como a Guerra da Cisplatina (1825-28), A Revolta da Balaiada (1830-41), Revolta dos Exaltados (1832), Movimento Cabanada (1832), Movimento Cabanagem (1835), Guerra dos Farrapo (1835-45), Sabinada (1837), Revolução Praieira (1847-49), dentre outros (GOHN, 2011, p.39).

A segunda metade do Século XIX foi especialmente marcada pelos movimentos acerca da

questão dos escravos, que lutavam por reconhecimento, cidadania, liberdade humana e identidade. A Lei Eusébio de Queirós (1850), foi a primeira conquista da comunidade escrava. Referido documento, que proibia o tráfico negreiro no Brasil, foi fruto tanto de pressões externas (especialmente da Inglaterra), quanto das revoltas constantes dos escravos no Brasil, especialmente na região da Bahia.

Para o autor Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra “Raízes do Brasil” (1995, p. 74), os anos de 1851 a 1855, foram marcados por uma febre de reformas como nunca se havia experimentado. Tais reformas foram marcadas pela inauguração em 1851 do Banco do Brasil, inauguração da primeira linha telegráfica na cidade do Rio de Janeiro em 1852, fundação em 1853 do Branco Rural e Hipotecário, abertura em 1854 da primeira linha de estradas de ferro do país, e o início da construção da segunda linha em 1855.

Na sequência das respostas das elites ao movimento escravista, em 1871 foi publicada a Lei do Ventre Livre, que tornou os filhos de escravos nascidos no Brasil livres. O movimento abolicionista foi se fortalecendo, durante os anos de 1878-1888, sendo que em 1880 a questão se generalizou, constituindo um verdadeiro movimento social. As lutas dos escravos foram árduas, porque a resistência dos fazendeiros sempre foi muito grande, logo, a abolição não foi uma concessão de qualquer setor ou grupo social, mas o resultado de uma luta dos próprios escravos, apoiados por alguns intelectuais e políticos. A Campanha abolicionista difundiu-se por todo o país e passou a contar com apoio popular. As províncias do Amazonas e Ceará decretaram a abolição em 1884 e em 13 de maio de 1888, a princesa regente D. Isabel assinou a Lei Áurea, esta que acabou com os cativos no Brasil, dando à princesa Isabel o status de “libertadora dos escravos” (GOHN, 2011, p.51).

A segunda metade do Século foi ainda amplamente marcada pela chamada “Questão Militar”, um dos fatores fundamentais para a proclamação da República em 1889. Os militares lutavam pela valorização do trabalho não escravo, tendo participado ativamente da campanha abolicionista, apoiando inclusive instituições de apoio à fuga dos escravos. Data desta época também, a demarcação do papel das forças armadas, que deviam agir sempre em nome dos interesses da nação. Para Maria da Glória Gohn, esta época marcou o início da “era dos golpes e revezamentos entre poder militar- fases de fechamento político- e poder civil – fases de abertura, democratização ou ditaduras civis” (GOHN, 2011, p.52).

Nesta toada, o Movimento Republicano, ou seja, a luta pela derrubada da Monarquia, foi um fato político intimamente associado à luta abolicionista e à questão militar. A proclamação da República se deu por meio de um movimento predominantemente militar, culminando com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 (FAUSTO,1995, p.235).

O momento de transição do Império para a República tratou-se da primeira grande mudança de regime político após a independência. Nas palavras de José Murilo de Carvalho (1987, p.11), tratava-se da implantação de um sistema de governo que se propunha a trazer o povo para o centro da atividade política. A República era apresentada para a sociedade como a introdução do povo nas questões do Estado. Assim, embora proclamada sem a iniciativa popular, o novo regime despertou entusiasmo pela camada frequentemente excluída da população quanto às novas possibilidades de participação.

Em 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana, inspirada no modelo norte-americano, consagrando a República Federativa Liberal. O documento estabeleceu o regime presidencialista; a Câmara dos Deputados e o Senado passaram a ser eleitos por sufrágio entre cidadãos alfabetizados. O texto consagrou ainda o direito dos brasileiros e estrangeiros residentes no país à liberdade, à segurança individual e à propriedade. A religião católica deixou de ser a oficial e o ensino público passou a ser leigo (GOHN, 2011, p.56).

O INÍCIO DO SÉCULO XX E O AVANÇO DA PARTICIPAÇÃO

O Século XX, desde seu início, trouxe uma nova roupagem às lutas sociais no Brasil. A ascensão da sociedade urbana renovou as pautas população, fazendo com que a cidadania se aperfeiçoasse ao longo dos anos. Para Décio Azevedo Marques de Saes (2001, p.391), o ponto de partida para a instauração da cidadania civil e política no Brasil é a revolução política burguesa, que, entre 1888 (Abolição da Escravidão) e 1891 (proclamação da Constituição republicana), reconheceu todos os agentes de produção como sujeitos individuais de direitos, mesmo porque, não haveria possibilidade de se concretizar a cidadania no modelo escravista imperial.

Durante a Primeira República, as lutas sociais urbanas passaram a ser mais frequentes no Brasil. Datam também desta época a expansão dos Sindicatos de Categorias e as significativas manifestações dos trabalhadores, que passaram a se organizar em busca de melhores condições de trabalho.

A primeira revolta popular significativa deste período data de 1904, conhecida como Revolta da Vacina. O movimento tratou-se da insurreição popular contra a obrigatoriedade por meio de lei, da vacinação contra a varíola. Segundo Nicolau Sevckenko (1984, p.5), referida revolta constituiu uma das mais pungentes demonstrações de resistência dos grupos populares do país contra a exploração, a discriminação e o tratamento espúrio a que eram submetidos pela administração pública nessa fase da história.

A população guardava uma memória negativa da campanha de vacinação anterior, contra a febre amarela, especialmente por conta dos métodos truculentos de aplicação (GOHN, 2011, p.67).

A Revolta se espalhou por todo o Rio de Janeiro, assumindo proporções incontroláveis que levaram à morte de dezenas de pessoas.

A Revolta da Vacina, guarda local de destaque na história brasileira, permanecendo como exemplo de movimento popular baseado na defesa do direito do cidadão de não serem arbitrariamente tratados pelo governo, deixando como legado o orgulho entre os que participaram, este que essencial para a formação da cidadania (CARVALHO, 1984, p.139).

Destaca-se ainda a emergência das camadas médias como protagonistas das lutas e manifestações nacionais especialmente na década de 1920, iniciando uma mudança e um empoderamento da sociedade civil organizada:

A emergência de uma nova conjuntura se torna clara por várias constatações. O número de greve cresceu muito, chegando entre 1917 e 1920, segundo os dados mais confiáveis, à casa dos cem, em São Paulo e mais de sessenta no Rio de Janeiro, afora pequenas paralisações não registradas pela imprensa. Os trabalhadores não pretendiam revolucionar a sociedade, mas melhorar suas condições de vida e conquistar um mínimo de direitos. O que não quer dizer que muitos não fossem embalados na ação pelo sonho de uma sociedade igualitária (FAUSTO, 1995, p.300).

Conforme análise de Boris Fausto, embora a principal motivação dos manifestantes não fosse o "bem comum", mas sim a melhoria de suas condições, essas primeiras experiências de participação foram de extrema relevância, pois ainda como narra o historiador: "o movimento operário ganhou a primeira página dos jornais e passou a preocupar a elite dirigente" (1995, p.300), influenciando o governo e a elite de uma forma geral na tomada de decisões.

A partir do ano de 1930, iniciou-se uma nova etapa na história do país. Gradativamente o meio urbano passou a ser objeto de políticas públicas, firmando a vitória do projeto liberal, em detrimento das elites rurais conservadoras. As classes populares, passaram nesta época a emergir, representando o coroamento de etapas de lutas dos trabalhadores e, embora tenham sido promulgadas como se fossem liberalidade do governo, na prática foram resultado das lutas da classe subordinada em geral. O movimento revolucionário de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder, teve como principal reivindicação, uma reforma política, defendendo ainda, as eleições secretas (SAES, 2001, p.398).

Em 1934, foi publicada nova Constituição brasileira, esta que adotou medidas de proteção ao trabalho. Assim como as anteriores, a nova carta magna, não contou com participação popular em sua elaboração, mas trouxe significativas mudanças econômicas e sociais, como a extensão do voto às mulheres, a universalização do direito à educação, importantes pautas à época. Todavia, o documento teve vigência interrompida, já que em 1937, com apoio dos militares, Getúlio Vargas deu um golpe de estado, instaurando a ditadura no país e instituindo ainda em 1937, a Constituição do Estado Novo, de inspiração fascista, importando em um grande retrocesso para o caminhar da

cidadania brasileira. O cenário foi recomposto em 1945, com a convocação de eleições gerais no país, e o recomeçar do desenvolvimento do país (GOHN, 2011, p.90).

Com a queda do Estado Novo, iniciou-se o processo de restauração do regime democrático e da cidadania no Brasil. O período de 1945-1964, corresponde a fase da história brasileira conhecida como populista, ou democrática, opção esta utilizada por Boris Fausto para denominar o intervalo. Esta fase foi marcada ainda, por uma forte intervenção estatal na economia, na busca pela acumulação de capital, bem como a busca pela inserção na sociedade, da população que havia migrado do campo para a cidade e encontrava-se marginalizada. Nas palavras de Maria da Glória Gohn:

O povo irrompe na cena política brasileira, pela primeira vez com algum poder de pressão. Os grandes centros passam a exigir novas políticas de controle social, tendo em vista que as velhas táticas coronelísticas, de forte controle a nível local, tornaram-se difíceis de ser mantidas nos grandes centros urbanos. (...) Os movimentos sociais desta fase foram muitos. As greves de operários e de setores do aparelho estatal, recém-expandido pelas necessidades da conjuntura, marcaram o período como um dos mais ricos da história do país em mobilizações e propostas sociais. Também culturalmente foi um período muito fértil, destacando-se realizações no cinema, na música (o surgimento da bossa nova) e no teatro (2011, p.91).

A Constituição seguinte é a de 1946, que é marcada por ser uma das mais liberais que o país já teve. A exemplo das anteriores, a participação popular não foi significativa em sua formulação, mas a Constituição foi importante, a medida que reestabeleceu vários direitos, bem como redefiniu o cenário político pregando a independência entre os poderes, instaurando ainda a autonomia dos Estados e dos direitos individuais. Ainda na fase populista, destacam-se as manifestações estudantis, os movimentos de associações de moradores, movimentos de agricultores sem terra, todos movimentos de grande repercussão, demonstrando que a sociedade havia despertado para a influência que suas atitudes geravam no Estado.

Infelizmente, a fase populista foi interrompida por mais um intervalo de repressão da sociedade, imposta pelo regime militar. Os militares em 1964, golpearam de uma só vez a democracia e a cultura de participação que vinha se solidificando no cenário brasileiro. Na análise de Boris Fausto, o movimento de 31 de março de 1964, tinha sido lançado aparentemente para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia, mas o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados de Atos Institucionais (AI). Eles eram justificados como decorrência "do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções", não assumindo o Governo, o status de ditatorial:

Embora o poder real se deslocasse para outras esferas e os princípios básicos da democracia fossem violados, o regime quase nunca assumiu expressamente sua feição autoritária. Exceto por pequenos períodos de tempo, o Congresso continuou funcionando e as normas que atingiam os direitos dos cidadãos foram apresentadas como temporárias (FAUSTO, 1995, p.465).

A economia da época passou a ser baseada em um plano denominado PAEG – Plano de Ação Econômica do Governo. Referido plano tinha como "objetivo" o combate à inflação, impondo medidas que afetavam direta ou indiretamente a vida da sociedade, especialmente por estabelecer o congelamento salarial e a restrição do crédito. A participação da população na vida política foi reduzida pela legalização das eleições indiretas, evidentemente manipulada pelos militares (RAMOS, 2011, p.).

Assim como em 1937, o Golpe de 1964 significou um grande retrocesso em todas as áreas da política-social brasileira, todavia, o período também foi marcado pela busca pelo efetivo protagonismo social, com a organização e fortalecimento da esquerda no país em detrimento da forte repressão e censura que vigoravam. Destaque para o Movimento Estudantil que se organizava e foi fundamental no posterior reestabelecimento da democracia.

Neste sombrio contexto ditatorial, foi aprovada a Constituição de 1967, formalizando a ordem estabelecida pelos militares em 1964, o documento foi caracterizado pela total centralização do poder. A eleição do Presidente da República passou a ser indireta e com voto descoberto. A autonomia dos estados foi restringida sendo cassados vários direitos de tributação. Regras de regime de exceção foram adotadas, levando à prisão e a cassação dos direitos políticos de inúmeros brasileiros (GONH, 2011, p.109).

O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO

A década de 1970 constitui um momento crucial, pois é quando se passa a organização de diferentes formas de luta contra a ditadura, e se passa a definir qual tipo de democracia se pretendia construir. A transição foi discutida no interior dos movimentos e da esquerda de uma forma geral, visando a construção de uma democracia que fosse efetivamente combinada com a justiça social (TEIXEIRA, 2013, p.25). Nas palavras de GOHN:

O período de 1975-1982 corresponde a um dos mais ricos da história do país no que diz respeito a lutas, movimentos e, sobretudo, projetos para o país. Ele corresponde a uma fase de resistência e enfrentamento ao regime militar, que já perdera sua base de legitimidade junto à sociedade devido à crise econômica que se esboçava desde 1973 (2011, p.114).

Narra ainda a autora:

Havia um clima de esperança, de crença na participação dos indivíduos na sociedade e na política. Havia também a crença na força do povo, das camadas populares, quando organizadas, para realizarem mudanças históricas que outros grupos sociais não tinham conseguido realizar no passado. Os moradores das periferias, das favelas, cortiços e outros submundos saem da penumbra e das páginas policiais para se tornarem os depositários das esperanças de ser novos atores históricos, sujeitos de processos de libertação e de transformação social (2011, p.114).

Neste contexto, nota-se uma emergência da participação no país, destacando o início dos

movimentos feministas, a criação da Comissão Pastoral da Terra, a retomada do Movimento Sindical, a continuidade das lutas do Movimento Estudantil, Movimento das Favelas, criação do Partido dos Trabalhadores, dentre outros movimentos e atos de protesto de grande repercussão. Para Leonardo Avritzer, a partir da década de 1970 observa-se o nascimento do que se convencionou chamar de "sociedade civil autônoma e democrática" (AVRITZER, 2009, p.28).

A noção de autonomia, também é ressaltada pela autora Maria da Glória Gohn, que explica que a autonomia era ainda um discurso estratégico para evitar alianças espúrias com grupos de pensamento autoritário. Participar das práticas de organização da sociedade civil significava ato de desobediência civil e resistência ao regime político dominante. Houve ainda uma pluralização dos grupos organizados, que antes consistiam basicamente em partidos políticos ou Sindicatos, se expandindo nesta época com o fortalecimento de outras instituições e associações (GOHN, p. 71).

Com a saída dos militares e o retorno dos processos eleitorais democráticos, a sociedade política, traduzida por parcelas do poder institucionalizado no Estado e seus aparelhos, passa a ser objeto de desejo das forças políticas organizadas. Novos e antigos atores sociais fixarão suas metas de lutas e conquistas na sociedade política, especialmente nas políticas públicas. Para Leonardo Avritzer:

Os anos de 1980 implicaram uma maior presença do associativismo e das formas de organização da sociedade civil na cena política. O auge desse movimento foi o processo constituinte. A constituinte brasileira aceitou as chamadas emendas populares com mais de 30 mil assinaturas (p.28).

Assim, os anos de 1980, firmaram a cultura participativa no Brasil. A sociedade civil brasileira entendeu a importância do alcance do protagonismo, e atuava no intuito de se criar um sistema político que reconhecesse e possibilitasse a participação. A luta pelas diretas já em 1984, foi um marco para a redemocratização no país. A participação na campanha das diretas já, foi uma forma de expressar a insatisfação da população diante da situação política, econômica e social do país. Para os manifestantes, o restabelecimento da eleição direta para a Presidência da República poderia abrir maior espaço para a participação societária na arena política e, com isso, permitir que as demandas sociais fossem atendidas. O futuro governo, tendo como base um presidente eleito diretamente pela população, teria maior representatividade para implementar políticas de resolução dos principais problemas percebidos na sociedade (BERTONCELO, 2009, p.181).

Nos anos de 1985-1988, o movimento pela Constituinte tomou conta da população. As leis da nação estavam defasadas com relação ao desenvolvimento econômico ocorrido após 1967, data da Constituição vigente. A Constituinte mobilizou diversos setores da sociedade civil, mas foram as elites que mais se organizaram e que tiveram destaque no movimento, que foi criando força e se tornando um marco para a história da democracia brasileira.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se iniciaram em 1º de fevereiro de 1987, sob presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal. No dia seguinte, Ulysses Guimarães foi eleito o presidente da Constituinte e demonstrava em discurso sua missão de satisfazer os anseios de mudança da população:

Senhores Constituintes, esta Assembleia reúne-se sob um manto imperativo: o de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar [...]. Estamos aqui para dar a essa vontade instrumento jurídico para o exercício da liberdade e da plena realização do homem brasileiro (GUIMARÃES, 1988, p.21).

Nas semanas seguintes, foram elaborados o Regimento Interno e instituídas nove comissões assim denominadas: Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Comissão da Organização do Estado; Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; Comissão da Ordem Econômica; Comissão da Ordem Social; Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e da Tecnologia e da Comunicação; Comissão de Sistematização (FACHIN, 2012, p.98). Durante a Assembleia Nacional Constituinte a participação popular foi intensa, propostas de emendas advieram, algumas com mais de um milhão de assinaturas. Estima-se que cerca de cinco milhões de pessoas circularam pelo Congresso Nacional (BULOS, 2011, p.489).

Resultado de todo este trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, no dia 05 de outubro de 1988, às 16 horas, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1988, que foi aclamada pela sociedade e pelos constituintes como esperança de uma nova era da democracia brasileira, trazendo em seu bojo, instrumentos inovadores de garantias de Direitos Fundamentais e formas de participação popular.

O art. 1º da referida carta magna, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e como consequência que a soberania está com o povo: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Neste sentido, a constituição cidadã assegurou aos brasileiros o poder soberano, esclarecendo ainda, que a titularidade dos mandatos no executivo ou no legislativo somente são legítimas se expressarem a vontade popular. O art. 1º da Constituição trouxe também como fundamento do Estado o pluralismo político, demonstrando a preocupação da Constituinte em garantir a ampla participação popular nos destinos políticos do país.

O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades

públicas aos direitos e garantias fundamentais, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular.

Neste sentido, ressalta-se a importância da participação para além do voto, a simples participação na escolha dos representantes não é suficiente para garantir a soberania popular. É necessário que haja interesse dos cidadãos, sob pena de a democracia representativa resultar em regimes autoritários e não responsivos.

Portanto, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe diversas formas de exercício da soberania popular, de maneira direta ou representativa. Cabendo aos cidadãos conscientizarem-se da importância a utilização desses meios para realização do controle social, motivar a participação popular e para se valer de seu direito da soberania, fundamental na Efetivação do Estado Democrático de Direito.

A DÉCADA DE 1990: A PARTICIPAÇÃO NOS PRIMEIROS ANOS DA VOLTA DA DEMOCRACIA

Ao longo dos anos 90, o campo da sociedade civil ampliou-se, na prática e nos discursos a seu respeito. O descentramento do sujeito e a emergência de uma pluralidade de atores conferiu a um outro conceito, o de cidadania a mesma relevância que tinha o conceito de autonomia nos anos 80.

A cidadania nos anos 90 foi incorporada nos discursos oficiais e ressignificada na direção próxima à ideia de participação civil, de exercício da civilidade, de responsabilidade social dos cidadãos como um todo, porque ela trata não apenas dos direitos, mas também de deveres, ela homogeneiza os atores.

A importância da participação da sociedade civil se faz neste contexto não apenas para ocupar espaços antes dominados por representantes de interesses econômicos, enclavados no Estado e seus aparelhos, mas para democratizar a gestão da coisa pública, invertendo as prioridades da administração no sentido de políticas que atendam não apenas as questões emergenciais, a partir do espólio de recursos miseráveis destinados às áreas sociais. A sociedade civil tem um papel central, o poder está na sociedade civil, não no Estado. O Estado passa a ser o instrumento.

Os registros mais expressivos desta época foram o movimento "Ética na Política" que levou ao "fora Collor" e ao afastamento do ex-presidente Fernando Collor de Mello, o retorno dos estudantes à cena pública, com os "caras pintadas", a ascensão no Movimento sem Terra.

Em 1992, milhares de brasileiros voltaram às ruas, em mobilizações coletivas que se estenderam de maio a dezembro para exigir a saída do primeiro presidente eleito após o retorno da democracia. Fernando Collor de Melo, envolvido em denúncias de corrupção. A abertura do processo de crime de responsabilidade de Collor foi aprovada pelo plenário da Câmara em

29/9/1992. O processo de impeachment se estendeu até que Collor renunciasse ao mandato em 29/12/1992. Destaque para o papel dos partidos políticos na negociação e articulação do movimento.

A segunda metade da década de 1990, foi marcada por uma crise do Estado, que refletiu diretamente no interior dos movimentos, resultando no desmonte de políticas sociais públicas de caráter universal. Os novos tempos de desemprego, violência, desmotivaram a população a participar de reuniões ou outras atividades associativas. As novas normatizações deram bases jurídicas para uma nova era de organização social no meio popular, agora estruturada não mais por movimento de demandas, mas por Projetos Sociais de instituições cadastradas, passíveis de receber e administrar verbas públicas para o desenvolvimento de projetos nos campos considerados de vulnerabilidade social.

Assim, foi criada uma nova gramática, na qual mobilizar passou a ser sinônimo de atos ou ações que objetivam o desenvolvimento de uma consciência crítica ou o protesto nas ruas. Mobilizar passou a ser sinônimo de arregimentar e organizar a população para participar de programas e projetos sociais, a maioria dos quais já vinha totalmente pronta e atendia a pequenas parcelas da população. O militante foi se transformando no ativista organizador das clientelas usuárias dos serviços sociais.

MOVIMENTOS E LUTAS CONTEMPORÂNEAS: AS MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013

O novo milênio trouxe consigo características diferenciadas da conjuntura sociopolítica brasileira, novos tipos de movimentos, novas demandas, novas identidades. A globalização e a nova conjuntura econômica e política desorganizaram os antigos movimentos e propiciaram arranjos para o surgimento de novos atores, organizados em ONGs, associações e organizações do terceiro setor.

O Estado promoveu reformas, descentralizou operações de atendimento na área social, foram criados novos canais de mediação, inúmeros novos programas sociais e institucionalizadas formas de atendimento de demandas. Maria da Glória Gohn, organiza os movimentos sociais da primeira metade do século XXI em três categorias: a dos movimentos identitários, que lutam por direitos sociais, econômicos, políticos e culturais; dos movimentos de luta por melhores condições de vida e de trabalho no plano urbano e rural; a dos movimentos globais ou globalizantes, que atuam em redes sociopolíticas e culturais por intermédio de fóruns e outros canais. (GOHN, 2011, p. 231).

A partir do ano de 2003, com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao Poder, o governo federal passou a adotar uma orientação participativa desde o início do governo. O incentivo à

participação se deu especialmente com as conferências nacionais e como o reforço dos conselhos de políticas nas áreas já existentes e a criação de novos conselhos em áreas sem tradição de participação, constituindo a participação popular uma marca do governo Lula.

No ano de 2011, ocorreu um fenômeno que há muito não se via: uma eclosão simultânea e contagiosa de movimentos sociais de protesto com reivindicações peculiares em cada região, mas com formas de luta muito assemelhadas e consciência de solidariedade mútua. Uma onda de mobilizações e protestos sociais tomou a dimensão de um movimento global.

Nos diversos países em que os movimentos ocorreram, observa-se uma similaridade nas ações: ocupações de praças, uso de redes de comunicação alternativas e articulações políticas que recusavam o espaço institucional tradicional. Os movimentos contemporâneos trazem como marco característico, o fato de a voz das ruas ocuparem o cenário, deslocando os velhos aparatos políticos e questionando a ordem do capitalismo financeirizado. Os movimentos também têm como característica, a falta de definição estratégica, pragmática e teórica, fato que recebe críticas, a exemplo da análise de Zizek, que é categórico ao afirmar que: "não basta saber o que não se quer, é preciso saber o que se quer. O povo, de acordo com ele, sempre tem a resposta, o problema é não saber a pergunta" (2012, p.10).

No Brasil, a onda de protestos também iniciou-se em 2011, tendo seu auge em 2013, ano marcado pela fragmentação e pluralização do marco participativo. De um lado, reforçam-se atores de esquerda que já não pertencem ao campo petista, como é o caso do movimento Passe Livre, que inaugurou as manifestações de junho. De outro, essa desinterdição do campo participativo leva às ruas atores conservadores, pela primeira vez desde 1964. A reaparição desses atores conservadores em 2013, alterou significativamente o aspecto dos protestos, acentuando a crise do presidencialismo de coalizão, bem como criando-se um polo participativo conservador, com o poder de alterar a agenda da mobilização (AVRITZER, 2016, p.63).

As primeiras manifestações de junho de 2013, tinham como objetivo a redução da tarifa de ônibus e a demanda pelo passe livre, todavia, embora essas fossem as pautas primárias da convocação do Movimento Passe Livre, o descontentamento da população resultou em uma fragmentação de agendas. Na análise de Luciana Tatagiba:

Embora tivesse no horizonte essa agenda mais ampla, o MPL convocou os protestos a partir de um foco preciso e bem definido: a revogação do aumento da passagem de ônibus de R\$3,00 para R\$3,20. Portanto, desde o começo, foi sum uma luta por 0,20 centavos. Mas o MPL não guiou os rumos dos protestos, tampouco desejou ou conseguiu controlar as pautas que os manifestantes levaram para as ruas. À medida que se dava a mudança de escala do confronto, novos atores incorporavam-se às manifestações ampliando e diversificando os cenários institucionais implicados no confronto. Nesse processo de difusão, reduzia-se o poder de coordenação do MPL (TATAGIBA, 2014, p. 40).

À inserção de novas pautas e a redução do poder de coordenação do Movimento Passe

Livre, podem ser também relacionadas ao rompimento do monopólio midiático, até então presente na história brasileira. A ascensão de outras fontes midiáticas, com a diversidade de sites e a possibilidade da convocação de manifestantes pelas redes sociais, possibilitaram a formação de opiniões para além da Rede Globo.

Além da mudança causada pelo bloqueio midiático, destaca-se como mudança fundamental das manifestações de 2013, a ruptura do campo participativo e o fato de manifestações contra o PT e o governo também terem ocupados as ruas. Para Leonardo Avritzer, esse talvez tenha sido o fenômeno de maior impacto sobre o sistema político, já que em movimentos anteriores a oposição política do Brasil não tinha mostrado seu poder de mobilização, para o autor:

Assim, pode-se dizer que as manifestações de 2013, foram também marcadas pela mudança de perfil dos manifestantes. O perfil dos atores individuais que manifestaram em 2013 é o seguinte: divisão entre ambos os sexos, 63% entre 14 e 29 anos; 43% tinham curso superior completo, 24% declararam não trabalhar e 52% declararam estudar, com relação à renda familiar, 23% dos manifestantes declararam ter renda acima de dez salários mínimos. O perfil dos manifestantes de junho contrasta com os participantes clássicos das políticas participativas no Brasil (2014, p. 69).

Outro marco importante das manifestações de 2013, foi a tendência a ocupar e democratizar os espaços públicos, simbolizada pelo desígnio de "ocupar as ruas". Para Leonardo Avritzer, no capitalismo global em que vivemos, a rua é o único espaço que não tem nenhum controle econômico e nenhuma interpretação preconcebida, sendo o único lugar onde a democracia pode ser exercida em plenitude (2016, p. 67).

Nas manifestações de junho, a lógica do "cada pessoa um cartaz" foi expressão eloquente da crise de representação da democracia contemporânea. Uma crise que tende a se agravar com a incapacidade das elites políticas em estabelecer novos e mais interativos canais de comunicação com a juventude. Neste sentido, Luciana Tatagiba:

Se as massas nas ruas afirmaram o desejo do exercício da política sem mediações institucionais, a lógica do "cada pessoa um cartaz" tão presente nos protestos de junho, ratificava que – para além da demanda básica, "a redução da tarifa" - os sentidos dos atos poderiam ser tantos quantos aqueles dispostos a encarar a disputa pelo enquadramento do confronto. E nesse caldeirão, o desejo por mais participação e respeito aos direitos das minorias vinha junto com propostas de militarização, redução da maioria penal e contra avanço dos direitos sociais. À medida que o protesto se nacionalizava, o "desejo por mudança" e "contra tudo o que está aí" se metamorfoseava em diferentes e contraditórias bandeiras de luta que acabavam dividindo espaço em um mesmo protesto (2014, p. 41).

Assim, as manifestações de pauta difusa, deixaram claro que a democracia brasileira possui uma lacuna que precisa ser preenchida com a participação. O descontentamento e o descumprimento dos preceitos da Constituição Federal de 1988 ensejaram nesse movimento de diversas pautas e diversos atores sociais, demonstrando ainda o interesse dos jovens de intervir no mundo. No mesmo caminho, a análise de Jorge Luiz Souto Maior em artigo publicado no livro "Cidades Rebeldes":

As mobilizações pelo país, com toda a sua complexidade, não deixam dúvida quanto a um ponto comum: a população quer mais serviços públicos e de qualidade. Querem a atuação de um Estado social, pautada pelo imperativo de uma ordem jurídica que seja apta a resolver a nossa grave questão social, notadamente a igualdade social (2013, p. 147).

O autor ainda destaca:

Há de se lembrar que vivenciamos uma sociedade de classes, típica do modelo capitalista, e mudanças sociais concretas, no sentido da diminuição da desigualdade e da construção de um Estado efetivamente voltado à questão social, somente ocorrerão se for evidenciado o conflito entre o trabalho e o capital, de modo a corrigir várias distorções dos meios de produção e do modo de exploração do trabalho, que, na nossa realidade, tem alimentado a lógica da má distribuição da renda produzida, gerando segregação e precarização, além do grave descompromisso com as repercussões públicas e sociais do processo de produção (2013, p. 148).

Em 22 de outubro de 2014, houve uma grande manifestação na Avenida Brigadeiro Faria Lima em São Paulo. A manifestação foi relatada pela revista britânica “The Economist” como a “Revolução da Cashmere”³.

Assim como a “cashmere”, lã conhecida pela sofisticação, os manifestantes de 22 de outubro de 2014 não guardavam qualquer relação com o povo tal qual se era comum observar em manifestações políticas de rua. No texto publicado, os jornalistas britânicos ao descreverem a manifestação, relatam que os manifestantes eram pessoas “vestidas com camisas com iniciais bordadas e tiravam selfies com seus iPhones caros”, ainda de acordo com o artigo publicado, a única coisa que faltava na “Revolução da Cashmere” era champanhe.

Assim, pode-se concluir que as manifestações contemporâneas, serviram não somente para reduzir as tarifas de ônibus, principal pauta dos primeiros manifestos, mas foi essencial para se compreender a atual sociedade política brasileira. Os atores coletivos que foram às ruas, demonstraram o alvorecer de uma nova direita política, que buscou quebrar a hegemonia participativa da esquerda, vista até então na história da participação no Brasil.

CONCLUSÃO

Conforme se pode extrair dos fatos narrados, o anseio pela participação popular faz parte da história do Brasil. Ainda que as manifestações do século XIX não guardem relação direta com a forma de participação que se conhece na atualidade, há de se reconhecer que as lutas, revoltas, manifestações narradas pela história, significaram atos revolucionários à sua época, sendo importantes para a construção da cidadania no país.

As lutas pela redemocratização do país, demonstraram a capacidade de mobilização que a sociedade civil organizada pode exercer frente às elites. Esse poder de mobilização é o que incentiva as pessoas a se organizarem cada vez mais, para fazer valer o que hoje está previsto na

3 <http://www.economist.com/blogs/americasview/2014/10/brazils-presidential-election-0>.

Constituição sobre participação política e democracia.

O mais emblemático nos novos rumos da participação, é perceber a impossibilidade de diálogo entre os novos atores sociais, que muitas vezes apresentam comportamentos que mais condizem com as Revoltas do início do século do que com o que se idealiza por participação política ideal, dados os instrumentos que estão disponíveis hoje.

A breve reflexão da participação popular no decorrer da história brasileira, especialmente a análise dos últimos movimentos, leva-nos à compreensão de que a democracia brasileira, necessita do fortalecimento das instituições, no intuito de garantir os procedimentos necessários para uma efetiva participação, sob pena do dissenso e do uso da violência se firmarem como estratégias do jogo democrático, arriscando todo o caminhar democrático iniciado em 1988.

REFERENCIAL TEÓRICO

AVRITZER, Leonardo. **Experiências nacionais de participação social**. Leonardo Avritzer (Org.). São Paulo: Cortez, 2009.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. **Eu quero votar para presidente: uma análise sobre a campanha das diretas**. Lua Nova, São Paulo, 76: 169-196, 2009

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, dez. 2000.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação**. São Paulo: editora brasiliense, 1983.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** / UadiLammêgoBulos – 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2011.

CARVALHO, José Murilo de. 1939. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional** / ZulmarFachin – 5. ed. rev., atual. eamp. – Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. -2 ed.- São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

GOHN, Maria da Glória. 500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. **Rev. Mediações, Londrina**, V. 5. N. 1, p. 11-40, jan/jun. 2000.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**. 2.ed. São Paulo, Cortez 2003.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos, ONGs e redes**

solidárias. 2.ed. São Paulo, Cortez, 2008.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros**. - 6ª ed. - São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GUIMARÃES, Ulysses. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**: Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Anais, v.25.1988.

HARVEY, David. Zizek, Slavoj. ALI, Tariq et al. **Ocuppy: movimentos de protesto que tomaram as ruas**. São Paulo: Boitempo, 2012.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. -26. ed.- São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

MARICATO, Ermínia (et al.). **Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas no Brasil**. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

RAMOS, Fábio Pestana. 1964: O golpe de Estado e a ditadura militar pelo prisma político-econômico. **Para entender a história**. Ano 2, Volume mai., Série 30/05, 2011, p.01-15.

SAES, Décio Azevedo Marques de Saes. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 15, n.42, p. 379-410.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa/ Boaventura de Souza Santos, organizador**. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

TATAGIBA, Luciana. 1984, 1992 e 2013. Sobre ciclos de protestos e democracia no Brasil. **Política e Sociedade** - Florianópolis - Vol 13. N. 28 - Set/Dez 2014.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 109, p. 68-92, jan./mar. 2012.

TEIXEIRA, Ricardo Jacinto Dumas. O conceito de sociedade civil: um debate a partir do contexto da Guiné-Bissau. **Estudos de Sociologia**. Rev. Do Progr. De Pós Graduação em Sociologia da UFPE. V.2, n.15.p.161-180.

FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA A MANUTENÇÃO DE UM SISTEMA ECONÔMICO NEOEXTRATIVISTA: DO NEOESTRATIVISMO BRASILEIRO À AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE AJUIZADA EM FACE DO MINISTRO DO MEIO AMBIENTE, RICARDO SALLES

Giovanni de Araújo NUNES¹
Marina Marques de Sá SOUZA²

RESUMO

Trata-se de artigo científico que busca inferir de que forma o Estado atua para a manutenção de um sistema econômico neoextrativista, assente na acumulação do capital sobre os bens naturais, privilegiando o agronegócio em detrimento da proteção de um meio ambiente equilibrado. A análise dá-se, num primeiro momento, com o exame do fenômeno do *neoextrativismo*, bem como de que forma essa nova fase de acumulação do capital esteve, em maior ou menor grau, atrelada às políticas ambientais brasileiras, percorrendo desde o governo Lula até a ascensão bolsonarista. Cumprida essa etapa, passa-se à análise da Ação Civil de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400, ajuizada em face do Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, a fim de averiguar as formas pelas quais os agentes do Estado – neste trabalho, o Ministro Ricardo Salles – podem praticar condutas que contribuam com a manutenção de um sistema neoextrativista ambientalmente destrutivo. Utiliza como método de pesquisa o método dedutivo e o estudo de caso e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, legislativa e documental sobre o tema. Conclui-se que um dos modos de o Estado brasileiro concorrer para a manutenção de um sistema neoextrativista deletério ao meio ambiente se dá com o estímulo e a conivência desse Estado em relação à predominância de interesses econômicos extrativistas sobre os biomas brasileiros; bem como que agentes do Estado podem praticar condutas específicas que contribuam com a manutenção de um sistema neoextrativista ambientalmente destrutivo por meio do que o Direito Administrativo denomina de desvio de finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Neoextrativismo. Meio ambiente. Improbidade administrativa. Desvio de finalidade.

ABSTRACT

This scientific article seeks to infer how the State takes steps to keep a neo-extractive economic system, based on the capital accumulation over natural resources, privileging agribusiness over the balanced environment protection. The analysis starts with an examination of the *neo-extractive* phenomenon, as well as how this new phase of capital accumulation was, to a greater or lesser extent, linked to Brazilian environmental policies, ranging from the Lula government to the “bolsonarist” rise. Once this step is completed, the Civil Improbity Action nº 1037665-52.2020.4.01.3400, filed against the Environment Minister Ricardo Salles is analyzed in order to

-
- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, campus de Jacarezinho, da UENP, na área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Estagiou no Ministério Público Federal, Procuradoria da República de Jacarezinho-PR. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1994666848497258>>. giovanni.a.n.97@gmail.com.
 - 2 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, campus de Jacarezinho, da UENP, na área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0802123486481337>>. marinamarquessasouza@gmail.com.

ascertain the ways that the State agents – in this work, Minister Ricardo Salles – can use to practice acts that contribute to the maintenance of an environmentally destructive neo-extractive system. It was used the deductive method and the case study as research methods and, as research tools, it was used the bibliographic, legislative and documentary review about the theme. It was concluded that one of the ways in which the Brazilian State contributes to the maintenance of an environmentally destructive neo-extractive system is through the stimulus and connivance of that State in relation to the predominance of the extractive economic sector over Brazilian biomes; as well as State agents can practice specific acts that contribute to the maintenance of an environmentally destructive neo-extractive system occurs through what is denominated by Administrative Law as misuse of purpose.

KEYWORDS: Neoextractivism. Environment. Administrative Improbability. Misuse of purpose.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo científico resulta da vontade de conciliar dois temas, aparentemente distantes, que serão objeto de dissertação de mestrado. De um lado, compõe o problema de pesquisa da autora o ecossocialismo enquanto *praxis* para a consolidação de uma democracia socioambiental; doutro, a pesquisa do autor gira em torno da efetividade na proteção constitucional à probidade administrativa. Ambos compõem a linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: questões críticas e, por essa razão, dedicam-se ao estudo, dentre outras temáticas, da responsabilidade do Estado quando da inexecução de direitos constitucionais e fundamentais.

Diz-se apenas uma aparente distância, posto que a análise do Direito, a partir de uma perspectiva da categoria de *totalidade*, compreende a sociedade humana segundo sua organização econômica, sua cultura, suas instituições sociais e políticas. Adotada essa concepção metodológica, o artigo se propõe a responder de que forma o Estado atua para a manutenção de um sistema econômico neoextrativista, assente na acumulação do capital sobre os bens naturais, privilegiando o agronegócio em detrimento da proteção de um meio ambiente equilibrado. Trata-se, a um só tempo, de introduzir, ainda que de maneira breve, categorias que serão desenvolvidas posteriormente em dissertação; e de analisar o Direito Socioambiental e o Direito Administrativo conforme a atual estrutura política e econômica brasileira.

Em um primeiro momento da pesquisa, analisa-se o fenômeno denominado de *neoextrativismo* e de que forma ele representa uma fase avançada da acumulação capitalista, que promove, cada vez mais, a ruptura metabólica entre o ser humano e o meio ambiente, aprofundando a lógica de despossessão inerente a esse sistema econômico. Cumprida essa etapa, analisa-se o fenômeno no território brasileiro, a partir dos regimes progressistas de Lula e Dilma Rousseff, passando pelo liberalismo-conservador de Michel Temer, culminando com o exame da política ambiental bolsonarista.

Num segundo momento da pesquisa, examina-se a Ação Civil de Improbidade ajuizada em

face do atual Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, que é acusado de praticar determinadas condutas em inobservância ao dever legal e constitucional de proteção ao meio ambiente que, segundo a exordial, caracterizam ato de improbidade administrativa. Nesta parte da pesquisa, buscase averiguar as formas pelas quais os agentes do Estado – neste trabalho, o Ministro Ricardo Salles – podem praticar condutas específicas e determinadas que, de algum modo, contribuam para assegurar a desposseção e o esgotamento dos recursos naturais de um sistema neoextrativista.

Utiliza como método de pesquisa o método dedutivo e o estudo de caso e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, legislativa e documental sobre o tema.

2. A POLÍTICA NEOEXTRATIVISTA NO BRASIL

Enquanto durante discurso na abertura da 75ª Assembleia Geral da ONU, em setembro de 2020, o Presidente da República do Brasil minimizava a gravidade das queimadas no Pantanal e na Amazônia, essas regiões registravam, respectivamente, 15.453 (quinze mil, quatrocentos e cinquenta e três) e 20.486 (vinte mil, quatrocentos e oitenta e seis) focos de calor. No caso do Pantanal, é o maior índice da série histórica, iniciada pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) em 1998; em relação ao bioma amazônico, os números apontam um crescimento de 80% (oitenta por cento) em relação ao mesmo período do ano de 2019 (BENITES, 2020). Em que pese a destruição socioambiental consista, atualmente, em política de Estado empreendida pelo conservadorismo de extrema direita no Brasil, é certo que a nova dinâmica de acumulação do capital – a partir da pressão sobre os bens naturais, as terras e os territórios (SVAMPA, 2019) – remonta ao sentido da colonização do território brasileiro.

Caio Prado Jr. identificara que todo povo possui, na sua evolução, um certo “sentido”. Segundo o historiador, se vamos à essência da formação brasileira, “veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, alguns outros gêneros; mais tarde ouro e diamantes; depois, algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isso” (PRADO JR., 2011, p. 29). Com esse diagnóstico, o autor objetivou refutar aqueles que viam nas colônias tropicais brasileiras resquícios do já defasado sistema feudal; a estrutura socioeconômica das terras tupiniquins se deu, desde o princípio, tendo em vista a concretização de uma vasta empresa comercial, “destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu. É esse o verdadeiro *sentido* da colonização tropical, de que o Brasil é uma das resultantes” (grifo do autor) (PRADO JR., 2011, p. 28).

Nestes termos, a Modernidade se constituiu, para nós, na construção típica do capitalismo na Europa, paritariamente com a implantação do colonialismo moderno – com a expulsão dos camponeses no continente europeu e com a conquista da América. Sobre a acumulação originária

do capital e, mais especificamente, sobre a gênese do capitalista industrial, assinala Karl Marx que:

A descoberta das terras auríferas e argentíferas na América, o extermínio, a escravização e o soterramento da população nativa nas minas, o começo da conquista e saqueio das Índias Orientais, a transformação da África numa reserva para a caça comercial de peles-negras caracterizam a aurora da era da produção capitalista. Esses processos idílicos constituem momentos fundamentais da acumulação primitiva (MARX, 1818-1883, p. 821).

Quanto a um primeiro estágio do sistema capitalista, portanto, este se deu a partir da violência desmedida; da inserção da terra no mercado; da imposição ao trabalhador, supostamente livre, a trabalhar; da criação do burguês, inaugurador desse sistema econômico; da criação da indústria urbana e do capitalista industrial; e da tendência histórica da acumulação capitalista, ou seja, da tendência do capital expropriar, continuamente, novos espaços que não estejam sob sua subordinação (MARX, 1818-1883). Embora o caminho trilhado pelo filósofo alemão revele, a um só tempo, a história do surgimento das relações sociais capitalistas e o questionamento de suas bases violentas (PAZELLO, 2016), para Rosa Luxemburgo, a acumulação originária, da qual fala Marx, não acabou. De acordo com a estudiosa, existe “um mercado externo como indutor de relações do capitalismo com regiões não-capitalistas” (PAZELLO, 2016, p. 86).

Porquanto a acumulação originária consista em estratégia inerente e contínua ao capitalismo, afirma-se que, passados mais de duzentos anos do diagnóstico marxiano, a lógica capitalista por despossessão avança, especialmente, sobre os territórios latino-americanos. Segundo Maristella Svampa, trata-se de fenômeno emergente denominado *neoextrativismo*. Cuida do nascimento “de un modo de apropiación de la naturaleza a gran escala y de un modo de acumulación, caracterizado por lá exportación de materias primas y por um tipo de inserción subordinada en la economía mundial” (SVAMPA, 2019, p. 16). Por meio da categoria analítica do neoextrativismo, os movimentos sociais ecológicos denunciam a exportação de *commodities* como um modelo insustentável de progresso econômico e social, que empreende a inclusão por meio do consumo, a partir de uma visão produtivista de desenvolvimento (SVAMPA, 2019).

A apropriação e o uso autodestrutivo pelo capital da força de trabalho, do espaço urbano e rural e da natureza produz aquilo que John Bellamy Foster denominou de “ruptura metabólica”. Refutando as críticas rotineiramente dirigidas à teoria econômica marxista – que supostamente teria operado a partir de diretrizes anti-ecológicas, pró-tecnológicas – Foster argumenta que a fim de “entender e desenvolver uma visão ecológica revolucionária”, que “articule transformação social com a transformação da relação humana com a natureza” (FOSTER, 2000, p. 1), é preciso compreender que:

[...] Is the central theoretical concept of a “rift” in the “metabolic interaction between man and the earth”, that is, the “social metabolism prescribed by the natural laws of life”, through the “robbing” of the soil of its constituent elements, requiring its “systematic restoration”. This contradiction develops through the growth simultaneously of large-scale

industry and large-scale agriculture under capitalismo, with the former providing the later with the means of the intensive exploitation of the soil (FOSTER, 2000, p. 156).

Quer dizer, da análise marxista depreende-se que a humanidade e a natureza estão inter-relacionadas e que a forma historicamente específica das relações de produção constitui o âmago dessa relação em qualquer período da acumulação capitalista (FOSTER, 1999).

Embora a conjuntura narrada possa ser remetida às diretrizes do neoliberalismo – flexibilização da legislação ambiental, desenvolvimentismo, privatização de empresas estatais, produção interna voltada à exportação – forçoso salientar que a lógica neoextrativista de acumulação não se restringe ao sistema econômico neoliberal. Uma das grandes equações do século, sobretudo para governos progressistas, é proporcionar desenvolvimento e proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. A depender dessa proporcionalidade é que será possível “realizar uma lectura em términos de crisis de la democracia, esto es, de la relación entre régimen político, democracia y respeto de los derechos humanos” (SVAMPA, 2019, p. 20).

2.1. O ciclo neoextrativista progressista no Brasil: do social-liberalismo ao liberalismo-conservador

Em torno do discurso extrativista no século XXI, impulsionado pelo auge dos *commodities* e dos megaempreendimentos – desde a expansão da fronteira petroleira até a generalização do agronegócio – construíram-se, simultaneamente, “discursos e práticas de ocupação do território que, com o apoio do Estado, articulam a exploração de bens naturais com uma concepção de ‘desenvolvimento econômico’, ‘sustentabilidade ambiental’ e ‘soberania nacional’” (BLANCO et. al., p. 1). Trata-se daquilo que ficou conhecido por ciclo progressista latino-americano (SVAMPA, 2019), que teve início a princípios do século e se estendeu até o ano de 2016. No Brasil, o período compreendeu os governos petistas e de Michel Temer, que se passa a analisar agora.

Malgrado o regime progressista inaugurado pelo primeiro governo Lula (2003-2006) tenha despertado expectativas políticas aos movimentos sociais compostos pelos povos da natureza, o que se viu foi a consolidação do Brasil no cenário mundial como plataforma internacional de valorização financeira, em contraposição às tentativas de minimizar as desigualdades e assimetrias econômicas decorrente desse regime. Segundo Carvalho et. al. (2019), esse período ficou marcado pela deflagração de “um segundo ciclo de ajustes, ao conciliar elementos sistêmicos de continuidade da “Era FHC”, com o crescente aumento das chamadas ‘políticas de enfrentamento à pobreza’” (CARVALHO et. al, 2019, p. 46).

Por certo, as escolhas políticas do governo Lula, dentre elas, a elevação dos preços e exportação dos *commodities*, criaram condições favoráveis ao crescimento econômico, além de

gerar emprego e rendimento aos trabalhadores, bem como a estruturação de políticas assistenciais (CARVALHO et. al, 2019). Entretanto, não tardou aos sujeitos envolvidos na luta socioambiental perceberem que o padrão do primeiro governo Lula sustentou “a perspectiva de um desenvolvimento econômico com inclusão social, em meio à crise do capital, atendendo, de forma eminentemente desigual, ‘os interesses da nação’, em uma versão marcada pela ideologia da conciliação de classes” (CARVALHO et. al, 2019, p. 48).

Carvalho e Costa Guerra (2015) argumentam que durante o segundo mandato do presidente Lula, entre os anos de 2009 a 2010, e durante o primeiro governo da presidenta Dilma Rousseff, entre os anos de 2011 a 2014, deflagrou-se um terceiro ciclo de ajuste, assente numa inflexão da política econômica: manteve-se “o núcleo duro da política de ajuste, incorporando uma dimensão de desenvolvimento, configurando o chamado *neodesenvolvimentismo*” (PINTO DE CARVALHO; COSTA GUERRA, 2015, p. 51). Ora, quanto ao acesso à terra, por exemplo, a opção pelo fortalecimento do agronegócio pelos governos petistas foi apontado como o principal retrocesso na democratização da terra, uma vez que não promoveram a reforma agrária. Sobre a temática, o que prevaleceu foi o entendimento de que a terra não exercia mais um papel econômico – no cerne das contradições do capital –, mas mera função social, e que a distribuição deveria ser executada apenas onde não houvesse outra alternativa (SOUZA, 2016).

O primeiro mandato da presidenta Dilma Rousseff se deu em meio ao aprofundamento da crise estrutural do capital. Buscando preservar os interesses do capital financeiro e do capital neoextrativista, a presidenta seguiu os passos de seu antecessor, tentando equilibrar tensões e contradições, que culminou com uma composição de forças de risco – o embate entre a classe dominante e os seguimentos situados mais à esquerda:

A rigor, este acordo nacional em torno do neodesenvolvimentismo não se estabelece, limitando-se às proposições governamentais. O capital financeiro, em articulação com o capital vinculado ao segmento neoextrativista permanece como a base do modelo, mantendo lucros exorbitantes, em meio à crise que marca o final do primeiro governo Dilma. Esta crise, inclusive, expressa também o fracasso da hibridização entre neoliberalismo e neodesenvolvimentismo, traduzindo-se em taxas ínfimas de crescimento e volta da inflação. O “pacto de conciliação de classes”, marcante nos governos petistas, começa a ruir, a partir da posição de ruptura das classes dominantes, a construir o chão para o Golpe de 2016 (CARVALHO et. al, 2019, p. 50-51).

Se Prado Jr. identificara, como visto, que a colônia brasileira exercera função de feitoria comercial para atender as necessidades da metrópole europeia – e que isso constitui a evolução do nosso povo –, bem como de que uma análise que se preste materialista compreenda a realidade a partir da herança de condições sobre o passado – que foi o caminho trilhado até aqui – faz-se necessário demarcar uma questão fundante: “este momento histórico, a circunscrever o Brasil do Presente com o bolsonarismo – em meio à explosão da nova direita e ao acirramento do

conservadorismo fundamentalista – é um ponto de chegada do Golpe de 2016, é a sua culminância, o seu coroamento” (CARVALHO et. al., 2019, p. 61).

A ascensão de Jair Messias Bolsonaro à Presidência da República consolidou uma agenda de desmonte das políticas ambientais nacionais. Com um discurso claramente incendiário, mesmo antes das eleições, o presidente afirmou que o Brasil como potência agrícola exportadora interessa muito mais que o Brasil enquanto uma democracia socioambiental (GORTÁZAR, 2019). São várias as passagens de Bolsonaro que indicam sua aversão pela pauta ecológica, já elencadas em dossiê, dentre elas: a crítica ao suposto excesso de multas ambientais a produtores rurais; a promessa de permitir o garimpo em terras indígenas e quilombolas, bem como acabar com o que ele denominou de “indústria de demarcação de terras indígenas; e a transferência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, além da atribuição de competência de demarcação de terras indígenas ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) (ASCEMA, 2020).

A nomeação de Ricardo Salles para o Ministério do Meio Ambiente robusteceu a política neoextrativista. Salles foi secretário do Meio Ambiente de São Paulo e diretor jurídico da Sociedade Rural Brasileira (SRB). Na contramão do cargo que ocupa, o ministro já foi condenado por improbidade administrativa por fraudar o Plano de Manejo da área de proteção Ambiental da Várzea do Tietê (ASCEMA, 2020). Além disso, Salles acumula uma série de *fake news* em matéria ecológica. *The Ricardo Salles Fakebook, a guide to the falsehoods and rhetorical tricks of Brazil's Environment Minister*, organizado pela Fakebook.eco, é um livro que combate a desinformação ambiental por meio da checagem de *fake news* frequentes do governo de Bolsonaro na área ambiental, em especial, as falas proferidas por Ricardo Salles (FAKEBOOK.ECO, 2020). Redigido em inglês, o livreto expõe as falácias frequentes sobre clima, energia, florestas e uso da terra, bem como apresenta o emissor da mensagem:

CLAIM I “Brazil is an example of environmental conservation for the world.”

Ricardo Salles

FACT I In absolute terms, Brazil is the country that cuts down more forests than any other in the world: more than 1.4 million hectares were clear-cut in the Amazon and in the Cerrado only in 2018, according to data from the National Institute for Space Research (663,400 hectares in the Cerrado and 753,600 hectares in the Amazon) (grifos dos autores) (FAKEBOOK.ECO, 2020, p. 10).

Assim como a afirmação de que o Brasil seria um exemplo de conservação do meio ambiente para as outras nações – refutada logo em seguida pelo documento – Salles também garantiu que 84% (oitenta e quatro por cento) da Amazônia estaria preservada “como era há 500 anos quando os portugueses chegaram” (FAKEBOOK.ECO, 2020, p. 15). Seguindo a metodologia adotada, o dossiê contesta a declaração ao salientar que o bioma amazônico perdeu 19% (dezenove

por cento) de sua área original – resultando em 81% (oitenta e um por cento) da área preservada, e não 84% (oitenta e quatro por cento), como informado pelo ministro – tamanha é a diferença entre a alegação de Salles e os dados oficiais que 3% (três por cento) da região corresponde a quase o território da Inglaterra (FAKEBOOK.ECO, 2020).

A política ambiental bolsonarista, refletida na figura do ministro Ricardo Salles, atingiu seu apogeu quando este declarou que a pandemia do novo coronavírus, anunciada em março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), seria uma oportunidade “para ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas [ambientais] [...] de baciada” (ALESSI, 2020). A proposta de desregulamentação pretendida pelo ministro ratifica o compromisso do governo com grileiros, desmatadores e madeireiras.

Vê-se que, em maior ou em menor grau, seja sob as diretrizes de um social-liberalismo ou de um liberalismo-conservador, o processo histórico brasileiro revela que o Brasil resultante de hoje ainda se afirma pelo caráter inicial da colonização: uma organização puramente produtora e industrial (PRADO JR., 2011). Ademais, a ofensiva conservadora no território brasileiro demonstra o uso do aparelho estatal para consolidar um modelo de apropriação e exploração dos recursos naturais, se distanciando, cada vez mais, da realização de uma democracia socioambiental, inaugurando um novo ciclo de violação dos direitos humanos ecológicos.

2. ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE SOB Nº 1037665-52.2020.4.01.3400, AJUIZADA EM FACE DO MINISTRO DO MEIO AMBIENTE, RICARDO SALLES

Em um Estado Democrático de Direito, tem-se todo um ordenamento jurídico voltado a assegurar e regulamentar direitos e, para tanto, determinadas pessoas são imbuídas de finalidades estatais específicas – os agentes do Estado. Tem-se, pois, um determinado grupo de pessoas que, conforme a lei, têm o dever de observá-la e, nessa função, atender a determinados interesses públicos.

No âmbito do Poder Executivo Federal, há o cargo de Ministro do Meio Ambiente, que, segundo o site oficial do órgão: “tem como missão formular e implementar políticas públicas ambientais nacionais de forma articulada e pactuada com os atores públicos e a sociedade para o desenvolvimento sustentável” (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE). Conforme o Decreto nº 10.455, de 11 de agosto de 2020, art. 1º do Anexo I, são assuntos de sua área de competência:

I - política nacional do meio ambiente; II - política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas; III - estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e o uso sustentável dos recursos naturais; IV - políticas para a integração do meio ambiente e a produção; V - políticas e programas ambientais para a Amazônia; VI - estratégias e instrumentos internacionais de promoção das políticas ambientais; e VII – zoneamento ecológico econômico.

Portanto, é esse o cargo que, em âmbito da Administração Pública Federal, se incumbe da responsabilidade de tratar de políticas públicas e outras questões afetas à preservação ambiental na atuação do Poder Executivo. Por essa razão, em caso de dissonância entre tal dever atribuído ao Ministro do Meio Ambiente e as políticas por ele adotadas à proteção do meio ambiente, tem-se mais um fator que, inevitavelmente, acaba por concorrer para a manutenção de práticas extrativistas lesivas ao meio ambiente.

Diante desse contexto, além do que até aqui foi apresentado como formas de o Estado concorrer para a manutenção de um sistema extrativista ambientalmente destrutivo, esta parte da pesquisa se aterá à possibilidade de tal escopo também ser buscado por meio de condutas de agentes do Estado que atuam visando interesses diversos e opostos ao interesse público que deveriam observar e efetivar.

Diante dessa possibilidade, esta parte da pesquisa se aterá a uma análise do caso concreto da Ação Civil de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400, ajuizada em face do atual Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, visando averiguar em que medida condutas específicas e determinadas de agentes do Estado que deveriam zelar pela observância do interesse público de proteção ao meio ambiente podem contribuir com a manutenção de um sistema extrativista ambientalmente destrutivo.

A citada Ação Civil de Improbidade foi ajuizada em face do atual Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, em 06/07/2020 e, dentre as condutas descritas na peça, de início já possível constatar que Salles foi acusado de praticar desvio de finalidade como um dos atos de improbidade a ele imputados (art. 11, I, Lei nº 8.429/1992).

O desvio de finalidade está intimamente ligado aos poderes da Administração Pública. Por essa razão, faz-se mister iniciar a abordagem jurídica dessa temática apresentando uma definição doutrinária para os poderes da Administração Pública. Segundo Matheus Carvalho (2019, p. 120):

[...] os poderes administrativos nada mais são do que o instrumento concedido ao Estado e necessário à persecução do interesse coletivo. Sem esses poderes, o ente público teria dificuldade em alcançar seu escopo. O seu uso é uma prerrogativa conferida à Administração Pública e deve ser feito em conformidade com a lei e em busca do benefício da coletividade.

Nesse sentido, os poderes da Administração Pública são o instrumento necessário para que o Estado atinja o interesse público. Os poderes existentes para esse escopo, segundo a doutrina, são o poder normativo, o disciplinar, o decorrente da hierarquia e o poder de política (DI PIETRO, 2017, p. 121); e cada um desses gêneros de poder administrativo pode ser tanto vinculado, como discricionário.

“Atos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua

realização, absorvendo quase totalmente a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos legais” (MARINO; FERRIGOLO, 2016, p. 94). Isso significa dizer que, havendo vinculação de um ato administrativo, o administrador não possuirá liberdade na sua prática quanto à forma de praticá-lo e ao fim a que se destina; a lei determina *o que, como e a que se pratica* determinado ato administrativo, e assim deve fazer o administrador. “Só há uma escolha para o agente público, quando investido no poder vinculado: a que a lei objetivamente determinar, e tipificada de modo a não causar qualquer dúvida ou controvérsia na concretização da lei” (FRANÇA, 2000, p. 101).

Já os atos discricionários são aqueles para os quais a lei ou apresenta opções objetivas que o administrador poderá optar livremente pela sua escolha (exemplo: art. 19, III, da Lei nº 8.666/1993), ou apresenta conceitos vagos e indeterminados que conferem uma liberdade sem restrição legalmente expressa.

[É que a] lei não é capaz de prever em seu texto todas as hipóteses de atuação administrativa. Por esse motivo, o próprio legislador deixou certa margem de atuação diante de um caso concreto, de modo que cabe à autoridade optar por uma dentre várias soluções possíveis, sendo todas elas válidas perante o direito (RIBAS; CASTRO, 2015, p. 94).

Isso não significa, no entanto, que não existem limites à prática de um ato administrativo discricionário:

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela mesma. A administração pública está incondicionalmente a ela subordinada, devendo observar, no exercício do poder discricionário, o mínimo de jurisdição e o interesse público. As prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei. A remissão legal ao juízo subjetivo do administrador não pode ser mais do que parcial, e não total (FRANÇA, 2000, p. 101).

Desse modo, não seria correto afirmar que o poder discricionário consiste na liberdade de agir sem limitações legais em oposição ao poder vinculado, como um poder totalmente delimitado pela norma legal. Ambos os poderes são, na verdade, adstritos ao que determina a lei. Porém, conforme apontado, o poder vinculado apresenta apenas um resultado possível; não há como o administrador praticar um ato vinculado de outra forma que não seja a prevista em lei. O ato discricionário, por sua vez, acrescenta uma margem de subjetividade ao administrador para que, na aplicação do ato, exerça em algum grau a sua liberdade de escolha – liberdade, porém, apenas dentro daquilo que a lei lhe permite fazer, uma escolha totalmente balizada pela legislação.

Por conta disso, não há como se esperar um resultado certo e determinado de um ato discricionário, como ocorre com um ato vinculado. O art. 19, III, da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, prescreve que a Administração Pública pode alienar bem imóvel adquirido pelo Estado em decisão judicial ou em dação em pagamento mediante licitação *concorrência* **ou** *leilão*, de modo

que, num caso concreto em específico, não há como se determinar com certeza que o administrador adotará a modalidade concorrência ou a modalidade leilão de licitação. Isso porque o administrador não é *obrigado* a adotar uma ou outra. Neste caso, poderá o administrador decidir livremente, razão pela qual não se tem a certeza de qual será o resultado de sua decisão. Nota-se, assim, que a liberdade conferida ao ato discricionário produz a incerteza quanto à decisão que será tomada, diferentemente do que ocorre na prática de um ato administrativo vinculado.

Tem-se, pois, que um primeiro limite tanto para os atos de manifestação do poder vinculado, quanto para os atos do poder discricionário, é a baliza legal. Inclusive, o princípio constitucional da Legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) significa que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 19). E essa determinação se difere do princípio da legalidade que incide sobre o particular, na medida em que “enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público **só pode atuar** onde a lei autoriza” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 19).

O problema é que determinados atos discricionários possuem previsão legal com conceitos vagos e indeterminados, de modo a conferir uma liberdade sem restrição legalmente expressa e, por vezes, difícil de se delimitar. Nesses casos, é necessário que, de algum modo, a legalidade seja considerada como parâmetro de controle dos limites da discricionariedade, a fim de que não haja abusos nem por parte do administrador – no exercício de sua discricionariedade –, nem por parte de quem exercer o controle do ato administrativo. Exemplo: é totalmente inconstitucional que decisão jurisdicional ou ato do Poder Legislativo invadam o mérito do conteúdo de ato administrativo que seja discricionário (CARVALHO, 2019, p. 124), uma vez que isso viola a própria lei que conferiu a discricionariedade ao administrador, bem como o princípio constitucional da Tripartição dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Porém, ainda assim existe uma zona de penumbra que pode permitir que, mesmo se observando o limite de discricionariedade conferido pela lei ao Administrador, seja trazido de algum modo danos à coisa pública, à sociedade ou a terceiros. Daí a possibilidade de se considerar certos limites ao mérito administrativo para além da legalidade expressa e estrita do ato praticado.

Um desses limites é a Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual, se um administrador indica os motivos do ato que pratica, este só será válido caso os motivos forem verdadeiros. Por exemplo: punir um funcionário por infração sem provas no processo administrativo, ou provas falsas, e constar expressamente que em razão dessas “provas” ele foi condenado (DI PIETRO, 2017, p. 261).

Outro limite à discricionariedade para além da legalidade estrita e expressa é o Desvio de

Finalidade (ou Desvio de Poder):

O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calculada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal (TACITO, 2005, p. 64).

Nesse sentido, a prática de desvio de poder consiste em, basicamente, agir dentro dos limites traçados pela lei a um ato administrativo, até mesmo discricionário, mas com uma motivação/intuito/fim contrário à lei ou de interesse público estranho ao interesse público contido na previsão legal:

Enquanto no ato jurídico privado as razões que inspiram o autor, bem como o objetivo a ser alcançado são, via de regra, indiferentes à validade do ato, o mesmo não ocorre com o ato jurídico público e, especialmente, com o ato administrativo.

Qualquer ato administrativo está vinculado a um fim público, ainda que a *norma de competência* a ele não se refira.

A manifestação de vontade do agente público terá, necessariamente, que se dirigir à observância da finalidade específica relacionada com a natureza da atividade exercida.

Se a autoridade se desvia da finalidade legal específica, o ato administrativo se torna viciado em elemento essencial à sua legalidade.

Caracteriza-se, na hipótese, o vício que se conceituou como desvio de finalidade ou desvio de poder (TACITO, 2005, p. 63).

Praticar um ato (meio) legal para um finalidade (fim) ilegal também se trata de um limite à discricionariedade semelhante ao limite já citado da legalidade expressa: basta analisar se um preceito disposto em lei foi violado e, em caso positivo, considera-se o ato ilegal, seja ele em si mesmo ilegal, seja o fim a que se destina o ponto de ilegalidade. E ainda há a possibilidade de se conceber o interesse público previsto na norma como uma limitação à prática do ato discricionário. Nesse caso, não se leva em conta a proibição ou permissão expressas da lei, mas considera-se o interesse público que visa ser alcançado por meio da norma e, em caso de o ato ter sido praticado para fim diverso desse interesse, tem-se também uma hipótese de desvio de finalidade e, portanto, de nulidade do ato praticado.

Nesse sentido, se, por exemplo, pratica-se um ato administrativo discricionário respeitando-se os limites legalmente estabelecidos, mas para fins ou por motivos individuais do administrador, há um ato viciado por desvio de poder. Outro exemplo: a exoneração é sem fim punitivo (arts. 34 e 35, Lei nº 8.112/1990), enquanto que a demissão possui a finalidade de punir o administrador público (art. 132, Lei nº 8.112/1990); neste caso, haverá vício de desvio de poder se se aplica uma exoneração com fim de punir determinado administrador público, ou o contrário.

Na Ação Civil de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400, ajuizada em face do Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, foi a ele imputada a prática de ato de improbidade por desvio de finalidade. O desvio de finalidade é entendido como um dos atos de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, a dizer, a conduta descrita

no inciso I do art. 11 da Lei nº 8.429/1992: “I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Na exordial citada, o único ato entendido como de fato sendo desvio de finalidade foi praticado da seguinte forma: Por meio da Portaria nº 179, de 13 de abril de 2020, Salles exonerou três servidores do IBAMA que, desde o início de 2020, implementaram ações previstas no PNAPA 2020, notadamente em áreas críticas de incidência de ilícitos ambientais. Os resultados de tais operações foram os seguintes: o desmatamento na terra indígena Ituna/Itatá foi zerado em março e abril de 2020 e, nas terras indígenas Apyterewa e Trinchreira-Bacajá, a queda foi de 40% e 49%, respectivamente, em março e abril, em relação ao mesmo período de 2019 (BRASIL, 2020, p. 99-100). Ocorre que, exatamente após essas operações terem ocorrido e terem sido expostas em reportagem do programa televisivo “Fantástico”, da Rede Globo, em 12 de abril de 2020, os servidores responsáveis pelas atividades – o Diretor de Proteção Ambiental e o Coordenador-Geral de Fiscalizações do IBAMA – foram exonerados pelo requerido (BRASIL, 2020, p. 101).

A exoneração é legalmente permitida. No entanto, percebeu-se que a citada exoneração se deu exatamente em momento posterior à deflagração de operações notadamente efetivas no combate a ilegalidades ambientais e justamente após tais operações terem ganhado destaque em programa de horário nobre da televisão brasileira. Por conta disso, e somado às manifestações e condutas recorrentes do Ministro, entendeu-se que houve a intenção, por parte dele, de obstaculizar o sucesso de tais ações de comando e controle.

Além disso, entendeu-se também que houve a intenção de retirar a prerrogativa dos agentes citados de aplicarem medidas preventivas previstas normativamente – no caso, a destruição de maquinário utilizado para a prática de ilícitos ambientais (BRASIL, 2020, p. 101). Quanto a este último ponto, a peça apontou o seguinte encadeamento temporal: “[...] ações de comando e controle com destruição de maquinário, sua publicização em rede nacional, a exoneração dos agentes públicos encarregados do planejamento e execução das ações e o inconformismo do Presidente, confirmando posição que ele já havia externado anteriormente [...]” (BRASIL, 2020, p. 103). Seguindo esse raciocínio, a ideia presente na peça foi de que justamente após o Presidente demonstrar o inconformismo com a destruição de maquinários é que o Ministro Salles efetivamente exonerou toda a carreira de servidores responsáveis pelas operações de fiscalização ocorridas.

Ocorre que a destruição de maquinário possui previsão legal (art. 111, Decreto nº 6.514/2008). Nesse sentido, fundamentou-se em exordial que:

Ao exonerar servidores que cumpriram seus deveres com apresentação de resultados satisfatórios, aferíveis objetivamente mediante redução de áreas desmatadas, em função de eles terem adotado metodologias que incluíam a destruição de maquinário, amparados por normas plenamente vigentes, o requerido praticou ato administrativo com desvio de finalidade e, portanto, violou os princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e

da moralidade, todos inculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2020, p. 104).

E a fundamentação da peça ainda continua no seguinte sentido:

A discricionariedade administrativa opera-se em relação a objeto e motivo, mas jamais quanto à competência, forma e finalidade.

No que tange especificamente à finalidade, ela se define, substancialmente, na observação do interesse público. Todo ato administrativo praticado sem que se vise à consecução do interesse público primário é viciado por desvio de finalidade, sujeitando-se a controle judicial.

O requerido, na condição de Ministro do Meio Ambiente, está adstrito ao exercício de seus misteres em cumprimento à missão legalmente atribuída ao Ministério que titulariza, prevista [no art. 39 da] Lei n. 13.844/2019 (BRASIL, 2020, p. 105).

Percebe-se, então, que a exoneração dos três servidores do IBAMA, além de não guardar qualquer correspondência com o êxito das atividades por eles realizadas, foi motivada por pretensão do Presidente da República em manifestamente não plicar medida *autorizada em lei* e necessária ao cumprimento do *interesse público de proteção ao meio ambiente*.

As normas de Direito Ambiental apresentam como interesse público fulcral a proteção ao meio ambiente, afinal, a própria Constituição (art. 225) assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e *impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo* para as presentes e futuras gerações. Dentre as *formas de o Poder Público assegurar* tal proteção, tem-se a *atividade legiferante*, que, conforme art. 24 da Constituição, é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. O exercício dessa competência legislativa, portanto, é uma das formas que tem o Poder Público de *concretizar o disposto no art. 225 da Constituição*, de assegurar o *direito que todos possuem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Por conta disso, esse é o interesse público que se faz presente em toda e qualquer norma de Direito Ambiental.

No caso em comento, o fato de três servidores do IBAMA terem cumprido a lei e de terem obtido significativo êxito em suas operações foi o motivo de sua exoneração, ou seja, Salles exonerou agentes do Estado em razão de estes terem cumprido seu dever de observância da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição). Além disso, as normas ambientais, conforme apontado, apresentam como interesse público fundamental a proteção ao meio ambiente. Nesse sentido, em que pese Salles não tenha violado expressamente nenhuma norma legal, posto que pode exonerar servidores, o motivo da exoneração foi que tais agentes cumpriram a lei ambiental, que se volta justamente ao interesse público de defesa do meio ambiente.

Ao fazer isso, Salles exonerou agentes do Estado por estes agirem em defesa do interesse público de proteção ambiental e, portanto, seu interesse e a finalidade de sua conduta foram obstar que se assegure o interesse público de proteção ao meio ambiente. Desse modo, o ato de exoneração dos citados servidores se deu em oposição ao interesse público de proteção ambiental e, em razão

disso, conclui-se que o ato exoneratório em comento esteve viciado por desvio de finalidade.

De modo semelhante, outras condutas praticadas por Ricardo Salles caracterizam desvio de poder, em que pese não tenham sido assim consideradas na exordial de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400. Um desses atos foi a assinatura, por Salles, do Decreto nº 10.347/2020, que transferiu a função de poder concedente de florestas públicas do Ministério do Meio Ambiente (MMA) para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Por conta disso, argumentou o MPF que o art. 2º de tal decreto violou expressamente o art. 49, §2º, da Lei nº 11.284/2006, segundo o qual: “§2º No âmbito federal, o Ministério do Meio Ambiente exercerá as competências definidas neste artigo” (BRASIL, 2020, p. 09-10).

Ainda, a inicial apontou que o perfil institucional de ambos os ministérios são diversos, opostos, na medida em que, por exemplo, os princípios que devem nortear a concessão e gestão de florestas públicas são, dentre outros, a proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e valores culturais associados (BRASIL, 2020, p. 10); e, em sentido contrário, compete ao MAPA, dentre outros, a política agrícola, a produção e fomento agropecuário, a política nacional pesqueira e aquícola, defesa agropecuária e segurança do alimento (art. 21 da Lei nº 13.844/2019), bem como o estímulo à agropecuária, o fomento do agronegócio e a regulação e normatização de serviços vinculados ao setor (BRASIL, 2020, p. 11).

Nesse contexto, Salles feriu tanto disposição legal, quanto permitiu que um órgão incompatível com os fins de proteção ambiental exercesse atividade nesse sentido. Em outras palavras, houve violação expressa de dispositivo de lei com o citado decreto e este ainda permitiu que um órgão com fins especificamente voltados a interesses agropecuários e do agronegócio pudesse exercer atribuições de matéria, especialidade e técnica totalmente diversas da sua natureza: o poder de conceder florestas públicas, que deveria ser uma competência do Ministério do Meio Ambiente.

Tal situação denota que houve prática tanto de ilegalidade, quanto de desvio de poder, haja vista ser inviável que um órgão de especialidade voltada a interesses agropecuários e do agronegócio não só atenda aos interesses de proteção ao meio ambiente, como também tenha capacidade técnica e especializada de proteção desse interesse público. Existe a autonomia e discricionariedade para que o Ministro do Meio Ambiente opte por assinar determinado decreto ou não – como se deu com o decreto em questão. No entanto, ao exercer tal liberalidade, o fim visado por Salles foi expressamente contrário a um dispositivo de lei, o que já configura desvio de finalidade. Não bastasse isso, Salles permitiu instaurar estrutura administrativa incapaz de, em razão da técnica e de seus interesses, proteger o meio ambiente, também caracterizando desvio de poder, porém, por motivos de se ter visado interesse público diverso do contido na norma.

Outro caso de desvio de finalidade foi a assinatura, por Salles, do Despacho MMA nº 4.410/2020, que impôs aos entes públicos federais da seara ambiental, a partir de 6 de abril de 2020, a aplicação do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) para a consolidação de ocupações de áreas de preservação permanente ilegalmente desmatadas até 22 de julho de 2008 no bioma Mata Atlântica, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris. Ocorre que isso vai de encontro com a norma legal especial do bioma Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006), que não admite a consolidação de uso irregular de área desmatada ilegalmente nesse bioma. Por essa razão, fundamentou-se na inicial que tal ato do Ministro do Meio Ambiente feriu diretamente o princípio geral de direito *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (BRASIL, 2020, p. 12-14).

Mais uma vez, portanto, constata-se que, em que pese o Ministro Salles tivesse a liberalidade para assinar ou não um despacho, tal ato foi praticado com fim notadamente contrário a dispositivo de lei e, portanto, consubstancializa desvio de finalidade.

Em abril de 2020, Salles exonerou toda a cúpula de fiscalização do IBAMA – o que trouxe injustificável descontinuidade aos trabalhos da Administração Pública – e, poucos dias depois, coassinou o Decreto nº 10.344, de 06 de maio de 2020, que submeteu os órgãos e entidades públicas federais de proteção ambiental ao comando das Forças Armadas, as quais passaram a deter a prerrogativa de definir os locais a serem fiscalizados e o *modus operandi* das ações. Tal medida, segundo a exordial, desperdiçou a *expertise* do IBAMA e autorizou o uso de grande quantia de recursos públicos sem o atingimento do fim desejável, além de outros. Isso violaria, segundo a peça, os pilares da interinstitucionalidade e integralidade, bem assim os princípios constitucionais da moralidade e eficiência, além de acarretar prejuízos aos cofres públicos (BRASIL, 2020, p. 61-63).

Com essa medida, Salles permitiu que um órgão do Estado sem capacidade técnica e especializada para a execução de terminadas ações pudesse as executar. As Forças Armadas não possuem a capacidade técnica e *expertise* do IBAMA para a definição dos locais a serem fiscalizados e o *modus operandi* de tais ações. Nesse sentido, mais devido seria que essas medidas não fossem atribuições das Forças Armadas, mas do IBAMA, bem como que os órgãos e entidades públicas federais de proteção ambiental ficassem sob o comando deste, por motivos da finalidade a que o IBAMA se destina e de sua especialidade técnica, a dizer, a proteção do meio ambiente. Mais uma vez, portanto, o Ministro Salles, ao agir de forma discricionária na prática de determinados atos – exonerações e coassinatura de um decreto –, atingiu fim oposto ao interesse público visado por normas legais e constitucionais que ele teria de observar: o interesse público de proteção ao meio ambiente.

Por fim, é possível também considerar os seguintes atos praticados pelo Ministro Salles como desvio de poder:

(i) por longo período, demorou a indicar chefias locais nas Superintendências do IBAMA, enfraquecendo a gestão das unidades locais e (ii) ao nomear as chefias nacionais e locais de IBAMA e ICMBio, permitiu que fossem algumas delas ocupadas por pessoas não habilitadas na forma do Decreto n. 9.727/2019 ou, ainda que habilitadas na forma do Decreto, desprovidas de conhecimento ou experiência prévia que justificassem a escolha (BRASIL, 2020, p. 75).

Em síntese, este momento da peça relata condutas de Salles que implicaram mora ou ausência de critérios técnicos para nomeações de cargos do IBAMA e ICMBio. É possível já delimitar, quanto à imputação do item “(ii)”, que esta conduta se caracteriza como um ato de improbidade administrativa por desvio de finalidade. Nota-se que, além de Salles ter permanecido em mora para a nomeação de gestores do IBAMA e ICMBio, quando o fez, um grupo das pessoas nomeadas ou não eram habilitadas nos termos do Decreto nº 9.727/2019 ou, apesar de habilitadas, não possuíam conhecimento ou experiência prévia que justificasse a escolha. Foi uma conduta, portanto, que, apesar de também dentro de certa margem de discricionariedade autorizada em lei, o fim por ela buscado e atingido contraria expressamente o interesse público (proteção ao meio ambiente) que visa ser atingido por meio de dispositivo legal.

Ainda que habilitadas nos termos do citado decreto, as pessoas nomeadas não possuíam conhecimento ou experiência prévia que justificasse a escolha e, por isso, os interesses e a *expertise* de tais agentes seriam totalmente opostos ao interesse público contido nas normas de Direito Ambiental que o Ministro Sales deveria ter observado: a proteção ao meio ambiente. Isso porque não há como alguém sem conhecimento técnico e experiência prévia em determinada atividade específica da seara ambiental a exercer de forma minimamente suficiente para atingir o interesse público juridicamente esperado de proteção ao meio ambiente.

Os atos de improbidade que foram imputados a Salles descritos acima apresentam a similitude de configurarem todos, de algum modo, desvio de poder. Em resumo, é possível concluir que a caracterização de desvio de poder no presente caso se deu na medida em que, enquanto Ministro do Meio Ambiente, Salles teria de cumprir a legalidade estrita da Administração Pública e, assim, observar todas as normas a que ele está sujeito, principalmente as normas de Direito Ambiental, seja a previsão expressa da norma, seja o interesse público a que a norma visa tutelar. Porém, segundo os fatos descritos acima, extraídos da Inicial em análise, não houve a observância de tal obrigação por parte de Ricardo Salles e, por isso, havendo comprovação em juízo de que os atos a ele imputados foram de fato praticados, ter-se-á configurado desvio de finalidade em tais condutas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que, historicamente, o Estado brasileiro se comporta com ações e conivências

em prol de atividades extrativistas nos biomas brasileiros. Desde a colonização, mantém-se a mesma sistemática de atividades extrativistas, inclusive de Estados e agentes econômicos estrangeiros que fomentam o que se denomina como o *neoextrativismo*, caracterizado em sua essência por um sistema político-econômico de predominância das commodities e uso autodestrutivo pelo capital interno e externo da força de trabalho, do espaço urbano e rural e da natureza.

O século XXI se inicia com discursos e políticas em prol da proteção ao meio ambiente, voltados a acepções como “desenvolvimento econômico”, “sustentabilidade ambiental” e “soberania nacional”, momento este conhecido como ciclo progressista latino-americano. Porém, tais intenções e discursos, e mesmo que corroborados por normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao meio ambiente, não tiveram qualquer correspondência com a realidade concreta. Não houve efetividade significativa. Os danos ambientais permaneceram em magnitude exacerbada, permaneceu-se a ingerência de interesses econômicos internos e externos – notadamente do agronegócio – nos biomas brasileiros e, até o presente momento, o que se teve foi, além da manutenção dos danos ambientais ao longo da história do Brasil, o seu agravamento.

No atual governo federal, manteve-se o histórico de degradação ambiental, porém, com dois diferenciais se comparado aos governos do ciclo progressista latino-americano: aumentaram-se os índices de desmatamento e queimadas; e a postura do atual governo é expressa e diretamente contrária a políticas e ações governamentais de combate ao desmatamento e às queimadas. Nos pronunciamentos e posturas do atual governo federal, observa-se um favorecimento de interesses econômicos – notadamente do agronegócio – em prejuízo da fauna e flora brasileiras.

A partir da primeira parte da pesquisa, é possível, pois, concluir que um dos modos de o Estado brasileiro concorrer para a manutenção de um sistema extrativista ambientalmente destrutivo se dá com o estímulo e a conivência desse Estado em relação à predominância de interesses econômicos extrativistas sobre os biomas brasileiros. Tais interesses são tanto internos quanto externos, e em sua maioria estão atrelados ao sistema econômico de predominância de latifúndios e exportação de *comodities*.

Num segundo momento, a presente pesquisa se ateve a uma análise do caso concreto da Ação Civil de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400, ajuizada em face do atual Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, visando averiguar em que medida condutas específicas e determinadas de agentes do Estado que deveriam zelar pela observância do interesse público de proteção ambiental podem contribuir com a manutenção de um sistema neoextrativista deletério ao meio ambiente.

A partir da análise realizada sobre esse caso concreto em específico, foi possível observar que uma das formas pelas quais agentes do Estado podem praticar condutas específicas que

contribuam com a manutenção de um sistema neoextrativista ambientalmente destrutivo se dá por meio do que o Direito Administrativo denomina de desvio de finalidade. Mais precisamente, percebe-se que tais condutas se comportam em dois sentidos possíveis: a pretensão de atingir um fim ilegal a partir de meios juridicamente corretos; e a observância tanto de meios, quanto de fins dentro dos limites formalmente legais, porém, com interesses notadamente contrários ao interesse público que tais limites legais – supostamente “observados” – visam atender.

É possível ainda observar que, dentre as condutas praticadas por Salles em vista de fins opostos ao interesse público de proteção ao meio ambiente, houve uma recorrência de condutas que, de algum modo, possibilitaram incompatibilidades técnicas e de interesses na Administração Pública. Pessoas e órgãos com interesses institucionais e capacidade técnico-profissional totalmente opostos aos fins de proteção ao meio ambiente vieram a atender tal interesse público na administração de Ricardo Salles. Isso aponta para uma possibilidade de que, dentre os meios de o Estado concorrer com a manutenção de um sistema neoextrativista deletério ao meio ambiente, também seja utilizada uma organização administrativa específica que, em razão da técnica e dos interesses que visa atender, impossibilite a tutela do interesse público de proteção ambiental.

No estudo desse caso, o interesse público que Salles é acusado de ter violado consiste no dever constitucional de proteção ao meio ambiente atribuído às normas de Direito Ambiental, bem como, conseqüentemente, aos agentes do Estado que devem respeitar e efetivar tais normas. Ricardo Salles é um desses agentes, e as imputações descritas acima que lhe foram feitas apontam para a possibilidade de agentes públicos imbuídos de qualquer atribuição que seja de proteção ao meio ambiente agirem em conformidade com a lei, mas, ainda assim, atuarem em prol de interesses notadamente contrários ao interesse público de proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. **Salles vê “oportunidade” com coronavírus para “passar de boiada” desregulação da proteção ao meio ambiente.** *El País*, 2020. Disponível em: <

<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>>. Acesso em 12 Out. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DE MEIO AMBIENTE (ASCEMA).

Cronologia de um desastre anunciado: Ações do Governo Bolsonaro para desmontar as políticas de Meio Ambiente no Brasil. 2020. Disponível em:

<https://static.poder360.com.br/2020/09/Dossie_Meio-Ambiente_Governo-Bolsonaro_revisado_02-set-2020-1.pdf>. Acesso em 8 Out. 2020.

BENITES, Afonso. Descaso no Pantanal e Amazônia ameaça negócios do Brasil enquanto Governo se isenta de responsabilidade. *El País*, 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020->

09-16/descaso-no-pantanal-e-amazonia-ameaca-negocios-do-brasil-enquanto-governo-se-isenta-de-responsabilidade.html>. Acesso em 10 Out. 2020.

BLANCO, G. D.; ALMEIDA, J.P.; CHIAPPE, M. **Neoextrativismo e conflitos territoriais**: Os casos da empresa Vale Fertilizantes em Minas Gerais, Brasil, e da UPM no Uruguai. Anais do VIII Simpósio Nacional de Ciência e Meio Ambiente, 2017. Disponível em: <<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/sncma/article/view/179>>. Acesso em 10 Out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 8ª Vara de Justiça Federal. **Ação Civil de Improbidade sob nº 1037665-52.2020.4.01.3400**. Improbidade Administrativa. Ministro do Meio Ambiente. Encadeamento premeditado de atuar contrário à proteção ambiental. Violação ao dever de tutela do meio ambiente. Infringência aos princípios da Administração Pública de moralidade, eficiência, legalidade, impessoalidade, publicidade e lealdade às instituições. Autor Ministério Público Federal. Requerido Ricardo de Aquino Salles. Brasília-DF, 06 de jul. de 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/aia-salles-1>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, A. M. P.; JÚNIOR, N. S. R.; GUERRA, E. C.; MOURA, L. R. **Ciclos Petistas de ajuste e suas contradições: condições sócio-políticas para o Golpe de 2016**. Temáticas, Campinas, 27, (53): 39-68, fev./jun. 2019. Disponível em: <<https://econtents.bc.unicamp.br/inpec/index.php/tematicas/article/view/11602>>. Acesso em 10 Out. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DA COSTA, C. A. S.; LOUREIRO, C. F. Questão ambiental, neoextrativismo e capitalismo periférico: uma leitura política em Enrique Dussel. **SER Social**, v. 20, n. 42, p. 164-181, 15 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAKEBOOK.ECO. **The Ricardo Salles Fakebook, a guide to the falsehoods and rhetorical tricks of Brazil's Environment Minister**, 2020. Disponível em: <https://fakebook.eco.br/wp-content/uploads/2020/06/the-ricardo-salles-fakebook_en-1.pdf>. Acesso em 11 Out. 2020.

FOSTER, John Bellamy. **Marx e o meio ambiente**. In: Em Defesa da História: Marxismo e pós-modernismo. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999.

FOSTER, John Bellamy. **Marx's ecology: materialism and nature**. Monthly Review Press, 2000.

FRANÇA Vladimir da Rocha. Vinculações e discricionariedade nos atos administrativos. **RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, v. 222, out./dez., 2000, p. 97-116.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. **O Brasil de Jair Bolsonaro, um novo vilão ambiental para o planeta**. *El País*, 2019. Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/28/politica/1564267856_295777.html>. Acesso em 8 Out. 2020.

LOSEKANN, Cristiana. A política dos afetados pelo extrativismo na América Latina. Rev. Bras. Ciênc. Polít., Brasília, n. 20, p. 121-164, Aug. 2016. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010333522016000200121&lng=en&nrm=iso)

[script=sci_arttext&pid=S010333522016000200121&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010333522016000200121&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 18 Set. 2020.

MARINO, Tiago Fuchs; FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Controle judicial da discricionariedade administrativa, com enfoque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR**, v. 19, n. 1, jan./jun., 2016, p. 87-114.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política – O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. 2 reimp. São Paulo: Boitempo, livro I, 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE: **Apresentação**, 2020. Página inicial/O

Ministério/Apresentação. Disponível em: <<https://mma.gov.br/o-ministerio/apresentacao.htm>>.

Acesso em: 30 de set. de 2020.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Acumulação originária do capital e direito**. Revista InSURgência. Brasília, ano 2, v.2, n.1. 2016.

PINHO DE CARVALHO, Alba Maria; COSTA GUERRA, Eliana. **O Brasil no século XXI nos circuitos da crise do capital**: o modelo brasileiro de ajuste no foco da crítica Revista de Políticas Públicas, vol. 19, núm. 1, enero-junio, 2015, pp. 41-60. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Brasil. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/3211/321143201003.pdf>>. Acesso em 7 Out. 2020.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo** : colônia / Caio Prado Jr. ; entrevista Fernando Novais ; posfácio Bernardo Ricupero. – 1ª ed. – São Paulo : Companhia das Letras, 2011.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr., 2015, p. 83-116.

SOUZA, Oswaldo Braga de. **O que o governo Dilma fez (e não fez) pela reforma agrária?**

Instituto Socioambiental, 2016. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/o-que-o-governo-dilma-fez-e-nao-fez-pela-reforma-agraria>>. Acesso em 6 Out. de 2020.

SVAMPA, Maristela. **As fronteiras do neoextrativismo na América Latina**. São Paulo: Elefante, 2019. Disponível em: http://calas.lat/sites/default/files/svampa_neoextractivismo.pdf - Apresentação, Introdução e Capítulo 1. Acesso em 05 de setembro de 2020.

TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, out./dez., 2005, p. 63-73.

INVIOLABILIDADE DOMICILIAR x FLAGRANTE DELITO: A NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA PARA INGRESSO NO BEM CONSTITUCIONAL

Phelipe Ribeiro da SILVA¹
Mirella Bianca Bosa dos SANTOS²

RESUMO

Domicílio é o local físico em que o indivíduo goza da privacidade e vida íntima, em seus variados sentidos, sendo este local protegido no rol de direitos e garantias fundamentais, na forma do art. 5º, XI, da Constituição Federal. Embora seja tutelado, não possui caráter absoluto, na medida em que a carta política estabeleceu algumas exceções, entre elas o flagrante delito. Nesse contexto, o presente trabalho visa analisar o julgamento do recurso em *habeas corpus* nº 89.853/SP (2017/0247930-4), de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, no sentido de refletir a respeito da inviolabilidade domiciliar nas hipóteses de flagrante delito em crimes permanentes. Para tanto, baseou-se no entendimento jurisprudencial e doutrina especializada. Concluiu-se que o simples fato do crime se de natureza permanente não justifica, por si só, a invasão domiciliar e, dessa forma, o julgado se mostrou tecnicamente coerente ao atender ao Tema 280 do STF, principalmente no que concerne a necessidade de prévia investigação policial a fim de realizar diligências para buscar provas ou indícios que comprovem a ocorrência de crime dentro da casa para então, comprovado o estado de flagrância, suceder a entrada forçada do domicílio sem mandado judicial. Vale dizer, a não observância torna nula todas as provas que do ingresso arbitrário advieram, de modo a refletir a importância da presente discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Inviolabilidade domiciliar; Flagrante delito; Crime permanente; Tema 280/STF.

ABSTRACT

Domicile is the physical place where the individual enjoys privacy and an intimate life, in its various senses, this place being protected in the list of fundamental rights and guarantees, in the form of art. 5, XI, of the Federal Constitution. Although it is protected, it does not have an absolute character, inasmuch as the exclusive political charter includes exceptions, including the flagrante delicto. In this context, the present study aims to analyze the judgment of the appeal in *habeas corpus* nº 89.853 / SP (2017 / 0247930-4), by the Rapporteur of Minister Ribeiro Dantas, in order to reflect on the inviolability of the home in cases of flagrante delicto in crimes permanent. To this end, it was based on jurisprudential understanding and special doctrine. It was concluded that the simple characteristics of permanent crime do not, in itself, justify home invasion and, in this way, the court proved to be technically coherent in meeting Theme 280 of the Supreme Court, especially with regard to the need for a previous police investigation. in order to take steps to search for evidence or evidence that proves the occurrence of a crime inside the house, then, with proven or flagrant status, the forced entry of the home will occur without a court order. That is to say, non-compliance renders all the evidence that came about arbitrary entry null and void, in order to reflect the importance of this discussion.

KEYWORDS: domestic inviolability; Blatant offense; Permanent crime; Theme 280 / STF.

-
- 1 Discente do curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM), campus de Marília, estado de São Paulo.
 - 2 Discente do curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM), campus de Marília, estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Domicílio é primeira instituição de civilidade que marca a passagem do nomadismo à instalação estável do homem e, conseqüentemente, a inserção do *homo sapiens* dentro da civilização.

Com a evolução da sociedade e o distanciamento da interferência do Estado na vida privada, se fez necessário a criação de normas visando conter abusos contrários aos direitos fundamentais do ser humano. Nesse sentido, a inviolabilidade domiciliar se impôs como condição ao indivíduo para desfrutar de sua privacidade, sem sofrer intervenção do Estado ou de terceiros.

Em nosso ordenamento jurídico, a proteção do domicílio surgiu em 1824 na Constituição política do Império do Brasil e, do mesmo modo, prosseguiu nos textos políticos de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC de 1969 e, por fim, a CF/1988, em seu artigo 5º, inciso XI.

Por definição, domicílio refere-se a qualquer dependência habitada, qualquer local empregado como habitação coletiva ou qualquer dependência não aberta ao público, local onde se desempenha atividade ou profissão. No Código Penal³, a abrangência de *casa* “compreende qualquer compartimento habitado”, aposento ocupado de habitação coletiva” e “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (CP, art. 150, § 4º).

No entanto, embora seja um preceito fundamental, não possui caráter absoluto, visto que a própria Constituição Federal ressaltou hipóteses em que possível o ingresso no domicílio alheio sem o consentimento do morador, entre elas o flagrante delito.

Com efeito, os tribunais, buscando reestabelecer a ordem e proteger o núcleo central deste direito, têm proferido decisões que tutelam a inviolabilidade domiciliar contra as arbitrariedades estatais, visto que há muito é desrespeitada. Nesse hiato, fixou-se o entendimento que a entrada forçada em domicílio, sem ordem judicial, somente pode ocorrer quando houver fundadas razões que indiquem a situação de flagrância dentro da casa, é dizer, veda-se a possibilidade de justificativa para violação o uso de meras suposições pelos policiais.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar o julgamento do recurso em *habeas corpus* nº 89.853/SP (2017/0247930-4), de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, no sentido de de refletir a respeito da inviolabilidade domiciliar nas hipóteses de flagrante delito em crimes permanentes.

I – DA SÍNTESE DOS FATOS

A título de breve contextualização, o acórdão em análise foi proferido no julgamento do

3 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (“*Código Penal*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 19/04/2020.

recurso em *habeas corpus* nº 89.853/SP (2017/0247930-4)⁴, interposto por Junior da Silva contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo recorrido era o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Pleiteava a defesa, em suma, o trancamento da ação penal por ilicitude das provas colhidas por violação de domicílio. No entanto, a Quinta Turma, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, *a priori*, negou provimento ao recurso, sob o argumento que referida medida é excepcional e se justifica somente nos casos de comprovação da atipicidade da conduta, de incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se observaram naqueles autos.

Ponderou ainda o E. Ministro que o ingresso regular em domicílio alheio depende, para a sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões, aferíveis somente quando o contexto fático anterior à invasão concluir acerca da ocorrência de crime no interior da residência, na forma do julgamento do REsp 603.613/RO, de repercussão geral, que estabeleceu o Tema 280⁵ pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, o recorrente foi flagrado na posse de armas de fogo de uso restrito e tráfico ilícito de entorpecentes, crime de caráter permanente e que legitimam o acesso ao domicílio do agente infrator, impondo-se a negação do recurso interposto.

Contudo, o recorrente manejou Recurso Extraordinário, negado e, após agravo, oportunidade em que o Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação do tema 280/STF.

Assim, em juízo de retratação, a Quinta Turma, deu provimento, por unanimidade, ao recurso de *habeas corpus* no sentido de declarar ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal, pois estas foram obtidas após o ingresso na residência, em flagrância posterior, o que é vedado.

II – DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DOMICILIAR E SUAS LIMITAÇÕES

4 STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 89.853/SP (2017/0247930-4). Relator: Ministro Ribeiro Dantas – Quinta Turma. D.J.: 18/04/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104288870&num_registro=201702479304&data=20200302&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 16/04/2020.

5 Tese do Tema 280/STF: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”. (STF. TEMA 280. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280#](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280#>)>. Acesso em 26/04/2020).

Domicílio é o local físico em que o indivíduo goza da privacidade e vida íntima, em seus variados sentidos, não podendo sofrer intromissão por terceiros. De acordo com Gilmar Mendes, a ideia de proteção ao domicílio busca “preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, a sua personalidade”⁶

Nesse contexto, a inviolabilidade domiciliar se impõe no rol de direitos e garantias fundamentais no artigo 5, inciso XI da Constituição Federal⁷ do seguinte modo: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

Tecendo a respeito da garantia constitucional, Alexandre de Moraes pontua que:

O preceito constitucional consagra a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente, a partir das tradições inglesas, conforme verificamos no discurso de Lord Chatham no Parlamento britânico: O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar. A inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à perseguição penal ou tributária do Estado.⁸

Em outras palavras, Tavares ressalta:

Fica assegurado à pessoa um local dentro do qual pode exercer livremente sua privacidade, sem que seja importunado ou tenha de expor-se, em seu comportamento, ao conhecimento público. Engloba, ainda, a liberdade de conviver sob um mesmo teto com sua família (ascendentes e descendentes) e a liberdade de relação sexual, denominada intimidade sexual (entre o casal), e, dada a amplitude com que tem sido aceita, a liberdade de exercer sua profissão.⁹

Malgrado, mister ponderar que o termo “casa” detém uma amplitude maior do que no direito privado ou senso comum, não se resumindo a residência – habitação do indivíduo, alcançando também todo o espaço privado em que o indivíduo exerce a sua atividade profissional. No Código Penal¹⁰, em sintonia a jurisprudência do STF, a abrangência de *casa* “compreende qualquer compartimento habitado”, “apartamento ocupado de habitação coletiva” e “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (CP, art. 150, § 4º), sendo, dessa

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 423.

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19/04/2020.

8 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 153.

9 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 679-680.

10 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (“*Código Penal*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 19/04/2020.

forma, “todo lugar privativo, ocupado por alguém com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual”.¹¹

A título de exemplo, cite-se o escritório de trabalho, estabelecimento industrial e o clube recreativo, além de *trailer*, barco ou lugar de habitação coletiva como hotel, pensão ou motel, na medida em que é irrelevante que a moradia seja fixa ou permanente, bastando que o local seja de acesso restrito ao público, ou melhor, não seja aberto e pretenda-se excluir a presença de terceiros, na forma do art. 150, §5º, I do CP.

Registre-se que jardim, garagem e demais partes externas da residência, muradas ou não, incluem-se no termo casa.¹² Por outro lado, taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero estão excluídas por força do art. 150, §5º, II do CP, salvo se houver compartimento reservados ao uso exclusivo.

Prescreve Moraes que a proteção mediata nem sempre é o espaço físico, tutelando também os documentos, bens e pertences que naquele local estão, isso, pois, em decorrência do direito à intimidade e à vida privada:

Dessa forma, a proteção constitucional à inviolabilidade domiciliar abrange todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente, pois nessa relação entre pessoa e espaço preservaram-se, mediamente, a intimidade e a vida privada do indivíduo, pois, como destacado pelo Ministro Celso de Mello, “a extensão do domicílio ao compartimento habitado e outras moradias, além de locais não abertos ao público no qual exerce a pessoa sua profissão ou atividade, há que ser entendida como um reforço de proteção à intimidade e à privacidade, igualmente exercitadas e merecedoras de tutela em locais não incluídos no rígido conceito de ‘residência’ e domicílio”. 135 Os direitos à intimidade e à vida privada – consubstanciados em bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de “casa” – garantem uma salvaguarda ao espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, e contra flagrantes arbitrariedades. O conteúdo de bens, pertences e documentos pessoais existentes dentro de “casa”, cuja proteção constitucional é histórica, se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade (intimidade), e também envolve todos os relacionamentos externos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações sociais e culturais (vida privada). [...] Os direitos à intimidade e vida privada, corolários da inviolabilidade domiciliar, devem ser interpretados de forma mais ampla, em face do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, levando em conta, como salienta Paolo Barile, as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa, pois como nos ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, “as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção da prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões”.¹³

Vale anotar, a proteção constitucional não detém eficácia somente contra a ação estatal, mas também aos particulares, sendo titulares tanto as pessoas físicas como jurídicas. A despeito dos titulares, importante salientar que, na hipótese de titularidade múltipla e em caso de conflito, “cabe

11 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 424.

12 Vide nota anterior, p. 424-425.

13 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 154.

ao chefe da casa (marido e mulher têm iguais direitos e prerrogativas, por força do art. 226, § 5º, da CF) ou da comunidade (diretor de internatos, superior de conventos etc.) a palavra definitiva.”¹⁴ Ademais, os dependentes e subordinadores exercem a faculdade da inviolabilidade somente no que diz respeito as dependências lhe destinadas (v.g. quarto), não havendo eficácia contra o chefe da casa.

No tocante ao modo, o consentimento para ingresso no bem constitucional pode ser tácito ou expresso.

Não obstante a tutela jurídica, do texto político, extrai-se que a casa é tutelada contra ingerências de terceiros na vida íntima do cidadão, no entanto, estabeleceram-se quatro exceções à inviolabilidade, que não é um direito absoluto: (i) flagrante delito; (ii) desastre, (iii) prestação de socorro, (iv) determinação judicial.

Com efeito, a qualquer instante, é possível adentrar, independente do consentimento e horário, em caso flagrante delito, bem como em desastre ou para prestar socorro, estes últimos entendidos nas palavras de Gilmar Mendes do seguinte modo:

Desastre tem o sentido de acontecimento calamitoso, de que fazem exemplos a inundação, o deslizamento de terras e o incêndio. Trata-se do episódio que ameaça e põe em risco a saúde ou a vida de quem se encontra no recinto protegido constitucionalmente. Nesses casos, o domicílio pode ser invadido para salvar quem sofre o perigo. Permite-se, também, o ingresso na casa alheia para que quem está de fora possa salvar-se de um desastre, como no evento em que o indivíduo rompe a parede de prédio contíguo para escapar de incêndio no seu próprio edifício. Outra hipótese prevista constitucionalmente é a do ingresso, sem prévia autorização, para prestar socorro. Esse socorro pode não estar ligado a acontecimento calamitoso. Tampouco será qualquer pretexto de auxílio que legitimará a entrada de pessoa não autorizada em domicílio alheio. É preciso, para que se penetre, sob esse fundamento, em casa alheia, que, ali, alguém esteja correndo sério risco e não se tenha como obter a permissão de entrada.¹⁵

Além disso, a ingerência ao domicílio sem o consentimento do morador pode ocorrer quando autorizado pelo judiciário e desde que seja durante o dia. A respeito do conceito de dia, Mendes pondera que reflete a todas as horas compreendidas entre o nascer e o pôr do sol¹⁶, por outro lado, Moraes, mesclando os conceitos de José Afonso da Silva e Guilherme de Souza Nucci, estabelece um horário fixo, que seria entre às 06h00 da manhã e 18h00 da tarde, sendo possível, mesmo após às 18h00, desde que, ainda, não seja noite (v.g. horário de verão).¹⁷

Para Tavares, no entanto, “é totalmente insustentável uma teoria que permita ingressar no domicílio durante um período superior a 50% das 24 horas”, na medida em que iria privilegiar o dia em desproporção à noite. Por este motivo, seria inviável a regra do Código de Processo Civil (art.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 426.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 426-427.

16 V. nota anterior, p. 427.

17 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 156.

172), que admite a prática dos atos processuais das seis da manhã às oito horas da noite, quando envolver o ingresso no domicílio do indivíduo. Segundo o autor, a melhor interpretação deve ser um período invariável, das 06h às 18h, observando-se o máximo de 12 horas diárias.¹⁸

Acrescente-se que se trata de rol taxativo, é dizer, somente os casos previstos na Constituição Federal permitem o ingresso independente de consentimento. Desse modo, outros casos previstos na legislação infraconstitucional, desautorizados de autorização judicial, não mais subsistem, salvo se consentidas pelo morador ou com autorização judicial.

A despeito da intromissão de terceiro, durante o dia, necessário observar ainda o que se denomina como *cláusula de reserva jurisdicional*, “consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos.”¹⁹ Nesse sentido, Celso de Melo pondera que:

Nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem a 14.3 Comissão Parlamentar de Inquérito ou seus representantes, agindo por autoridade própria, podem invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Esse comportamento estatal representará inaceitável afronta a um direito essencial assegurado a qualquer pessoa, no âmbito de seu espaço privado, pela Constituição da República. A Constituição Federal prescreve, no art. 145, § 1º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar. Daí a observação de Ives Gandra Martins – reiterada por Sacha Calmon Navarro Coelho – no sentido de que os poderes de investigação do Fisco estão essencialmente limitados pelas cláusulas subordinantes da Constituição Federal cujas prescrições proclamam a necessidade de efetiva submissão do Poder estatal aos direitos individuais assegurados pela Lei Fundamental. Por isso mesmo, assinala Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil, v. 6º, tomo I, p. 64, 1990, Saraiva). De início, o direito de fiscalizar é um direito inerente à Administração dentro das regras próprias do direito administrativo. E como a Constituição garante os direitos individuais, à evidência, garante a inviolabilidade do domicílio nos termos do art. 5º, XI, com o que o Fisco, pela nova Constituição, não tem mais direitos do que aqueles que tinha com a Constituição pretérita.²⁰

Consigne-se que “o mandado não pode ser geral (ordem para revistas todas as casas de um logradouro, vila ou o que seja). A cada casa deve corresponder uma ordem singular”.²¹

Sistematicamente, no que toca a investigação criminal, o domicílio poderá ser acessado a qualquer tempo nos casos de interesse da segurança pública (flagrante), para prestação de socorro, ocorrência de desastre ou quando consentido pelo morador e, durante o dia, mediante prévia autorização judicial. Sobre o tema, pondera Capez que “a violação do domicílio à noite, para cumprir o mandado, sujeita o violador a crime de abuso de autoridade, consistente em executar

18 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 684-685.

19 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 156.

20 Trecho do voto proferido como relator: STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

21 V. nota nº 13, p. 428.

medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder”²², com incurso no art. 150 do Código Penal²³ e outros dispositivos legais.

Do mesmo modo ocorrerá com o flagrante delito que, embora seja uma exceção a prévia autorização (CF, art. 5, LXI)²⁴, sujeitará ao controle judicial *a posteriori*, na forma da Constituição (art. 5º, LXII).²⁵ Logo, o juiz verificará se a medida invasiva era justificável frente a violação do preceito da inviolabilidade, isto é, a legalidade da prisão, considerando-se arbitrária aquela que for em desacordo ao núcleo essencial do direito.

Destarte, é certo que o interesses da segurança pública, em especial a atividade de persecução criminal encontra limites frente aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, sendo necessário que as regras processuais sejam interpretadas sem ofender os direitos básicos e fundamentais do ser humano.

III – DO FLAGRANTE EM DELITO DE CARÁTER PERMANENTE E DA NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES

Na mesma ideia do tópico anterior, percebeu-se que a Constituição Federal consagrou hipóteses de exceções à inviolabilidade domiciliar, permitindo adentrar a residência do morador, sem a sua anuência, na hipótese, dentro de outras, de flagrante delito.

Flagrante é um mecanismo de autodefesa da sociedade contra aquele que está praticando ou praticou infração penal, sendo desnecessário mandado de prisão. Sobre suas tipologias, o Código de Processo Penal²⁶, em seu art. 302, estabeleceu da seguinte forma.

As duas primeiras, são conhecidas como *flagrante em sentido próprio* (incisos I e II) e ocorrem quando o sujeito está cometendo ou acabou de cometer a infração penal. Nas palavras de Távora e Alencar, dá-se quando o “agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de Imediaticidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão”.²⁷

No *flagrante em sentido impróprio* (inciso III), também chamado de quase-flagrante, o

22 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito Processual Penal*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

23 *Vide* Código Penal: “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”

24 *Vide* a Constituição Federal: “Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”

25 *Vide* a Constituição Federal: “Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

26 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 20/04/2020.

27 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Curso de Direito Processual Penal*. 11. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.p. 874.

agente é perseguido logo após cometer o delito em situação que faça presumir ser ele o autor. Nesta hipótese, é imprescindível que haja perseguição do agente logo após a prática do delito e que esta seja ininterrupta para fins de configuração.

Por sua vez, o *flagrante presumido ou ficto* (inciso IV), o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas ou objetos que presumam ser ele o autor do delito, sendo desnecessária a perseguição após a infração criminal.

Vale mencionar ainda a respeito do flagrante em crimes permanentes.

Por definição, crime permanente, pondera Nucci, é aquele que o momento da consumação protraí no tempo, de maneira que o bem jurídico é continuamente agredido por vontade do agente até que ele queira.²⁸

Assim, pois, nestes crimes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Neste intervalo, a agressão é reiterada ao ordenamento jurídico, ou seja, o crime está em curso. Daí porque se, dentro do domicílio o crime permanente está ocorrendo, está caracterizada a situação de flagrante, que também é permanente, de modo que “os órgãos policiais estariam autorizados a proceder a realizar prisões, independentemente da existência de mandado judicial ou do consentimento do morador”.²⁹

Nesta perspectiva, é a disposição do art. 303 do Código de Processo Penal ao dispor que “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Referido entendimento foi corroborado pela doutrina³⁰ e jurisprudência consolidada, inclusive do STF, que sempre adotou o entendimento de que “se dentro da casa está ocorrendo o crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independentemente de determinação judicial”.³¹

Em miúdos, acerca do tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas, nº 11.343/2006³², a conduta típica do consubstancia-se em 18 verbos, a saber “importar, exportar,

28 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

29 MACHADO, Iuri Victor Romero. Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado. Revista Justiça e Sistema Criminal, São Paulo, v.6, n.10, p. 135-166, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/16>>. Acesso em: 22/04/2020.

30 Cleber Masson aduz que: “Crimes permanentes são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. O ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante é cabível a qualquer momento, enquanto perdurar a situação de ilicitude.” (MASSON, Cleber Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019)

31 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 117.159, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.11.2013. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3434067&ext=RTF>>. Acesso em 27/04/2020; RHN Nº 121.419, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 2.9.2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3640990&ext=RTF>>. Acesso em 27/04/2020.

32 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 27/04/2020.

remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas”, quer de forma remunerada ou gratuita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tecendo a respeito da classificação doutrinária, Silva aduz que se trata de crime doloso, comum, de mera conduta, plurissubsistente, de perigo abstrato e coletivo.³³ Sobre a consumação, assevera que o delito penal é de caráter permanente, com exceção da conduta adquirir, que é crime instantâneo.³⁴

A título de ilustração, estando a droga depositada em uma determinada casa, o morador está em situação de flagrante delito e, portanto, está passível de prisão em flagrante. Isto é, as forças policiais poderiam ingressar na residência, sem autorização judicial, e realizar a prisão.

Consigne-se que, do aludido entendimento, o policial ingressa na residência sem ter a certeza de que a situação de flagrante, de fato, ocorre. Ora, se de fato houver drogas, a prisão então se concretizará e o dever está cumprido. Ao contrário, se não é achado qualquer objeto de crime, então não haverá qualquer medida restritiva de liberdade, restando apenas a violação do direito constitucional do cidadão.

E mais, seria possível, numa situação hipotética, a polícia selecionar casas por sorteio e, nas escolhidas, realizar busca e apreensão, independe de qualquer informação anterior sobre o morador. Algumas, com certeza, deflagrariam crimes, contudo, esse resultado não justificaria a ingerência sobre os bens jurídicos.

É certo que, da literalidade do texto constitucional em vigor, é admitido o ingresso forçado na simples situação do estado de flagrante. Contudo, a hermenêutica gramatical não se mostrava satisfatória, deverás porque, estaria consagrando uma evidente arbitrariedade ao Estado que poderia, a pretexto de suposta prática de delito criminal, violar as garantias e direitos fundamentais conquistados arduamente.

Aliás, acerca disso, imprescindível, na ordem constitucional atual, analisar os institutos com vistas aos tratados de direitos humanos. Neste ponto, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos protegem o domicílio contra ingerências arbitrárias:

Artigo 11. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.³⁵

33 SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016. p. 53-54.

34 SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016. p. 54

35 Convenção Americana De Direitos Humanos de 1969, Pacto De San José Da Costa Rica. Disponível Em

Artigo 17. 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.³⁶

Sem dúvidas, havia a necessidade de evolução do entendimento cristalizado na jurisprudência rumo à uma interpretação constitucional. E foi calcado nestes fundamentos jurídicos, visando ainda evitar arbitrariedades contra o núcleo essencial do direito fundamental constitucional da inviolabilidade domiciliar, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, no tema 280, a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em *fundadas razões*, devidamente justificadas a *posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.³⁷

Com efeito, o enunciado acima instituiu a figura das “*fundadas razões*” como condicionante para permitir a força policial adentrar no domicílio do cidadão, sem autorização judicial, sujeitando-se, entretanto, a conduta ao controle judicial imediatamente. Neste controle *a posteriori* ou de legalidade, por ser tratar de conceito jurídico indeterminado, o juiz verificará se os agentes agiram de acordo com o direito, isto é, analisará se estavam presentes os requisitos para o ingresso na residência e se a sua execução foi proporcional ao direito tutelado.

Destaque-se que essa figura se compara ao exame feito nos casos de busca e apreensão do

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29/04/2020.

36 Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 29/04/2020.

37 Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

art. 240, §1º do CPP³⁸, embora seja após a medida invasiva.

Dessa forma, nos crimes permanentes, como é o caso do tráfico de drogas, o estado de flagrância não é suficiente, por si só, para justificar a entrada no domicílio, sem autorização judicial, exige-se, pois, a demonstração de fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante.

Nessa continuidade, a jurisprudência já sinalizou que a ausência de prévia investigação, monitoramento ou campanas no local do fato e a falta de informação concretas e robustas, a exemplo de movimentação típica de comercialização de droga ou a ausência de diligências para apurada a veracidade das informações não são consideradas justas causas e, portanto, mesmo que seja deflagrado um crime, a prova será considerada ilícita.³⁹

Na mesma perspectiva, a denúncia anônima não apurada anteriormente, ou suspeitas da ocorrência de um crime dentro da residência, não autorizam a entrada dos policiais (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019). Ademais, não se considera fundadas razões o fato de o suspeito fugir ao avistar a polícia.⁴⁰

Portanto, o ingresso forçado em domicílio, quando desamparado autorização judicial ou de fundadas razões, é dizer, sem a existência de elementos mínimos a justificar a violação, é arbitrária. Deste modo, a flagrância posterior a entrada é ilícita, o que torna a imprestável a prova e todas

38 Dispõe o art. 240 do Código de Processo Penal: “A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando *fundadas razões* a autorizarem, para: [...]”.

39 RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. [...] 2. *Não há, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que policiais militares receberam "notícias" acerca de eventual traficância praticada pelo réu, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação, de maneira que não se configurou o elemento "fundadas razões" a autorizar o ingresso no domicílio do réu.* [...] (REsp 1593028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020)

40 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006; 245, CAPUT, 302, I, E 303, E 386, II, TODOS DO CPP. PLEITO DE AFASTAMENTO DA NULIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COMO VIÉS DE INVASÃO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO. JURISPRUDÊNCIA DO STF. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 3. *O simples fato de o agravado ter tentado fugir quando avistou a patrulha não caracteriza a justa causa, apta a ensejar a quebra da inviolabilidade domiciliar, ao fundamento do estado de flagrância.* (HC n 473.727/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 19/2/2019); (AgRg no REsp 1817942/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 16/03/2020)

aquelas decorrentes desta, em virtude da teoria dos frutos da árvore envenenada.⁴¹

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, concluiu-se que se mostrou tecnicamente coerente o julgado objeto deste estudo, atendendo-se ao Tema 280/STF, principalmente no que concerne a necessidade de prévia investigação policial, no sentido de diligências para buscar provas ou indícios que comprovem a ocorrência de crime dentro da casa para então, comprovada o estado de flagrância, suceder a entrada forçada no domicílio sem mandado judicial.

Há que se ressaltar ainda que o julgado analisado foi harmonioso à jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer que, o fato do crime de tráfico de drogas ser de natureza permanente, por si só, não justifica a entrada forçada. Do mesmo modo, a fuga do ao avistar a polícia, assim como a denúncia a anônima, quando desacompanhadas de outros elementos indicativos do delito, não são justas causas para o ingresso na residência, sendo, portanto, arbitrária e ilícita a conduta policial e a prova colhida.

Em suma, observou-se que a flagrância posterior, ou melhor, o resultado positivo no sentido de constatar o flagrante do delito de tráfico de drogas após o ingresso forçado sem mandado judicial, não justifica a agressão ao direito fundamental constitucional da inviolabilidade domiciliar (art. 5, XI), o qual é fruto de conquistas históricas dos direitos humanos – destaque-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou e integrou tratados de direitos humanos nesse sentido - visando reprimir arbitrariedade estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 19/04/2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana De Direitos Humanos de 1969 (“*Pacto De San José Da Costa Rica*”) Disponível em:

41 RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 3. *A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante não passou de mero acaso, de maneira que a entrada no domicílio do acusado, no caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito. Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.* (REsp 1593028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em 29/04/2020

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (“*Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 29/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (“*Código Penal*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 19/04/2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941* (“*Código de Processo Penal*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27/04/2020.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006* (“*Lei de Drogas*”). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 27/04/2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito Processual Penal*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307

MACHADO, Iuri Victor Romero. *Inviolabilidade domiciliar: novas perspectivas a partir do direito comparado*. Revista Justiça e Sistema Criminal, São Paulo, v.6, n.10, p. 135-166, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/16>>. Acesso em: 22/04/2020

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120) – vol. 1. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 423.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016. p. 53-54.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 874.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS PROMESSAS DA MODERNIDADE NÃO CUMPRIDAS - UMA INTERVENÇÃO NECESSÁRIA OU DISCRICIONARIDADES E DECISIONISMOS?

Bruno Humberto NEVES¹
Rubens BEÇAK²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a Jurisdição Constitucional, observando-se suas distinções entre teses procedimentalistas e substancialistas, como instituto capaz de produzir justiça Constitucional. Pois, com a afirmação do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, surge um novo modelo de Estado, não mais somente, aquele que regula ou providencia, mas também aquele capaz de produzir transformações sociais, elencando como seus objetivos fundamentais o art. 3º da CF. Assim, entende-se a Constituição Federal, como uma Lei Maior de caráter compromissório, ou seja, voltado para tais finalidades, de modo com que os problemas sociais sejam agora assuntos que necessitam da atenção do Direito. Sendo que, nestas condições, o Judiciário como ente público, submetido e regulado pela Constituição, deve entender-se como também um ente social-político, capaz de, mediante a inércia notória dos poderes legislativos e executivos e diante da situação de miséria e exclusão social no Brasil, ser capaz de produzir justiça social, de modo com que as promessas da modernidade sejam finalmente cumpridas para a grande parte carente da população.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição-Constitucional-Democracia-Hermenêutica.

ABSTRACT

- 1 Advogado Criminalista no escritório Ravagnani y Neves Advogados. Possui graduação em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda (2009). Membro do Comitê de Ética e Pesquisa da FFCL. Membro do Grupo de Pesquisa NUPEJURI. Membro do Grupo de Pesquisa Neurolaw. Presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB de Ituverava-SP. Tem experiência na área de Direito em Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, com ênfase em defesas penais perante o Tribunal do Júri e sustentações orais nos tribunais superiores.
- 2 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Graduação e Pós-graduação (em afastamento, a partir de fevereiro de 2020, para realização de Pós-doutorado na Universidade de Salamanca-ES - Centro Ibero-Americano (CIBA) - Instituto de Ibero-América da Universidade de Salamanca-ES). Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-2014). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Coordenador das atividades ligadas ao Termo Aditivo ao Convênio de Colaboração Acadêmica entre a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidad de Salamanca (USAL). Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa: A dimensão ético-moral e o Direito e Pesquisador dos seguintes Grupos de Pesquisa: O Direito à Educação e a Constituição; Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas da Universidade de São Paulo (NUPPs); O impacto da lei ficha limpa nos tribunais (encerrado em 2015). Grupo de Pesquisa: Observatório do Direito Eleitoral (2019) (Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ-Líder: Vania Siciliano Aieta); Regional and Constitutional Structures in Tension (RCST); Reforma Política (2015); Participação como Forma de Deliberação Democrática (2012). Editor da Revista de Estudios Brasileños. Coordenador do Núcleo de Direitos da Universidade de São Paulo-USP (2014-2017). Presidente Regional da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (RBPDF) e da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais (RIDF). Membro das seguintes instituições: Comitê Científico GELF (Global Education Law Forum); Comitê de Sociologia do Direito da Associação Internacional de Sociologia (Committee on Sociology of Law of the International Sociological Association - ISA); International Master's in the Sociology of Law / Oñati International Institute for the Sociology of Law - IISL-Antigua Universidad (2016); International Political Science Association - IPSA (2018); Research Committee on Sociology of Law; Law and Society Association; International Association of Constitutional Law (IACL) (2014). Filiado à The International Society of Public Law (ICON-S/2019). Diretor do CONPEDI gestão 2017-2020, na Secretaria de Relações Internacionais para os demais Continentes. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Eleitoral da Faculdade de Direito da USP (Ribeirão Preto). Presidente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP no período de 2017-2019.

This paper aims to study the constitutional jurisdiction observing their theses distinctions between procedural and substantial, as the institute that can produce constitutional justice. Because, with the affirmation of the democratic state in the Constitution of 1988, a new state model arises, no longer alone, that one which regulates or provides, but also one capable of producing social changes, detailing the 3th article of the Federal Constitution as its fundamental goals. Thus, the Federal Constitution is understood as a higher law of nature price undertaking, that is, designed for such purposes, so the social problems are now issues that require the attention of Right. So that, under these circumstances, the judiciary, as a public entity, submissive and regulated by the Constitution shall be construed as also a social-political entity, capable of, through the notorious inertia of the legislative and executive powers and faced with the misery and social exclusion in Brazil, be able to produce social justice, this way the promises of modernity could be finally met for the most needy of the population.

KEYWORDS: Jurisdiction. Constitution. Democracy. Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Após trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos fundamentais e sociais nela consagrados continuam a ser violentamente sonegados à parte da população brasileira, sendo que, os objetivos fundamentais por ela determinados em seu art. 3º, como, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, também não foram alcançados.

Frente a essa inefetividade atual da Lei Maior, o presente artigo busca realizar um estudo sobre a Jurisdição Constitucional, com base em uma perspectiva do Direito que nesta fase da história, o entende não mais como regulador, mas também como transformador da sociedade.

Deste modo, trata-se sobre Jurisdição Constitucional como instrumento de transformação do Direito. Analisa-se o papel da Jurisdição Constitucional no Brasil, os embates entre correntes procedimentalistas e substancialistas, bem como, a necessidade de constituir a ação em terras brasileiras e os “limites” para esta atuação.

Com efeito, discute-se também a aplicação de princípios constitucionais em casos concretos, mediante uma jurisdição constitucional discorrendo sobre a classificação de intervenção constitucional necessária ou decisionismos e discricionariedades.

A pesquisa é de caráter teórico e exploratório dos textos e teorias nacionais a respeito do tema, utilizando-se como método de abordagem a perspectiva dialética.

2. TEORIAS PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS NA EFETIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No constitucionalismo contemporâneo discute-se a possibilidade de emancipação e transformação social via a efetivação de direitos fundamentais através do judiciário. Assim, será abordado com o respaldo de Streck e Souza Cruz as visões das teorias procedimentalistas e substancialistas, de modo a compreender, em suas concepções, o papel da Constituição em terras brasileiras e é nesse sentido que Streck (2008, p. 24) afirma:

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixo temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentalistas, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses matérias colocam ênfase na regra contra-majoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito.

Com efeito, a corrente substancialista advoga pelo protagonismo do judiciário na efetivação de direitos fundamentais, frente à tímida postura dos poderes legislativos e executivos na criação de políticas públicas efetivas. Assim, posiciona-se Streck (2008, p. 25) ao afirmar que:

A implementação dos direitos fundamentais-sociais (substanciados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade na validade da própria Constituição, naquilo que ela representa pelo elo contencioso que une política e direito. Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais e serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão.

De outro modo, sob prisma da concepção procedimentalista, assevera ainda (2008, p. 30):

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática de opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em nação de cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores”, adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Com efeito, crítico quanto à jurisprudência de valores, Cruz (2004) ao expor o pensamento de Habermas, traz que para a corrente procedimentalista a “resposta correta” se dá quando:

Não está na busca de um consenso ético-substantivo majoritário. Ela está no procedimento, ou seja, na observância concorrente do “devido processo constitucional”, do “princípio da moralidade” (reciprocidade) e do “discurso jurídico” que, em conjunto, permitem a filtragem dos direitos fundamentais universais. A segurança jurídica não se encontra mais em um possível consenso substantivo, mas na rigorosa observância do processo. (CRUZ, 2004, p 237).

Lado outro, Streck (2008, p. 30) faz ressalvas a esse viés procedimentalista excessivo, em razão das peculiaridades da sociedade brasileira, argumentando assim:

Por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.

Desse modo, as perspectivas substancialistas diferentemente das procedimentalistas entendem que os valores e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos servem de bússola moral da decisão judicial, sobrepondo-as às formalidades procedimentais.

Outrossim, Habermas não admite a interpretação substancial da Constituição para a solução de casos difíceis quando esta se sobrepõe aos procedimentos democraticamente estipulados, como visto acima, consagra a priori que decidir constitucionalmente é garantir os meios processuais para os cidadãos alcançarem seus direitos fundamentais, partindo, então, de um pressuposto de gênese democrática do processo.

Desta forma, a legitimação do direito não se encontra em valores metafísicos, mas sim, em seu processo democrático de criação, o qual Cruz (2004, p. 214) nos demonstra:

Um procedimento fundado na noção de reciprocidade, de maneira a permitir/ garantir o florescimento de distintos projetos de vida. (Tendo em vista o pluralismo), Esse “princípio da moralidade” torna-se elemento essencial aos processos de normatização racional do Direito. Ele alivia o indivíduo do peso cognitivo da formação do juízo moral próprio e impede que, tanto a legislação quanto a aplicação do Direito se processem com suporte em valores próprios dos legisladores e magistrados. Desta feita, na etapa pré- convencional da sociedade, a comunidade ainda não possui valores próprios, vez que as tradições/costumes ainda não se consolidaram. A fase convencional corresponde ao momento em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos já estão estabelecidos, firmando um status quo social. Na etapa pós-convencional, os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais.

Neste contexto, na visão procedimentalista a decisão correta de um caso passa pela construção de um “ideal de norma perfeita”, passando por um exame de discurso de fundamentação/justificação. Assim, a elaboração de uma norma deve obrigatoriamente passar pela comunicação dos cidadãos, de modo que estejam em condições iguais e que fundamente e justifique seus pensamentos, passando sempre pelo crivo da moralidade, de modo que torne a norma universal, atendendo ao princípio da soberania e da análise moral que legitimam os direitos fundamentais. De acordo com Streck (2008, p. 103):

Fica evidente em Habermas – e não há como dele discordar neste ponto – que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais estão resolvidos. Sua teoria parte, implicitamente, do

pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, pressupõe sociedade com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos.

Fazendo alusão a Platão e a Adorno, um país onde seu povo vive algemado ao baixo índice de alfabetização funcional, “dentro de uma caverna”, vendo apenas as sombras da realidade, reféns ainda de tímidas políticas públicas emancipatórias, tendo a racionalidade dado lugar à reprodução desenfreada de comportamento, têm-se, então, condições para formar uma gênese democrática do direito? Esse povo é capaz de racionalmente, sem influência de grupos dominantes, votar naquele que irá de fato defender seus interesses e efetivar seus direitos?

Streck (2008, p. 36) se pronuncia categoricamente sobre como se deve ver a constituição, neste trecho:

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado da criminalidade).

Outrossim, preciso tomar muito cuidado para não opor de forma radical as duas correntes, pois então, nota-se que tanto a procedimentalista, quanto a substancialista são defensoras da efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que para a elaboração de uma norma justa, pela ótica de Habermas, é necessário que a “norma perfeita” esteja atenta aos direitos fundamentais, conforme diz Cruz (2004, p. 221):

O Direito situa-se entre a Moral e a Política. Uma moral que abandonou qualquer elemento da ética substantiva, resumindo-se agora a um procedimento de direitos admissíveis em função da justiça e da reciprocidade. Uma política que se caracteriza pela consideração imparcial de valores e da escolha racional dos meios colimados aos fins desejados pela sociedade.

Assim, os direitos fundamentais, legitimados pela moral pós-convencional e pelo princípio da democracia, devem ser efetivados. Do mesmo modo como pregam os substancialistas, todavia, o que se toma, são caminhos diferentes para esta realização.

3. INTERVENÇÃO NECESSÁRIA OU DISCRICIONARIDADES E DECISIONISMOS?

Até o momento falou-se sobre jurisdição constitucional pela ótica procedimentalista e substancialista e para continuar o desenvolvimento do tema, serão analisadas por Streck e Cruz as críticas provenientes de autores procedimentalistas, como o ativismo judicial e o decisionismo, sobre a interpretação judicial substancialista e diretiva da Constituição Federal.

Streck (2008) exemplifica algumas críticas com decisões de casos práticos, mostrando-nos os argumentos contrários a tais decisões. Um caso concreto se trata de causa relativa a concurso de credores falimentar, em que foi “subvertida” a prioridade legal dos créditos fiscais/previdenciários em favor dos créditos trabalhistas, sob o fundamento de que os últimos seriam indispensáveis à sobrevivência do ser humano.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teria entendido que o direito social do trabalho se situaria em posição mais próxima da noção da dignidade da pessoa humana do que da pretensão creditícia da Fazenda Pública.

Por conseguinte, Streck (2008, p.225) apresenta as indagações críticas realizadas por Cruz:

Ser-se-ia lícito ao Judiciário inverter uma prioridade estabelecida pelo legislador democrático baseado meramente em preferência pessoal dos magistrados. Ainda, o crédito previdenciário não seria suporte financeiro também para os direitos sociais de aposentados? Qual a racionalidade de uma decisão que julga o salário do trabalhador mais próximo do núcleo da dignidade humana do que a pensão de um aposentado? Não teria sido mais adequado que o julgador tivesse respeitado a opção do legislador político?

Nesse sentido, afirma que são vários os problemas que se apresentam na posição assumida por Cruz em sua crítica à referida decisão:

Primeiro, ao questionar os direitos que estariam em jogo, pretende fazê-lo abstratamente, como se fosse possível resolver colisão de princípios – com todas as implicações que isso tem – sem a concretude do caso em análise. Naquele caso resolvido pelo Tribunal gaúcho, a resposta correta foi exatamente a que colocava os direitos dos trabalhadores em prioridade em relação aos privilégios da Fazenda Pública. A crítica no sentido de que não cabia ao judiciário julgar que o salário do trabalhador fosse mais importante que a pensão de um aposentado é absolutamente imerecida no caso concreto. Dito de outro modo, o tribunal não teve que escolher entre o salário do trabalhador e a pensão do aposentado. Não há assim, colisão. A assertativa de que, na hipótese, deveria ser respeitada a prioridade estabelecida pelo legislador não leva em conta que por trás de cada regra – e a prioridade da ordem dos pagamentos é uma regra – existe um princípio. Logo, fazer da regra tabula rasa é correr um risco positivista, ignorando que a lei ordinária, ao ser concretizada, deve ser feita à luz da Constituição. (STRECK, 2008, p 125).

Streck (2008, p. 127) indaga se neste caso exposto, o judiciário deveria então resolvê-lo, colocando a regra da prioridade dos pagamentos em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana? Assim, segue o seu raciocínio com mais uma decisão judicial que foi objeto de cerradas críticas.

Comarca de Joinville (SC), em que o juiz, atendendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2,948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia preferido colocar determinada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputa terceira divisão do Campeonato Brasileiro). Daí “a objeção procedimentalista:” Permanece a dúvida: o lazer e a cultura também não seriam valores tutelados pela Constituição da República? Certamente, na escala de valores do juiz, esses seriam inferiores à educação. Mas, restaria a questão: porque a opção pela educação e não pela saúde, moradia, assistência sociais, certamente também deficitárias? Esses valores também seriam inferiores em caso de ponderação? Novamente se está diante do problema representado pela inviolabilidade de confrontação /colisão de princípios. É evidente que o lazer e a cultura são direitos (fundamentais) tutelados pela Constituição. Ocorre que um determinado confronto

entre “lazer-cultura” e “educação” somente pode ser resolvido no caso concreto. O direito à cultura vai sobrepor à educação; em outras, não! Mas essa situação deverá ser bem delineada. Não há hierarquia – abstrata, universalizante – entre os princípios. Por isso o perigo representado por sopesamentos (ponderação). Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição). O problema talvez esteja no que seja uma situação concreta para a hermenêutica e para a teoria do discurso habermasiana. No caso em questão, não é (nem um pouco) irrelevante o fato de a verba estar destinada, originalmente, para o clube de futebol. Ao contrário: é a situação hermenêutica-concreta que baliza a situação, que, acima de tudo, tem como fundamento o art. 205 da Constituição do Brasil, que estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, parágrafo 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso tudo aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sócias (art. 3º). Em síntese, como a norma é sempre o resultado da interpretação do texto e não sendo o texto apenas um enunciado lingüístico, mas, sim, um evento, o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica e sua condição de possibilidade.

No exemplo dado, Streck (2008) demonstra a aplicabilidade da Constituição em um caso concreto, responde as críticas de Cruz (2004) com maestria e dentro da hermenêutica, chega a uma resposta correta (constitucionalmente adequada).

A unidade material da Constituição é o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é um meio para atingir determinados resultados, mas sim, o fim, tendo como o meio a máquina estatal.

Ressalta-se ainda, a ideia de unidade material constitucional, segundo MAGALHAES FILHO (2004, p. 206).

O direito foi criado para o homem, que é fim e não meio. O princípio da dignidade da pessoa humana, embora esteja consagrado na Constituição, é um valor suprapositivo, pois é pressuposto do conceito de Direito e a fonte de todos os direitos, particularmente dos direitos fundamentais. Por força desse princípio é que um direito fundamental não pode excluir o outro, quando há entre eles colisão no caso concreto, pois a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação do valor da pessoa humana.

Lado outro, Streck (2008) alerta que em decisões dessa magnitude, sempre está em jogo o problema dos limites entre a política e o direito, ou seja, a democracia e o constitucionalismo. Porém, justificando seu raciocínio, ele questiona se:

Tivesse o Poder Judiciário, no momento histórico oportuno, logo após 1988, firmado posição sobre a aplicação do mandado de injunção, estaríamos hoje, no caso concreto das crianças sem escola em Joinville, diante de típico caso de seu manejo. Ou seja, ao invés de ação civil pública, talvez fosse possível o manejo do mandado de injunção. Para aqueles que consideram a decisão do Juiz de Joinville equivocada, acusando-a de “ativista” e/ou de “jurisprudência de valores” (ou, ainda, “comunitarista”), cabe, então, a seguinte indagação: a utilização do mandado de injunção – instrumento tão festejado e, ao mesmo tempo, pranteado por todos os juristas (inclusive pelos habermasianos) – não representaria, também, um ativismo judicial? Qual seria a diferença entre conceder vagas em escolas ou remédios para doentes via mandado de segurança ou via mandado de injunção? (STRECK, 2008, 129)

Insistindo, o autor afirma que o judiciário ao ser acionado mediante um mandado de injunção, também estaria necessariamente decidindo acerca de quais direitos devem ser priorizados. E ainda mais, o instituto do mandado de injunção é compatível com a democracia procedimental habermasiana e com o papel reservado por Habermas aos Tribunais.

Explica também que o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos, mas sim que a Constituição do Brasil vige e vale em um país no qual os direitos básicos ainda não foram atendidos. Nesse sentido, ele afirma: “Talvez em *terrae brasilis* o problema esteja no “excesso de facticidade”. (STRECK, 2008, p 130).

Na seqüência, o autor traz à tona uma questão polêmica e transformada em jurisprudência, à época, em várias Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tem sido alvo de fortes críticas, que é a decisão de não recepção do instituto da reincidência em nosso Código Penal pela Constituição, com o fundamento no princípio da proporcionalidade e na proibição do *bis in idem*. As críticas manifestam-se, dizendo que tal atitude do judiciário, o transforma em legislador e assim,

Sustenta-se a sua crítica em Habermas, no sentido de que meios e fins, por uma exigência democrática, são definidos originalmente pelo legislador político. Ao judiciário, dentro das noções do senso de adequabilidade, cabe tão somente verificar se a medida tem caráter discriminatório, ou seja, se a medida viola a noção de reciprocidade inerente ao princípio da moralidade (e, posteriormente constatar-se-á, também ao princípio da democracia), ou se ela viola direitos fundamentais, que, ver-se-á mais tarde, concebe-se a partir do discurso (HABERMAS, APUD STRECK, 2008, p.130).

Streck (2008) afirma então que, na crítica, bem visível fica a postura restritiva acerca da jurisdição constitucional, uma vez que para Habermas, não cabe ao judiciário examinar os fins e meios da legislação, mas apenas verificar se uma medida tem caráter discriminatório. Deste modo, colocando limites procedimentalistas à Jurisdição Constitucional.

Com efeito, Streck (2008) também entende que meios e fins devem ser definidos pelo legislador originalmente, todavia, quando estes mostram-se inadequados ou contrários aos princípios constitucionais, passa a ser então tarefa do judiciário afastá-los, preservando, assim, o caráter normativo da constituição.

Considera então, que no caso da reincidência, a sua inconstitucionalidade, ou não-recepção, por tratar-se de lei anterior à Constituição de 1988, dá-se mediante a violação do princípio da proibição de excesso, ou do princípio da proporcionalidade, pois acarreta um *bis in idem*. Pois em sua visão, a utilização de pena já cumprida pelo acusado viola seus direitos fundamentais.

Contesta assim, os argumentos habermasianos, de que tal postura do judiciário demonstra um ativismo judicial e que se coloca como um legislador concorrente. No entanto, ao pensar por esse prisma, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mediante ADIN, também seria

atividade legisladora do judiciário?

Não se pode olvidar que, em Habermas, há uma desconfiança com o contramajoritarismo, uma vez que a Constituição representa limitação do exercício da soberania popular (portanto, da participação política dos cidadãos). Nesse sentido, não parece desarrazoado afirmar que, em Habermas, a Constituição tem um espaço mais identificado com um certo “iluminismo”, admitindo-a muito mais como um instrumento de defesa do cidadão contra qualquer privação abusiva de sua liberdade, e não para corrigir omissões estatais (legislativas ou não) na defesa (insuficiente) de direitos fundamentais. (STRECK, 2008, p. 135)

Finalmente, em face das críticas às decisões judiciais expostas, o autor rebate-as, dizendo que:

ao argumento de que a concretização de direitos via judiciária enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial”, entre outros. Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, “fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, “covalidadas” por legislações emanados do Poder Legislativo (STRECK, 2008, p.138).

Retirados também da obra de Streck (2008, p. 139) seguem alguns acórdãos com esse viés:

Direito à saúde. Constitucional e administrativo. Fornecimento pelo Estado de medicamentos excepcionais para pessoas necessitadas na forma da Lei Federal nº9908/93. Paciente portador do vírus do HIV. Direito à vida e a saúde. Garantia constitucional. Obrigação do Estado de fornecer os medicamentos excepcionais de uso freqüente e permanente – Epvir e Invirase – aos necessitados. Todos têm direito à vida e a saúde (...) na forma dos arts. 5, caput, 6, 196 e 203 da Constituição Federal. MS nº 596159988, TJRS.

Função social da propriedade. Art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Por unanimidade, a 19ª Câmara Cível do TJRS, (re)interpretando dispositivos do Código de Processo Civil, à luz da Constituição Federal, deferiu agravo de instrumento interposto por multidão de réus sem terra contra liminar deferida a favor de pessoa jurídica autora de ação de reintegração de posse proposta por força de ocupação promovida na Fazenda Primavera, em Bossoroca.

Direito penal. Princípio da secularização do direito. Dicotomia vigência-validade. A 6ª Câmara Criminal do TJRS, acolhendo posição que defendi em parecer escrito, entendeu não-recepcionado pela Constituição o crime de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). No caso específico, duas mulheres haviam sido condenadas a 3 anos de reclusão, cada uma, por manterem casa de prostituição em uma pequena cidade. Por unanimidade, a Câmara deixou assentado que tipos penais como o do art. 229 não são condizentes com o princípio da secularização do direito própria do Estado Democrático de Direito, introduzido pela Constituição de 1988 (AC.698383932). Adotando a mesma posição o Acórdão nº699160826. Em decisão inédita, a 5ª Câmara Criminal do TJRS, por maioria de votos, entendeu ser inconstitucional (não-recepcionado) o dispositivo do Código penal que regula a reincidência, por ser um bis in idem e violar o princípio da proporcionalidade. (AC.699291050).

Dito de outro modo, pela inércia na execução de políticas públicas e na ausência de efetivação de direitos fundamentais, a Jurisdição Constitucional surge como uma necessidade do Estado Democrático de Direito em realizar suas prestações positivas para com a sociedade.

Entretanto, não se pode confundir intervenção constitucional com ativismo e decisionismos de juízes e tribunais, isto, como alerta, Streck, seria antidemocrático.

Numa palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos. (STRECK, 2008, p.142).

É preciso que se leve em conta que o Brasil, por ser ainda sub-desenvolvido necessite da implantação de políticas públicas que efetivem preceitos fundamentais, sendo o judiciário ator importante na implementação substancial da Constituição.

Nesta óptica, Streck (2008) se mostra convicto de que as decisões acima citadas e tantas outras similares, não prejudicam a democracia, tão pouco o exercício da cidadania no país. Afirma ainda, que o judiciário encontra-se sempre entre um dilema, ser considerado ativista ou conservador. E sobre o intervencionismo ou não do judiciário ele prontamente se coloca como:

De fato, a postura que defendo aposta no papel transformador assumido pelo Estado neste momento histórico. O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a idéia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Streck (2008, p.143)

Dito de outro modo, o Estado nesse momento histórico, com a promulgação da Carta Magna de 1988, assume seu compromisso para com a sociedade de ser não mais um ente moderador, fornecedor, mas um ente ativo, transformador da realidade social, deixando explícita tal política nos seus objetivos citados do artigo 3º da Carta Maior.

Por tanto, para os estudiosos substancialistas, a jurisdição constitucional deve ser utilizada para a efetivação de direitos fundamentais sociais, criticando desta forma, a postura dos tribunais ao invocarem contrariamente a essa efetivação, as cláusulas de reserva do possível e reserva parlamentar quanto a assuntos orçamentários.

O que pode ser objeto de intervenção do Poder Judiciário? Em Verdade e Consenso, Streck (2008) dedica um espaço considerável a tentar responder, dentro das diversas óticas possíveis o que pode e o que não pode ser objeto de intervenção do Poder Judiciário, o que se esbarra na necessidade de conceituar o que deve ser chamado de mínimo existencial, que pode autorizar essa intervenção prestativa do judiciário. Nesse sentido, Streck diz (2008, p. 152):

Ora, mínimo existencial não decorre de meta-interpretações (e tampouco creio que seja possível elaborar conceitos ideais acerca de que seja um mínimo existencial). As interpretações também – e fundamentalmente – fazem parte do mundo prático, de onde emerge o sentido do texto constitucional. E isso é conteudística (e não processo), que exige – na maioria das vezes – uma ação rápida da jurisdição constitucional. Negar isso é negar a

força normativa da Constituição.

Como visto, é difícil através do conceito de mínimo existencial, definir o que é uma decisão considerada ativista ou não. O autor atribui com o auxílio de Ingo Sarlet, um conceito forte e respaldado de legitimidade sobre a intervenção ou não constitucional. Nesse sentido,

De minha parte, fico com Ingo Sarlet, que ressalta a particular relevância da função exercida do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. Nesse sentido, Sarlet, na linha de Jorge Miranda, chama a atenção para a dupla faceta “negativa” de proteção contra atos e abusos dos poderes estatais, é obrigação da jurisdição constitucional efetuar uma efetiva proteção positiva, estando aos juízes e tribunais obrigados, por meio de aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. É dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, além de estarem obrigados a “colmatarem” lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível, abrangendo, de forma horizontal, as normas de direito privado (STRECK, 2008, p. 158).

E na continuidade, Streck cita novamente Sarlet (*apud* Streck 2008, p.159), em sua obra,

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior a vida humana.

Por essa ótica, pode se considerar o direito à saúde, por ser intrinsecamente ligado ao direito à vida, uma garantia ao mínimo existencial. Afastando assim, a aplicação da tese da reserva do possível frente a direitos ligados à saúde, pois se tratam do mínimo existencial. Sustentando posição oposta, defendendo o que se pode chamar de “análise econômica do direito”, Streck (2008) cita Ari Sunfeld, como crítico aos juízes que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e tratamento de saúde, ao simplesmente julgar o caso concreto e se acharem capazes de solucioná-los, sem estarem cientes do gasto e da proveniência dos recursos para que suas decisões sejam cumpridas.

Desta feita, é evidente que o discurso de Sunfeld é de certa forma, incompatível com o caráter diretor e promissório da Constituição, sendo na visão de Streck (2008), apenas um discurso ideológico que enfraquece o caráter normativo constitucional, afastando-se do paradigma neoconstitucionalista.

Em razão disso, ao estipular o que é intervenção judicial ou não, é preciso se revestir de uma ou outra teoria interpretativa da Constituição, sendo esta, procedimentalista-discursiva, substancialista ou como visto, de defesa da análise econômica do direito, pois o que buscar-se-á é a garantia do mínimo existencial, ou seja, direitos fundamentais, que façam parte de um núcleo sem o

qual o homem não possa exercer plenamente a sua dignidade e será de acordo com a visão que se tem da Constituição que argumentos como a reserva do possível serão ou não derrubados.

De outro modo, o caráter neoconstitucional, revestido de função social, dirigido por uma Constituição promissória, necessita do fortalecimento substancial das normas constitucionais, ao ponto de estas serem aplicadas no caso prático, bem como de que as normas-infraconstitucionais sejam interpretadas à luz dos princípios constitucionais.

Cruz (2004, p.265, 266) também diz:

A corrente se une ao comunitarismo em sua crítica à falsa neutralidade e ao formalismo das práticas positivistas do país. Contudo crítica o comunitarismo que pretende ver o Judiciário como tutor ou superego da sociedade de forma a guiá-la no caminho da inclusão social dos menos favorecidos. Mesmo um desvalido conhece e deve opinar qual o melhor meio para ampará-lo. A autonomia do indivíduo não pode jamais ser esquecida, pois sem ela a soberania política estará sempre viciada. Assim, o procedimentalismo no Brasil não se furta aos problemas da necessária inclusão social. Contudo enxerga um caminho mais democrático, apesar de menos sedutor.

As dificuldades são grandes. É necessário que se cobre dos três poderes um agir constitucionalmente adequado. É, pois, um convite menos romântico/charmoso do que aquele da “jurisprudência de valores”. Mas, apesar do gosto ruim, não é um veneno para a democracia.

4. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Embora seja necessária a intervenção constitucional do judiciário, isso não significa que seja também necessário decisionismos, pois seria assim, antidemocrático. Streck diz que os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas, assim, fechariam a interpretação, não a abrindo. Com isso, ele afirma que (2008, p.172):

Não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas), Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, princípios que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a Constituição autorizasse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático).

No art. 1º da Constituição Federal, estão consagrados os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo estes, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

“O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2006, p 120).

Nesse sentido, os princípios em si, são normas a serem aplicadas, não instrumentos pelos quais o juiz decidirá de acordo com sua vontade. Na seqüência do raciocínio, Streck (2008) afirma

que o decisionismo está presente no próprio positivismo, pois este permite que o juiz faça a escolha mais adequada. Assim afirma:

Significa dizer, trabalhando com a idéia de sistema sem lacunas, que a própria previsão da “correção” e da “colmatação” das insuficiências do ordenamento faz parte do próprio ordenamento jurídico. Desse modo, remete-se ao próprio direito à correção do direito (veja-se, no caso brasileiro, a “perfeita” combinação/complementariedade entre o art. 4º LICC e o art.126 do CPC, agora realimentados pelas cláusulas “abertas” do Código Civil). Observa-se como esse problema da discricionariedade, que exsurge no positivismo, a partir da “delegação” em favor do juiz do poder de “resolver casos difíceis”, acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. (STRECK, 2008, p. 173).

Vê-se que de acordo com o art. 4º da LICC, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. De outro modo, o art.126 do CPP, aduz que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Então, conclui-se que a existência da discricionariedade dentro do próprio positivismo, através dessas regras, de forma a controlar as decisões judiciais. Por conseguinte, Streck (2008, p.175), sobre a aplicação dos princípios afirma:

É através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica – que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para o caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença de princípios na resolução dos assim “casos difíceis” – embora a evidente inadequação da distinção entre easy e hard case – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.

Desta maneira, segundo Streck (2008, p.176),

A materialidade principiológica constitucional – passam a compor, dessa maneira, novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto respostas às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das “fases” anteriores do Estado e do direito. Supera-se igualmente a contraposição sociedade-Estado (veja-se, por exemplo, o problema dessa dicotomia no direito administrativo ou no direito tributário, em que parte considerável da doutrina continua a incorrer no “confronto” Estado mau-cidadão bom; em linha similar, parte considerável do direito penal sustenta, em pleno Estado Democrático de Direito, a existência de apenas bens jurídicos de carne e osso”). Além do texto constitucional que representou – e representa – um plus normativo (e qualitativo, em face da legitimidade que se torna condição de possibilidade) em relação às “etapas” anteriores do direito (e do Estado), é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos fundamentais).

Com efeito, segundo Streck (2008), a moral, anteriormente expulsa do direito pelo positivismo, retorna, sendo agora co-originária aos princípios do Direito, pois estes, “foram criados democraticamente”. Sendo através dela que o Direito irá abrir-se ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista de direito.

Por isso, no Estado Democrático de Direito, o processo hermenêutico supõe a condição de princípios e condições políticas e sociais. Por conseguinte, Streck (2008, p.177) afirma que:

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito, isto é, ambas matrizes (teoria discursiva habermasiana e hermenêutica filosófica) somente se sustentam em sistemas jurídicos que promove(ra)m essa institucionalização. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertence a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Nesta situação, diante da inefetividade dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, na visão de Streck (2008, p.379),

Na base desta situação, que está além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de Estado de Direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade ad hoc), encontra-se consolidada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, em um processo de reatualização.

Lado outro, encontra-se em Streck (2008), a ideia de que a Constituição ainda constitui a base para a política, sendo que esta, não se conduzirá simplesmente por valores de ocasião, mas fundamentada nos ideais legitimados na lei democrática (Constituição), do mesmo modo, o legislativo, não se encontra apenas como executor da Constituição, mas sim, vinculado a esta, de modo que as novas leis não firam o seio constitucional. Sendo, portanto, a Constituição, um programa, não só para o Estado, mas também para a sociedade.

No mesmo sentido, Bonavides (2004, p. 193):

A legitimidade constitucional do País é processo que não exaure com a promulgação da lei Maior. Se a promulgação é passo decisivo, não menos decisiva há de ser a fase subsequente, de aplicação das novas regras a uma estrutura de poder e a um corpo social minados de vinte e quatro anos de abusos, de ilegitimidade e de decretos-leis. Não há Constituições perfeitas, mas há Constituições estáveis, à altura de cada desafio social. Esta que aí vem há de ser uma Constituição exequível, se não pertencer ao privilégio de uma classe ou ao exclusivismo de um poder. Cumprida a tarefa de sua elaboração formal, caberá à sociedade, aos governantes, aos legisladores, aos juizes, aos cidadãos enfim, utilizando os mecanismos e as ferramentas do Texto, escrever com atos de compreensão e argúcia interpretativa a Constituição viva, aquela que se aplica ao Cotidiano na proteção dos direitos e na salvaguarda das franquias democráticas.

Assim, não há o que se falar em esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que, trinta anos após a promulgação constitucional, muitos destes, continuam inefetivos.

Neste caso, descumprir o núcleo básico da Constituição, significa romper com o contrato social e colocar em cheque a efetividade do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido,

A função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais, sem, a toda evidência, resvalar em direção a ativismo e/ou decisionismos, discussão, aliás, que perpassou estas reflexões em toda a sua extensão. Ou seja, a existência de um contramajoritarismo é condição de possibilidade para a efetivação dos direitos substantivos previstos na Constituição, funcionando, assim, essa regra, como uma garantia contra o enfraquecimento do núcleo político essencial que aponta para a

construção de um Estado Social (art. 3º da CF). É essa tensão entre política e direito que inexoravelmente desaguará na discussão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional. Definitivamente, não se pode confundir a defesa de postura substancialistas com ativismos judiciais. A defesa da Constituição – nos moldes substancialistas aqui defendidos à luz da hermenêutica – está muito além de acusações desse jaez. Ativismos judiciais e discricionariedades prestativas caminham lado a lado. É a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades. (STRECK, 2008, p. 383)

Entende-se que uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição, quanto a seu significado dentro do Estado Democrático de Direito, tende a acarretar uma baixa aplicação. Devendo o intérprete ver a constituição como a norma legitimadora das demais, a norma que traz validade para todo o ordenamento.

Portanto, na ótica de Streck (2008), o novo constitucionalismo traz para o direito a discussão acerca de conflitos sociais, direitos fundamentais e sociais historicamente sonegados à parcela considerável do povo brasileiro, bem como as condições de transformação social com e pelo direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma Constituição compromissória-diretora das políticas públicas, das finalidades estatais, que se mantem em unidade material no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, o pressuposto para todos os demais.

Com efeito, mesmo após 30 anos de sua promulgação, algumas promessas não foram cumpridas e direitos fundamentais não foram efetivados.

Lado outro, faz-se necessária uma atuação do judiciário como ente político-social compromissado com a democracia, buscando romper com os dogmas positivistas e de forma efetiva trazer os problemas sociais para a sua tutela.

Surge então o novo constitucionalismo, compromissado com a inclusão social e a transformação da sociedade, criando-se a necessidade de uma Jurisdição Constitucional, reconhecendo no Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal como norma maior, sendo através dela dada a validação para todas as demais.

Assim, a Jurisdição Constitucional é o instrumento pelo qual poderão ser cumpridos os objetivos da República e efetivados os direitos fundamentais-sociais. Assume-se o compromisso transformador da sociedade, em busca do ideal de “vida boa” determinado moral e democraticamente nos princípios constitucionais.

Mas que fique claro que o papel da Jurisdição Constitucional será determinado de acordo com ótica em que for visto, ou seja, pela tese em que for analisado, assim, destaca-se o embate entre os procedimentalistas e substancialistas.

Os procedimentalistas seguidores da tese discursiva de Habermas, entendem que os direitos fundamentais e os objetivos da República contidos na Constituição, devem ser efetivados, todavia, propõem que a função da Jurisdição Constitucional é propiciar procedimentos democráticos para o alcance de tais direitos, não reconhecendo portanto, o caráter substancial da Constituição, priorizando-se o meio procedimental.

Por outro lado, os pensadores defensores da corrente substancialista, consideram como função da Jurisdição Constitucional, não apenas os procedimentos democráticos, mas também a efetivação de seus direitos substanciais, ou seja, a atuação do judiciário comprometida e vinculada com os dizeres constitucionais, de forma com que, ao estar ciente do quadro histórico de sonegação de direitos à população carente, incorpore seu caráter político e compromissado com a mudança social, para assim decidir democrática (sentido substancial) e constitucionalmente.

Entende-se, portanto, que a Lei Maior não é apenas a Constituição do Estado, mas também a Constituição da sociedade brasileira, de forma com que, diante da miséria, fome e injustiça social vivida ainda hoje, faz-se de fato necessária uma Jurisdição Constitucional compromissada em cumprir as promessas até então não cumpridas, ou pior, ignoradas pelo Estado e pelos próprios juristas.

Outrossim, a existência de promessas não cumpridas prejudica substancialmente a legitimidade do Estado Democrático de Direito. A Jurisdição Constitucional, como dito, assume caráter transformador, pois propicia à parte da população, historicamente excluída, o alcance de condições mínimas de sobrevivência digna, fazendo valer seu fundamento de unidade material, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Considera-se que mais do que garantir procedimentos democráticos, o judiciário deve efetivar os valores substanciais da Constituição, com a finalidade de fazer, finalmente, no Estado Democrático de Direito, a justiça social.

Entretanto, recaem sobre esta atitude do judiciário inúmeras críticas, como a de ativista e de estar legislando, principalmente por nesses casos de decisões constitucionais haverem uma divisão muito estreita entre política e justiça. Todavia, na análise substancialista entende-se que o direito, por muito tempo, legitimou intervencionismos para a acumulação de riquezas e exclusão social, mas que nesse momento histórico, a Constituição aponta o trabalho do judiciário para a realização das promessas não cumpridas.

Portanto, falar em Jurisdição Constitucional significa romper com os dogmas “positivistas-individualistas” e entender a sociedade como ente carente de prestações básicas e o Estado como responsável em concebê-las.

Assim, deve-se estudar o direito não apenas como regulador da sociedade, mas também como transformador, de forma com que as promessas da modernidade sejam cumpridas e que cada

indivíduo consiga ter condições mínimas de exercer sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRUZ, A.R.de S. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAGALHAES FILHO, G. B. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, L.L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rafael Silva PADOVEZ¹
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA²

RESUMO

O direito à vida está previsto de forma expressa nossa Constituição Federal, consagrado como direito fundamental, e como resultado disto há a morte. O presente trabalho busca conceituar o que é a morte para o Direito brasileiro e todas suas nuances, incluindo suas consequências em seara cível, penal, trabalhista e administrativa, hipóteses em que é permitida, e dispor acerca da doação de órgãos e suas questões principais, demonstrando seu procedimento e etapas necessárias, escolha do doador, divergência de vontade entre familiares e doador, e por fim comparar com ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial o ordenamento Espanhol, Norte-Americano, Japonês e Holandês.

PALAVRAS-CHAVE: O direito à vida. A morte encefálica. Doação de órgãos. Conflito de vontade Direito internacional.

ABSTRACT

The right to life is expressly provided for in our Federal Constitution, enshrined as a fundamental right, and as a result of this there is death. The present work seeks to conceptualize what death is for Brazilian Law and all its nuances, including its consequences in civil, criminal, labor and administrative fields, hypotheses in which it is allowed, and to dispose about organ donation and its main issues, demonstrating its procedure and necessary steps, choice of donor, divergence of will between family members and donor, and finally to compare with foreign legal systems, especially Spanish, North American, Japanese and Dutch systems.

KEYWORDS: The right to life. Brain death. Organ donation. Conflict of will International law.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, com a morte do apresentador Augusto Liberato, surgiram dúvidas sobre questões relacionadas a morte e doação de órgãos e tecidos. Em seu caso foi constatado morte encefálica, não restando atividade cerebral, em decorrência a um traumatismo craniano, resultante de acidente doméstico, e por mais que estivesse considerado morto para todos efeitos jurídicos, seus órgãos ainda funcionavam, vez que seu coração ainda estava batendo.

Por mais que cause estranheza pensar que ainda que existisse atividade cardiovascular na pessoa de Gugu Liberato, ele estivesse considerado morto, deve-se pensar em vida não apenas como

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Rafael.padovez@hotmail.com.

2 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE de Presidente Prudente - SP. Graduado em Ciências Jurídicas - Direito pelo Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" (ex-ITE) de Presidente Prudente – SP, onde atualmente é professor na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal, professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. Membro do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP) liderado pelo Professor Doutor Valter Foletto Santin. Advogado da AGAMENON & CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS. E-mail: ma-agamenon@uol.com.br

atividade vital, mas levar em consideração o conceito de morte adotado pelo Brasil. Esse conceito é o mesmo adotado nos Estados Unidos, local onde o apresentador estava quando o ocorrido se consumou.

A morte nestes países (Brasil e EUA) é definida como encefálica, sendo a total falência da atividade encefálica do indivíduo, gerando um coma irreversível. É um processo complexo por meios científicos, e no âmbito jurídico a morte traz ainda mais dúvidas, gerando diversas consequências e sendo, inclusive, permitida em algumas situações.

Isso porque, a morte traz diversos efeitos, e um deles é a possibilidade de realização de doação de órgãos, nas hipóteses em que existir viabilidade dos órgãos e autorização para o ato, como no caso de Gugu Liberato em que a família consentiu, respeitando a vontade do apresentador apresentada ainda em vida. Por mais que a doação de órgãos seja um processo extremamente importante, a senso comum, tanto seu procedimento, como as disposições da Lei brasileira acerca da sistemática são pouco conhecidos, o que resulta em rejeição por muitos.

Através da hermenêutica jurídica serão levantadas e respondidas questões acerca do procedimento, desde a constatação da morte, passando pelas fases de aceitação familiar e autorização, chegando até o ápice do procedimento, com o transplante real do órgão e manutenção da vida do receptor.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico são aqueles localizados na Constituição Federal, de forma explícita ou implícita, bem como nos tratados internacionais em que o Brasil faça parte (artigo 5º, “caput” e §2º da CF), que trouxe essa terminologia, dividindo estes direitos em capítulos. O direito à vida está explícito no do artigo 5º, “caput” da Constituição, denominado por ela mesma de *direitos e deveres individuais e coletivos*, bem como intrínseco em diversos outros dispositivos, de forma direta ou indireta, como por exemplo o direito à saúde descrito no artigo 196 da Constituição Federal.

A vida é o direito mais básico, a fonte primária de todos os outros bens jurídicos, é por sua existência que surgem os outros direitos. Por mais que não exista hierarquia entre os direitos fundamentais, este, segundo nosso entendimento é o mais importante. Ao tratar do assunto Alexandre de Moraes discorre:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui como pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (2011, p.80)

Sua importância é imensurável, e a previsão dentro de nossa Constituição não é exclusiva, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que reforçam esse direito, além da própria Declaração Universal de Direitos humanos, de 1948, que diz “*todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*” (art. III), havendo assim a necessidade de observar o diálogo das fontes, diálogo de jurisdições ou bloco de constitucionalidade, entre eles o próprio controle de convencionalidade. Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que o Brasil é signatário, positiva da seguinte forma o direito à vida: “*o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida*” (parte III, art. 6º).

Por sua vez há ainda o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, de 1989, que em sua redação discorre: “*nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente protocolo será executado. Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição*” (art. 1º, 1 e 2).

Não há que se falar em outros direitos, ou qualquer outro assunto positivado em Lei, desde a mais descartável previsão até a mais importante, sem que houvesse a vida. O ser dotado de vida é um indivíduo, e nesse sentido José Afonso da Silva diz que “*A vida humana, que é o objeto assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e materiais (espirituais)*” (2005, pag. 198).

O seu primeiro desdobramento é o direito de não ter sua vitalidade interrompida de forma não espontânea. Sobre isto, ainda diz José Afonso da Silva:

Existir é o movimento espontâneo contrário ao Estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por esta razão que se considera legítima defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em estado de necessidade de salvação da própria. (2005, p. 198)

É por conta disso que em nosso ordenamento jurídico temos a vedação da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal, tratando-se de uma cláusula pétrea, inalterável ainda que por emenda constitucional, para assim proteger a vida de forma efetiva, sendo essa previsão reforçada pelos tratados internacional anteriormente mencionados pelo qual o Brasil é signatário, qual seja, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, isto, sob pena de retrocesso.

Se não bastasse existir a proibição, nem mesmo o poder constituinte originário poderia alterar esta previsão quanto a pena de morte, pela incidência dos princípios da continuidade e

proibição ao retrocesso, que trata de direitos fundamentais adquiridos, e ainda que em nova Constituição, não poderão ser retirados, tudo levando em consideração o posicionamento do jus naturalistas.

E a partir desta proteção, a Constituição Federal traz diversas outras garantias, entre eles os direitos sociais, para assim garantir que o indivíduo tenha suas necessidades vitais básicas, e não seja submetido a tratamento degradante, vexatório ou indigno.

De tal modo, o direito a vida é tão amplo e básico que a proteção de todo ordenamento jurídico o permeia, e dentro dele temos o direito à existência, à integridade física, à integridade moral. E dessa proteção surgem diversas questões, fazer ser necessário determinar quando surge a vida, e quais são suas consequências.

2.1 Teorias sobre o início da vida

Os primeiros experimentos com transplantação de órgãos se deram por volta de 1597, com Gaspare Tagliacozzi, durante o período da Europa Renascentista, porém, existia grande dificuldade pela grande pressão da Igreja na época, que entendia ser o caso pecaminoso, e assim suas pesquisas foram vistas com maus olhos.

O primeiro caso de transplante em seres humanos foi feito na extinta URSS, no ano de 1933, sendo o caso de transplante de rim de um homem para uma mulher de 26 anos. Mas foi somente em meados dos anos de 1960 que foi construído um otimismo acerca da possibilidade de transplantação de um órgão, sendo neste momento unicamente os transplantes renais. Em 1967, na África do Sul há o primeiro transplante de coração entre pessoas, onde o doador sobreviveu por 18 (dezoito) dias.

Posterior a isso, verificando o significativo aumento de transplantes renais com uma taxa de sucesso elevada, passou-se a aplicar estes procedimentos com outros órgãos, tais como o coração, fígado, pulmão, entre outros, porém, houve um insucesso, por ainda não existir os recursos necessários, retomando-se apenas a partir dos anos de 1980. É bem verdade que a vida traz diversas consequências para o indivíduo, uma vez que a partir do momento em que existe a vida já existe uma proteção do Estado para com o indivíduo.

Para o Direito Civil, é a partir do nascimento com vida que surge a personalidade jurídica. Todo aquele que nasce com vida se torna uma pessoa, e adquire sua personalidade, bastando que o indivíduo respire uma vez fora da vida intra-uterina para, irrigando seu pulmão de oxigênio, para que seja considerado vivo, ainda que venha a respirar uma única vez. Personalidade pode ser definida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. Carlos Roberto Gonçalves conceitua da seguinte maneira:

A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres. (2012, p. 92).

É a partir deste momento que o indivíduo passa a ter capacidade para adquirir direitos, e está previsto assim no artigo 2º do Código Civil, que diz expressamente “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Ademais que a personalidade jurídica seja a consequência do nascimento com vida, é necessário definir quando se inicia a vida, pois o próprio Código Civil em seu artigo 2º resguarda os direitos do nascituro.

Na esfera penal a proteção começa antes do nascimento, pois a interrupção da gravidez é vedada, salvo em casos pacificados na lei (art. 128 do CP) e na jurisprudência (cf. ADPF nº 54 em caso de anencefalia), sendo eles quando houver gestação proveniente do estupro, risco de vida da mãe, anencefalia, até o 3º mês da gestação. Da mesma forma, na esfera civil há consequências jurídicas, sendo possível conceder alimentos gravíticos direcionados ao nascituro, podendo até mesmo se estender a mãe.

A palavra vida provém do latim “*vita*”, significando existência, mas seu conceito diverge. Para a concepção do Catolicismo, a vida se inicia a partir do momento da concepção, e acaba com a morte. Essa previsão está inclusive expressa no “Ensinamento do Catecismo da Igreja Católica” em seu parágrafo 2319, que diz que “*Toda a vida humana, desde o momento da concepção até à morte, é sagrada, porque a pessoa humana foi querida por si mesma e criada à imagem e semelhança do Deus vivo e santo.*”

A filosofia também tenta definir um conceito de vida, e por seu lado fundamenta a vida na metafísica. Platão diz que a vida é o conjunto do corpo e da alma, e se inicia a partir do momento em que a alma adentra o corpo, sendo um conceito vago.

Cientificamente ainda não se chegou a um consenso, e assim existem seis correntes que buscam definir este momento, sendo que entre as cinco primeiras correntes que serão mencionadas possuem uma única semelhança, são assintomáticas, imperceptíveis pela gestante, e em grande parte destas, ao descobrir que está grávida já existe vida.

A primeira corrente é a teoria da fecundação ou concepção, pelo qual acreditam que a vida se inicia no momento em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide, se tratando de uma visão genética, fundada no fato de que ainda que insuficiente por si só, desde a concepção este óvulo fertilizado possui potencialidade e virtualidade. Mais uma vez buscando conceituar vida, diz José Afonso da Silva:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerado apenas no seu sentido

biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. (...) É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. (2004, p. 196).

Por sua vez a segunda corrente é da nidação, acreditando que a vida se inicia quando o óvulo é fecundado e se fixa na parede do útero, com a movimentação do endométrio após a fecundação, ocorrendo de 4 a 15 dias após a fecundação, e começa a alteração hormonal da mulher. Por esta corrente, não há necessidade de proteção do embrião fertilizado em laboratório, a chamada fertilização *in vitro*. Ney Moura discorre da seguinte forma:

Antes da nidificação, portanto, não há vida humana intrauterina, porque ainda não há um ser individualizado. Isso não significa, entretanto, que o material genético humano ou suas células germinais sejam considerados uma coisa e fora do alcance da lei penal. O que se disse é que o pré-embrião não é alcançado pelas figuras típicas de aborto. (2004, p. 173).

Os defensores da terceira corrente afirmam que a vida se inicia quando o embrião não mais pode se dividir, se formando sua individualidade de forma definitiva, sendo uma visão embriológica. Já a quarta corrente afirma que a vida começa a partir da 24ª semana de gestação, pois o feto já possui certa autonomia, vez que seus pulmões já estão formados, e ele pode até mesmo viver fora do útero feminino. É uma visão ecológica.

A quinta corrente, chamada de Teoria das Primeiras Atividades Cerebrais, afirma que a vida se inicia com a formação das primeiras terminações nervosas, a partir da segunda semana de gravidez, ou seja, com a formação da atividade cerebral, o que faz sentido, se levar em consideração a morte em nosso ordenamento jurídico, sendo essa uma visão neurológica.

Por fim, existe a teoria natalista, que segue a lógica da personalidade jurídica do Direito Civil, partindo do pressuposto que a vida tem início com o nascimento, e o feto possui uma mera expectativa de direitos. Nesse sentido, Sérgio Abdalla Semião afirma:

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das vísceras desta, como se afirma nas fontes romanas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. Até operar-se o nascimento, o nascituro está ligado ao corpo materno, em razão mesmo da sua existência, inteiramente dependente, alimentando através da placenta cuja vida só tem existência intra-uterinamente. (1998, p. 153).

Como dito, a vida traz consequências, tanto na seara penal como no âmbito civil, pois o próprio Código Civil em seu artigo 2º resguarda os direitos do nascituro, e todas teorias apresentadas possuem fundamentação científica, dentro de alguma área biológica, mas não se chega há um consenso. Em nosso Direito Penal existe a vedação ao aborto, permitido apenas em alguns casos, e por isso nossa doutrina entende ser aceita por nosso ordenamento jurídico a corrente concepcionista.

3. MORTE: O QUE DIZ O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Morte é a ausência de vida, o indivíduo, e seu conceito se alterou ao longo da história, a medida em que a medicina avança, e o conhecimento científico acerca das funções humanas vão se aprofundando. Em um primeiro momento a morte se dava com a ausência de atividade cardíaca, vigente este conceito em período antigo, antes da modernização dos equipamentos médicos. Durante o século XIX, por não existir meios para reverter uma parada cardíaca, e se entendia que a cessação dos batimentos cardíacos era o conceito preponderante para o óbito.

Também neste período não apenas a ausência de batimentos cardíacos era considerada morte, mas também a falta de respiração, pois não existia aparato tecnológico para verificar as funções cardiorrespiratórias com precisão necessária.

Conforme avançou a medicina, surgiram técnicas para induzir a respiração, com destaque para o aparelho de ventilação mecânica, capaz de manter a pessoa respirando, ainda que por si só ela não consiga, começando isto a partir dos anos 1950. Com o desenvolvimento destas técnicas e aparatos, passou a ser comum situações em hospitais de pacientes em coma profundo e inconsciente, sendo mantido com respiração artificial. Nesse contexto, os pacientes estavam em estado vegetativo, parecendo cadáveres, apresentando graves lesões cerebrais, mas mantinham seus batimentos cardíacos e respiração com o auxílio destes aparelhos, mas sem nunca apresentar sinais de melhora.

E dentro desse avanço, também se abandona a ideia de morte instantânea, mas sim por meio de um fenômeno progressivo, por meio do qual o corpo vai deixando sua vitalidade. Nesse sentido, temos Léo Pessini dizendo:

(...) em primeiro lugar morrem os tecidos mais dependentes de oxigênio, sendo o mais sensível de todos o cérebro. De três a cinco minutos de falta de oxigenação são suficientes para comprometer irreversivelmente o córtex do paciente, que daí em diante terá apenas vida vegetativa, ou seja, estará inconsciente, mas respirando e com o coração batendo. (2004, p. 52)

E se com o surgimento da vida há consequências, a morte da mesma forma traz seus efeitos, e se torna extremamente necessário determinar o momento em que se encerra a vida.

3.1 Conceito de morte e a Resolução CFM

O Direito por si só não é capaz de determinar questões que demandem conhecimento biológico, e para definir a morte foi necessário recorrer a profissionais com conhecimento científico. Inicialmente, a morte definida de forma expressa é a encefálica, conforme descrito no artigo 3º da Lei nº 9.434/97, que determinou caber ao Conselho Federal de Medicina, através de Resolução, definir os procedimentos para o seu reconhecimento.

Foi a Resolução nº 1.480/97, que primeiramente tratou sobre a forma de se detectar e se declarar a morte encefálica para fins de possibilitar a doação de órgãos, definição esta mantida pela atual Resolução nº 2.173/17 do CFM. No ano de 1995 o conceito de morte utilizado no Brasil e em grande parte do mundo foi definido pela Academia Americana de Neurologia, que também definiu os critérios utilizados para sua constatação.

Morte encefálica é a parada definitiva e irreversível do encéfalo, provocando assim em poucos minutos a falência de todo o organismo. O encéfalo é responsável pelas funções essenciais do organismo, desde a respiração até a temperatura, e após sua falência apresenta-se um quadro irreversível. Mais especificamente a Resolução nº 2.173/17 do CFM define a morte encefálica como *“a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico.”*

Utilizar o termo morte cerebral é incorreto, pois o cérebro é compreendido pelo telencéfalo e o diencefalo, não incluindo o tronco encefálico, e a completa disfunção do tronco encefálico é essencial para a morte encefálica. Ainda que o indivíduo tenha pleno funcionamento de seus órgãos com ajuda de aparelhos, a partir do momento em que sua atividade cerebral se encerrar de forma irreversível, para o Direito será considerado morto. Para a Resolução nº 2.173/17, em seu artigo 3º ela é resultante de coma não perceptivo e de ausência de reatividade supraespinal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestibulo-calórico e de tosse.

Esse conceito decorre do grande número de transplantes de órgãos, vez que a morte encefálica é irreversível, e não há porque prolongar aquele estado do indivíduo, privilegiando assim doações de órgãos.

Uma morte encefálica pode ser causada por três fatores, conforme determina a medicina moderna, sendo eles o aumento da pressão na caixa craniana, perda importante de massa encefálica e falta de circulação encefálica. Porém, existem inúmeras causas que podem resultar nessas três condições., por isso, o diagnóstico de morte encefálica é muito importante, tanto do ponto de vista ético como econômico, pois a manutenção de um corpo irrecuperável tem um alto custo aos familiares.

3.2 O procedimento para constatação da morte encefálica

Determinar a morte de alguém é algo traz grandes consequências, e isso fica agravado quando se trata da morte encefálica, pois ainda que o coração da pessoa continue batendo, ela é considerada morta para todos os efeitos jurídicos. A Resolução do CFM traz diversas disposições acerca do procedimento correto para se constatar a morte, sendo necessário uma sequência rigorosa de atos, visto que o risco é muito alto.

Os parâmetros e procedimento para a constatação da morte encefálica foram delineados por volta de 1981, nos Estados Unidos da América, pelos estudos da Comissão Presidencial, buscando mais segurança na identificação, por se tratar de um estado irreversível. Posteriormente, para uniformizar os critérios de constatação da morte encefálica, foi realizado um comitê, em 1995 pela Associação Americana de Neurologia (AAN).

A Resolução nº 2.173/17 determina de imediato a necessidade de realização de exames clínicos e complementares durante certos períodos de tempo, variando com a faixa etária da pessoa. Inicialmente o paciente deverá ser identificado, verificando todos os seus exames, e noticiado a sua família sobre a realização de tais atos, conforme dispõe a Lei nº 9.434/97.

Deve-se dizer que para iniciar o exame de constatação de Morte Encefálica é necessário conhecer a causa do coma, afastando também causas reversíveis, como uso de drogas depressoras ou hipotermia, para assim verificar com certeza se existe ou não irreversibilidade, e só então será realizado um exame clínico.

Depois em um período de 6 até 48 horas, a depender da idade do sujeito, deverá ser realizado novamente um teste clínico, por outro médico, com o fim de confirmar o primeiro teste. Este exame clínico realizado pelos médicos envolve uma série de outros exames. Deve ser feito um exame de avaliação de sensação de dor, um exame supraespinal e de sensibilidade a luz, realização de um teste de apneia, e uma série de outros exames. Por fim, ainda é realizado um exame de Doppler, para assim checar se há impulsos cerebrais.

Este exame clínico deve constatar um coma aperceptivo, pupilas fixas e arreativas, ausência de reflexo corneopalpebral, ausência de reflexos, ausência de resposta às provas calóricas, ausência de reflexo de tosse, apneia e ausência de reflexos oculocefálicos, por ambos os médicos, para assim, de forma incontestada ser constatada a morte encefálica.

É importante destacar que este exame será realizado por 02 (dois) médicos, feito sempre com o acompanhamento de um neurologista, sendo que estes médicos não poderão posteriormente participar de eventual remoção ou transplante de seus órgãos. No mais, no Brasil é obrigatório a realização de exame complementar, a fim de buscar demonstrar com extrema certeza a Morte Encefálica, sendo que tal disposição não é obrigatória em diversos outros países.

Outra disposição da nova Resolução é a necessidade de preferentemente os médicos tenham especialização em neurologia, medicina intensiva ou emergencial. No caso do teste de apneia este é realizado apenas uma vez, por um dos médicos.

3.3 Consequências da morte e direitos post-mortem

A vida é o direito fundamental mais importante, ainda que não seja superior aos outros, por

não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, e com ela surgem todos os outros direitos. E se com a vida se inicia esse ciclo, a morte o encerra, e aquele indivíduo que outrora era sujeito de tantos direitos não mais os tem, e junto disto surgem diversos efeitos.

Primeiro cabe falar quanto o Direito Civil. O artigo 2º determina o nascimento da personalidade jurídica com a vida, enquanto que os artigos 6º e 7º encerram a personalidade da pessoa natural a partir do momento em que não mais há vida. Outro efeito recai sobre as obrigações do *de cuius*. Os direitos e obrigações de natureza personalíssima desaparecem, enquanto que os direitos não personalíssimos são transferidos aos seus sucessores. Também há a transferência do patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros. Além disso, acarreta a dissolução do vínculo patrimonial.

Já no Direito Penal, não há mais que se falar em homicídio, mas eventual agressão contra o falecido incide o vilipêndio de cadáver, alterando o tipo penal. Também é com a morte que irá estar consumado eventual crime de homicídio, quando sua morte for causada por ação de terceiro, sem que haja nenhuma excludente de ilicitude.

Por sua vez, no Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas determina que com a morte do empregado, ou até mesmo por uma interpretação analógica feita ao artigo 482, §2º deste código, no caso de morte do empregador pessoa natural, se encerra o contrato de trabalho que o *de cuius* integrava.

No âmbito administrativo, se tratando assim de cargos públicos, a morte gera vacância do cargo. Outrossim, no Direito Previdenciário, a partir deste momento é possível solicitar a pensão por morte. Doravante, no âmbito tributário, temos a mesma regra da seara cível, transferindo aos herdeiros do *de cuius* eventuais débitos tributários, respondendo eles no limite da herança.

E por mais que cesse a personalidade daquele indivíduo que perdeu sua vitalidade, conforme prevê o Código Civil, ainda existem direitos para o *de cuius*. Sua vontade expressa no testamento é mantida, e é possível que militares e servidores públicos recebam medalhas, entre outros. Sobre os direitos depois da morte, ou chamado pela doutrina de *post mortem*, Washington de Barros Monteiro diz:

Não é completo o aniquilamento do *de cuius* pela morte. Sua vontade sobrevive através do testamento. Ao cadáver é devido respeito, havendo no Código Penal dispositivos que reprimem crimes contra os mortos (arts. 209 e 212). Militares e servidores públicos podem ser promovidos *post mortem* e aquinhoados com medalhas e condecorações. A falência pode ser declarada, embora morto o comerciante (Dec. Lei nº 21-6-1945, art. 3º, nº I e art. 9º, nº I). Por fim, existe a possibilidade de reabilitar-se a memória do morto. (v. I, pag. 89)

Grande destaque se dá a proteção a memória do morto contra eventuais crimes contra sua honra, tais como a calúnia, difamação e injúria, ensejando responsabilidade no âmbito civil. É legitimidade de seus familiares entrarem com ação para proteger a memória do morto.

4. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Existem alguns conceitos sobre doação de órgãos, mas todos partem da mesma premissa, a remoção de órgãos ou tecidos de uma pessoa, estando esta morta, ou até mesmo viva, desde que realize o ato voluntariamente, com o fim de transplantar ou fazer um enxerto em outras pessoas vivas, para preservar sua vida. Nossa Constituição Federal, em seu artigo 199, §4º, prevê uma norma de eficácia limitada.

A Lei nº 9.434/97 foi criada para regulamentar a doação de órgãos no ordenamento jurídico brasileiro, especificando e reconhecendo a morte encefálica como a morte legal. Aliada a ela está Resolução nº 2.173/17 do CFM, acima explicada

Há que se dizer que o doador pode ser classificado de algumas formas, para assim se estabelecer uma forma de organização. Poderá ser classificado quanto a compatibilidade imunológica, sendo uma classificação mais técnica, estando ligada a questão genética. Também poderá ser classificado quanto ao grau de parentesco com o receptor, podendo ser parente (até o quarto grau), não parente cônjuge, incluindo também o caso de união estável, ou por fim, não parente.

Existe uma última classificação, sendo o anônimo, no caso de doação para um completo desconhecido, e em nenhum momento poderá se saber para quem o órgão foi doado, e intercâmbio de doadores, hipóteses familiares ou de cônjuges que possuem incompatibilidade sanguínea.

Cabe dizer que não existem limitações para ser um doador de órgãos, seja em vida ou em morte, nem mesmo a idade, pois o que irá condicionar a validade do ato é a viabilidade do órgão, ressalvada as outras questões além dessas, como o consentimento e as outras disposições previstas em Lei para dar validade ao ato. Por mais que ainda exista um grande receio ao se falar do Brasil, seja pelos próprios brasileiros, bem como estrangeiros, principalmente no que tange a qualidade de vida no país, o Brasil possui um grande programa público de transplante de órgãos e tecidos.

No Brasil existe o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), que se formou em um longo processo, unindo questões legislativas e técnicas, trazendo assim uma estrutura estrategicamente hierarquizada, sendo um modelo a ser seguido e tendo uma organização muito bem estruturada, possuindo Câmaras Técnicas Nacionais, bem como Grupos de Assessoramento Estratégico, tudo isso para assim coordenar todo o processo, seja de formação dos médicos, desde a questão técnica até aspectos de entrevistas familiares, bem como de alocação de órgãos, e todo o procedimento de transplantação.

A legislação do SNT até mesmo divide o país em macrorregiões para alocação de órgãos, e até mesmo existem Centrais de Notificação, Capitação e Distribuição de Órgãos e tecidos em todos

os Estados do Brasil, buscando assim coordenar o sistema estadual de transplantes, realizando controle e fiscalização das atividades de doação e transplante.

4.1 Procedimento clínico médico

O procedimento de transplante de órgãos é muito arriscado, e por isso há um rigoroso procedimento para a transplantação de um órgão ou tecido, não apenas priorizando as questões físicas para manutenção do objeto do transplante, mas também das questões psicológicas dos familiares. Para uniformizar a nomenclatura do processo de doação e transplante, a Organização Mundial da Saúde (OMS) formou um grupo, chamado de *The Transplantation Society* (TTS), vez que os termos utilizados por cada país tinham significados diferentes, dificultando a comparação e avaliação de eventuais estatísticas e resultados.

Durante o processo de transplante, existirá nomenclaturas diferentes para o doador. A primeira etapa do processo de doação de órgãos é o diagnóstico de morte encefálica, verificando assim se existe a parada total das funções cerebrais, por meio de dois exames, com médicos diferentes. Em grande parte dos casos, a morte cerebral se dará por um traumatismo craniano ou um acidente vascular, e o coração continuará batendo, e essa condição de irrigação de sangue proporcionada pelo coração funcionando faz com que os órgãos sejam viáveis para a doação.

Durante este processo, a nomenclatura correta será “potencial doador”, pois ainda está se verificando a viabilidade da doação por este sujeito. Após o exame, caso seja constada a morte encefálica, ele será um “doador elegível”, assumindo uma condição de possibilidade para doar, porém, ele ainda não é um doador, pois necessita de autorização da família. O potencial doador pode ser até mesmo um menor de idade, mesmo sem ter completado ainda 01 (um) ano de vida.

Posteriormente, se buscará uma autorização da família, devendo esta ser consultada e orientada sobre todo o procedimento, se iniciando assim a fase da entrevista familiar. Deve-se dizer que eventual documento ou mensagem deixada pelo doador elegível não são válidas para autorizar o transplante, devendo a família autorizar, mediante assinatura de um termo.

Caso a família se manifeste de forma positiva quanto ao transplante, será feito um questionário, buscando assim formar um histórico clínico do paciente. Essa fase é muito importante, pois é intermédio dela que se verificará eventual doença crônica, infecções ou alguma outra situação que inviabilize o transplante, além do que irá oferecer todas informações e suporte necessário para que a família tome sua decisão com segurança.

Cabe ressaltar que a grande dificuldade do entrevistador é convencer a família, explicando acerca da condição de morte encefálica. É comum uma grande resistência, por acreditarem que aquele sujeito ainda poderá se recuperar da condição em que se encontra.

A próxima etapa é da retirada dos órgãos, e deve-se frisar que um mesmo paciente pode doar inúmeros órgãos, desde que estejam viáveis. O processo deve ser muito célere, pois existe um tempo para retirar o órgão e transplantar no receptor. Após a retirada ele será chamado de “doador efetivo”. Há de se dizer que existem alguns órgãos que são viáveis para doação de um doador falecido. No caso de morte cerebral o coração continua bombeando sangue para outros órgãos, e por conta disto é possível doar coração, pulmões, fígado, pâncreas, intestino, rins, córnea, vasos, pele, ossos e tendões.

No caso de parada cardiorrespiratória, ou seja, quando o coração cessa sua atividade, o doador poderá apenas doar tecidos, tais como córnea, vasos, pele, ossos e tendões. Para demonstrar isto, temos a tabela retirada do livro do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, Morte Encefálica e Doação de Órgãos (pag. 85, 2018):

Órgão Tecido	Tempo máximo para retirada	Tempo máximo de preservação extracorpórea
Córneas	6 horas Pós Parada Cardíaca	7 dias
Coração	Antes da PC*	4 a 6 horas
Pulmões	Antes da PC*	4 a 6 horas
Rins	Até 30 min Pós PC*	até 48 horas
Fígado	Antes da PC*	12 a 24 horas
Pâncreas	Antes da PC*	12 a 24 horas
Ossos	6 horas Pós PC*	até 5 anos

O próximo passo é o transporte dos órgãos, pois a doação pode ocorrer entre pessoas de Estados diferentes, e para isto existe transporte aéreo, através de um acordo voluntário de cooperação entre companhias aéreas, e essas empresas até mesmo transportam os órgãos gratuitamente. Frisa-se que durante este período existe uma grande preocupação na manutenção deste órgão, que deverá ser corretamente alocado para que não seja prejudicado no período de extração até a realocação.

Cada órgão possui um procedimento correto, e a medicina evoluiu a ponto de até mesmo criar princípios para buscar maior efetividade. Quando existir a efetiva transplantação do órgão ou tecido para o corpo do paciente receptor, o doador será chamado de “doador com órgãos transplantados”.

O último passo do procedimento de doação de órgãos é a recuperação do receptor, pois o sucesso da operação depende de vários fatores, como sua saúde, por exemplo, e há de se dizer que este sujeito deverá pelo resto de sua vida tomar remédios imunossupressores, para que não ocorra rejeição de seu organismo em relação a aquele novo órgão.

Além disso, existem outras disposições quanto a uniformização de nomes a se utilizarem,

como por exemplo o termo entrevista familiar, não se devendo falar em abordagem familiar, uma vez que a entrevista busca estabelecer uma relação, enquanto que a abordagem tem uma conotação de investigação.

4.2 Doação de órgãos em vida

Por mais que quando se fala em doação de órgãos sempre o assunto se volta para o *post mortem*, é possível a doação de órgãos durante a vida, respeitada as condições da Lei, bem como as questões técnicas da medicina de viabilidade. Quanto a doação de órgãos em vida, está é uma hipótese muito restrita, limitada a somente alguns órgãos do corpo, e além disso, esse procedimento não é isento de riscos para o doador. Assim, a lei traz alguns requisitos para que possa ser realizado este ato.

O primeiro requisito é a inexistência de fim comercial, realizado através da venda do órgão, não sendo possível comercializar em nenhuma hipótese, devendo ser um ato vinculado a um sentimento de benevolência e solidariedade.

O segundo requisito está na premissa da doação de órgãos, pois se o fim do ato é preservar a vida, não faria sentido colocar em risco o doador, assim, a pessoa do doador não pode correr risco de vida após a doação, desconsiderando claro o risco inerente de se tratar de um procedimento cirúrgico.

O terceiro requisito é a necessidade de compatibilidade genética entre o doador e a pessoa que está recebendo o órgão, pois caso exista incompatibilidade será impossível a manutenção da vida. Na maioria dos casos, a doação em vida é realizada entre parentes até quarto grau, e nestes casos não há nenhum empecilho, desde que respeitados os outros requisitos. Porém, caso alguém queira doar para um terceiro que não seja seu parente, será necessária autorização do conselho de ética do hospital, bem como também de autorização judicial, para prevenir qualquer hipótese de comercialização.

O quarto requisito para que haja a doação em vida é a necessidade do órgão a ser transplantado ser duplo, ou caso não seja duplo, se regenere, e por conta disto, a doação de órgãos entre vivos está limitada a alguns órgãos, sendo eles rim, parte do fígado, e em situações raras parte do pulmão de dois doadores para um receptor, geralmente pediátrico.

Este potencial doador em vida ainda passará por uma avaliação clínica, para verificar a viabilidade real dessa doação. Esta avaliação será imunológica, verificando a compatibilidade genética, bem como eventuais doenças crônicas que este doador possa ter, tais como hipertensão, obesidade, diabetes, ou até mesmo sua idade, que serão avaliadas pelos médicos responsáveis. Além do mais, a legislação brasileira exige que o doador se trate de um maior de idade, capaz, e com

consentimento para realizar o ato, ou no caso de menor de relativamente incapaz, que tenha autorização de seus pais ou tutor. Respeitada cada uma destas condições, é possível que seja feita a doação de um órgão ainda em vida.

4.3 Possibilidade de escolha do receptor

Uma grande questão que surgiu nos últimos acerca da doação de órgãos é a escolha do receptor, para quem aquele órgão será doado, pois aquela pessoa ou os familiares do doador podem ter interesse em doar para alguém próximo que necessita. Assim, existe diferença ao se tratar de doação de órgãos em vida e após a morte. No caso de doação em vida, é possível escolher para quem doar seus órgãos, vez que grande parte desses atos ocorrem entre parentes de até 4º grau, e nestes casos nem mesmo necessita de autorização para realização do ato, apenas sendo necessário respeitar todos os requisitos, como por exemplo a compatibilidade genética e a duplicidade ou caráter regenerativo do órgão.

De forma diferente, no caso de doação de órgãos *post mortem*, não é possível escolher para quem o órgão ou tecido será doado, haja vista que a decisão será feita pela Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos, pertencente ao Sistema Nacional de Transplantes.

Há lista de espera, formada por uma ordem cronológica de inscrição, sendo que os receptores são selecionados com base nesta ordem, em função da gravidade ou compatibilidade sanguínea e genética com o doador. Esse é o Sistema de Lista Única, constituído pelo conjunto de potenciais receptores, podendo ser tanto brasileiro nato, naturalizado ou até estrangeiro, desde que residentes no país e inscrito para o recebimento. Por uma questão ética, nem mesmo a família do doador saberá para quem o órgão foi transplantado, pois já existiram casos em que essa informação gerou problemas.

4.4 Divergência entre a vontade de um potencial doador e seus familiares

Quando se trata da vontade de doar seus órgãos surge um assunto de ampla discussão, com diversas situações. Muitas vezes o potencial doador falece sem ter se manifestado sobre sua vontade, ou em outras ele até se manifesta, mas não para todos seus familiares, ou por vezes ele deixa claro sua vontade, mas muitos não concordam. Mas de forma inegável, a morte de um familiar é algo traumático para toda a família, ainda mais ao se tratar de uma morte encefálica, quando os familiares se negam a acreditar que aquele sujeito realmente morreu, haja vista que seu coração continua a bater.

O processo de doação de órgãos é muito célere, pois existem receptores com alto risco de

vida, e um tempo para muito curto para a retirada dos órgãos até transplantação, sem que estes percam a viabilidade, e assim, a família deve ser entrevistada o mais breve o possível. Tudo isso aliado, junto a todos os sentimentos de dor, tristeza, angústia, e em pouco tempo esse questionamento que deve ser respondido de forma rápida, faz com que muitas vezes as famílias tenham que tomar decisões precipitadas.

E neste sentido, existe a Lei nº 10.211/01, que em seu artigo 4º, determina que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para realizar o transplante está condicionada a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, por meio de um documento assinado por duas testemunhas presentes. E esta Lei ainda vigente é reforçada pelo Decreto Presidencial nº 9.175/17, que em seu capítulo III, Seção II, artigo 20, traz a mesma determinação da Lei nº 10.211/01. De forma clara, este artigo determina que a autorização do transplante de órgãos cabe de forma exclusiva aos familiares do potencial doador, e ainda que o de cujus tenha lavrado um documento particular manifestando sua vontade, este não terá força para prevalecer.

O §1º deste artigo ainda traz alguns requisitos para a validade desta autorização, estabelecendo a necessidade de um instrumento documental assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte, bem como a autorização expressa do cônjuge, companheiro, ou parente consanguíneo até segundo grau. Ainda o §2º determina que caso a decisão de autorizar seja realizada por um parente de segundo grau, está deverá vir junto com as razões pelo qual algum parente de primeiro grau foi incapaz de tomar esta decisão.

Esse Decreto, não busca privilegiar a vontade do potencial doador, mas sim de seus familiares. Surge então uma discussão doutrinária sobre a aplicação do artigo 14 do Código Civil neste caso, que diz expressamente *“É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.”* Veja que por esta disposição, somente prevaleceria a vontade dos familiares nos casos de ausência de orientação do potencial doador, e há alguns entendimentos, como o de Cristiano Chaves de Farias, que este direito deveria ser transmitido para os herdeiros. Neste sentido, dispõe Silvio Venosa:

Tendo em vista o teor do art. 14 mencionado, temos que concluir, mesmo perante o sistema atual, que, enquanto não regulamentada diferentemente a disposição, seria idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após sua morte, devendo os parentes ou o cônjuge autorizar somente perante a omissão da pessoa falecida. (p. 205, 2015).

Há quem diga que não seguir a disposição deste artigo seria uma forma de retirar a autodeterminação do falecido, anular os atos que praticou em vida, pois um documento lavrado em que ele manifesta sua vontade de forma provada não poderia ser desconsiderado. Com o fim de firmar um entendimento sobre a questão, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na IV Jornada de

Direito Civil, editou o Enunciado 277, que tem os seguintes dizeres:

Enunciado 277: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Sobre a discordância entre familiares, foi manifestado através das respostas que alguns familiares aceitavam a doação de órgãos, mas outros, da mesma família, não aceitavam e isso influenciou na recusa, pois os familiares optaram por respeitar a opinião do outro familiar que se recusou a doar os órgãos do falecido. (ROSÁRIO, p. 3, 2013).

Também existem questões religiosas envolvidas no processo de doação, mas contrário ao senso comum, a maioria das religiões são favoráveis a doação de órgãos, entendendo se tratar de um ato de benevolência e solidariedade, e nenhuma delas obriga o sujeito a realizar este ato, mas apenas citam ser uma escolha do indivíduo. Por mais que a doutrina de forma majoritária entenda pela vontade do falecido, seguindo o entendimento do artigo 14 do Código Civil, em sentido contrário temos a Lei nº 10.211/01, bem como o Decreto Presidencial nº 9.175/17, que determinam de forma inconteste que a decisão pela realização de doação dos órgãos é de vontade exclusiva dos familiares, entre eles o cônjuge e companheiro, ou parentes de até 2º grau, sejam em linha reta ou colaterais.

5. DISPOSIÇÕES ACERCA DA MORTE E DOAÇÃO DE ÓRGÃOS EM OUTROS ORDENAMENTOS

Dentro de seu poder soberano todo Estado é livre para dispor acerca da doação de órgãos, criando previsões próprias, seja quanto ao procedimento, requisitos, e principalmente na solução de questão antes mencionadas, como sobre quando se dá a morte, conflitos de consentimento e outras questões. Essas previsões estão muito ligadas a conceitos culturais e religiosos de cada país, assim, enquanto alguns Estados possuem uma alta taxa de doação e grande aceitação por parte da sociedade, outros ainda possuem grande medo ou até mesmo preconceito quando se fala do assunto.

Dentro os Estados com os maiores índices de doação está a Espanha, que no ano de 2017 foi o país com a maior quantidade de doações, registrando uma taxa de 46,9 PMP, um cálculo feito com base em um número de doadores por milhão de habitantes, enquanto que, no mesmo período no Brasil, a média foi de 16,6 PMP. Grande parte deste sucesso se dá pelos procedimentos adotados pela legislação espanhola, onde se toda pessoa falecida é presumida como doadora de órgãos, salvo tenha declarado ainda em vida sua opinião contrária, sendo que, por uma questão prática, a vontade dos familiares é levada em consideração, ainda que o falecido nada tenha se manifestado em vida.

O sistema adotado pela Espanha foi criado pela *Organización de Transplantes* (ONT), que fez com que em pouco tempo a taxa de transplantes aumentasse muito. Sobre este sistema, discorrem Luciana Carvalho Moura e Vanessa Silva e Silva:

O modelo espanhol baseia-se na coordenação de transplantes em três níveis: nacional, autônomo e hospitalar. Os dois primeiros níveis são financiados pela administração sanitária nacional e mantêm uma interface com os níveis políticos, administrativos e profissionais. O nível hospitalar refere-se à coordenação intra-hospitalar – na qual o Brasil também se estrutura em relação à doação de órgãos: um médico atua como coordenador e uma equipe de pessoas treinadas do próprio hospital realiza as atividades relativas à captação de órgãos (detecção de potenciais doadores, entrevista familiar, apoio à família etc.). Nesse modelo, há um reembolso para as atividades referentes à captação de órgãos realizada no hospital, e um método eficaz de auditorias no protocolo de morte encefálica (ME) garante a qualidade do processo. O modelo espanhol também conta com um sistema de educação e de divulgação na mídia e com um canal telefônico aberto, no qual estão disponíveis informações acerca do processo de doação e transplante para o público em geral (pag. XXXVI, 2014.)

Grande parte do sucesso do sistema espanhol se dá pela comunicação, seja por meio da disseminação de informação para a sociedade sobre a importância e os resultados dos transplantes, bem como por meio do convencimento dos familiares. O sistema utilizado pela Espanha mostra grande organização, e preocupação com questões além da medicina, mas em comunicação com a sua sociedade, capacitando coordenadores, que irão realizar esse papel de se comunicar com os familiares.

De forma bem recente, a Holanda, no ano de 2020 trouxe novas disposições acerca da doação de órgãos, trazendo um sistema de registro automático de doador de órgãos. De muito tempo se sabe a flexibilidade sobre o conceito de morte na Holanda, onde essa não é vista como algo ruim, mas como um processo natural, e por conta disto, a maioria dos cidadãos holandeses não temem a morte, e sim prevalece a vontade de uma vida com qualidade. Por conta disto, a Eutanásia, muito discutida no mundo todo, e adotada por poucos países, é permitida em território holandês, prevista na Lei da Eutanásia, em vigor desde 2002, de forma a permitir o encerramento da vida de forma antecipada, desligando os aparelhos que mantém a pessoa viva ou ministrando remédios para que a morte ocorra. Com a nova Lei de doação de órgãos, todas pessoas acima de 18 (dezoito) anos, em condições saudáveis, serão considerados doadores de órgãos de forma automática, devendo expressar objeção por escrito caso não seja sua vontade ser um doador.

Por mais que exista essa presunção que a pessoa queria ser um doador, a própria Lei prevê que a família pode impedir isso, desde que demonstre de forma convincente que a vontade do falecido não era ser um doador. Todo o processo ocorrerá por meio de um novo site criado pelo Governo Holandês, onde a pessoa poderá fazer a opção de ser doador, não ser doador, deixar que seu parceiro ou família decida, ou especificar alguma pessoa para decidir, e todos os cidadãos holandeses receberão notificações para se inscreverem no site, mas caso não o façam, serão

considerados doadores.

Porém, alguns países sofrem grande resistência no processo de doação de órgãos, e entre eles está o Japão. A razão disso é o tratamento que os cadáveres têm em solo japonês, uma vez que eles são tratados da mesma forma que pessoas vivas, são vistos como pessoas vivas, por isso há um grande índice de rejeição contra autópsias, dificultando muito a aceitação por doação de órgãos.

Se o mero ato de abrir o corpo de um ente familiar causa grande problemas e conflitos, retirar qualquer parte de um cadáver deixa a questão ainda mais complicada, ainda mais pelo sentimento existente nos japoneses, de que é seu último dever zelar pelo corpo do ente querido. Ademais, existe grande resistência em acreditar na morte de uma pessoa até que não haja mais nenhuma forma de vida no corpo, o que também deixa o procedimento de transplante extremamente prejudicado, pois depois da morte encefálica há pouco tempo para a realização da retirada até a transplantação, e a recusa em aceitar a morte faz com que os órgãos percam viabilidade.

E por conta disto, a lista de pessoas que esperam um transplante aumenta a cada ano, mas o número de doadores não segue o mesmo caminho. Para ser doador no Japão basta o indivíduo assinar no verso da carteira de seguro de saúde ou de motorista, onde poderá escolher entre as opções de declarar consentimento na doação por morte cerebral, por morte cardíaca ou negar qualquer tipo de doação.

No caso da Suíça, país com uma população muito inferior à do Brasil, totalizando cerca de 9 milhões de pessoa. O número de transplantes em território suíço ainda é pequeno, tendo cerca de 145 doadores falecidos e 137 doadores vivos no ano de 2017, sendo muito inferior ao Brasil, porém, se levar em consideração a diferença entre a população de ambos Estados, a média da Suíça é maior. Na Suíça a doação de órgãos e tecidos só é possível após o consentimento, previsto assim na Lei de Transplantes deste país, e caso o falecido não tenha deixado consentimento ou recusa documentados, sua família deverá se manifestar acerca, e decidir.

Por fim, cabe falar sobre o Estados Unidos, a grande potência econômica mundial, que com o passar do tempo começou a se preocupar e investir fortemente no segmento de preservação da vida, dando grande destaque a doação de órgãos. A principal Lei que trata sobre a doação de órgãos no solo americano é a *Uniform Anatomical Gift Act (UAGA)*, de forma a uniformizar a política de doação de órgãos em todo o país, independente do Estado que a pessoa se encontrar.

Todos os adultos podem ser doadores no Estados Unidos da América, inclusive menores de 18 anos, podendo até mesmo um recém-nascido ser doador, desde que autorizado por seus responsáveis. E a política de doação de órgãos Estadunidense permite que até mesmo estrangeiros recebam ou doem órgãos, como aconteceu no caso de Gugu Liberato, não necessitando ter cidadania americana, sendo o único parâmetro para receber um órgão ou tecido ser a necessidade

médica.

Um fator muito interessante é que diferente de outros Estados, no país norte americano há uma grande valorização da vontade do doador, e por conta disto existe um registro para se alistar como doador. Para se registrar, os cidadãos americanos podem utilizar o sistema de registro online, ou até mesmo se inscrever ao visitar o “escritório estadual de automóveis”, não bastando possuir um cartão de doador de órgãos, pois a recomendação é que não há como saber se o cartão estaria com a pessoa ou se seria examinado no caso de morte.

A própria legislação americana prevê que se a pessoa se inscrever como doador, autorizando legalmente a doação *post mortem*, ninguém poderá anular seu consentimento, diferente dos países antes mencionados, onde por mais que se leve em consideração a vontade do falecido, a família é sempre levada em consideração. De forma inovadora, o Estados Unidos possui um sistema de vale transplante, por uma sistemática onde uma pessoa que doa um órgão para alguém, ainda em vida, em troca recebe um voucher para dar a algum amigo ou familiar que precisar de uma doação no futuro, recebendo assim prioridade na lista.

Este sistema quebra uma barreira genética, pois por mais que as pessoas tenham certo grau de parentesco, isso não é suficiente para que haja compatibilidade genética, e assim, pelo sistema de voucher, o problema é solucionado, onde cria-se uma cadeia de doação, onde em vez de doar para um conhecido, a pessoa realiza a doação para alguém que ela não conhece, mas essa ganha prioridade para eventual caso que algum de seus familiares necessite. O sistema de voucher americano, assim, foi um meio de superar a incompatibilidade genética entre familiares, e incentivou a doação para desconhecido como uma forma de garantir, que em um futuro, caso necessário, aquele outrora doador ou alguma pessoa próxima a ele, consiga um órgão, mesmo que esse sistema ainda seja pouco adotado pelas pessoas.

Porém, por mais que o voucher dê prioridade na fila de transplantes, ainda sim os casos mais graves terão são privilegiados, e as equipes de transplantes deixam isso claro aos potenciais doadores, que por mais que possuam um voucher, isso não garante que no futuro terá um órgão disponível. Dentro do processo de avaliação para se tornar um doador, é requisito básico afirmar que não recebeu dinheiro ou qualquer tipo de vantagem pela realização do ato, e também, o voucher não pode ser comercializado de nenhuma forma.

5. CONCLUSÃO

Diante tudo visto, fica claro e evidente a grande complexidade existente dentro de todo o processo de doação de órgãos, desde seu início, com a constatação da morte, até seu ápice, com a efetiva transplantação de órgãos. Porém, por mais que exista um grande procedimento por trás desse

importante ato, a sistematização e organização da doação de órgãos no Estado brasileiro feita pelo Sistema Nacional de Transplantes é exemplar, e responsável pelo crescimento de doadores e eficiência nas doações em nosso Estado.

Mas ainda há grande resistência por parte das pessoas em se tornar um doador, por variados motivos, o que, como consequência, faz com que o número de doadores ainda seja baixo, não atendendo toda demanda existente. E a morte encefálica, adotada por nosso ordenamento jurídico, ainda causa grande estranheza a muitas pessoas, sendo um fator determinante em muitos casos para a recusa em permitir que seu familiar falecido se torne um doador de órgãos. O senso comum é muito resistente quando se fala em morte, principalmente quando o falecido está em estado de coma, com seu coração batendo, mas sem nenhuma atividade encefálica, sendo assim extremamente difícil aceitar se tratar de um estado irreversível.

E assim, buscar o consentimento dos familiares sobre a possibilidade de ocorrer a doação de órgãos depende de uma comunicação por profissionais extremamente qualificados. E como visto, por mais que exista diferença em algumas disposições adotadas pelo Brasil e outros Estados, em sua essência há grande semelhança, pois por mais que sempre se busque saber a vontade do falecido, isso não é determinante, pois a família é muito importante neste processo, sendo sua vontade extremamente relevante.

Mas a importância da doação de órgãos é imensurável, por meio dela é possível a manutenção da vida, aumentando a expectativa de vida da população, e por conta disto, cada vez mais é necessário a disseminação de informações e conscientização sobre tal processo. É preciso quebrar o senso comum, e buscar uma maior flexibilização da legislação acerca da doação de órgãos, para buscar novas alternativas, tal qual fez o Estados Unidos, por meio do sistema de vale transplante.

Tal sistema foi uma grande inovação, que por mais que não tenha representado um grande aumento na taxa de transplantes, se demonstra uma grande inovação na busca de melhores hipóteses, buscando quebrar a barreira da limitação genética. Porém, esse sistema ainda não é possível no Brasil, pois diferente da legislação americana, que permite a doação para qualquer pessoa em vida, mesmo um desconhecido, o rito brasileiro ainda é muito complexo.

Afirmar que o sistema americano de voucher é completamente funcional e revolucionário é uma inverdade, porém, demonstra um caminho a ser seguido, da busca em adequar as pessoas em variadas formas de contribuir com doações de órgãos. O mais importante é seguir os passos dos espanhóis, buscando dar informação e conscientização, utilizando os meios de comunicação como um canal de disseminação de informações, e formando coordenadores em todo o país, com capacidade específica para se comunicar com os familiares do falecido, e ter êxito na busca de

potenciais doadores.

Todos os países modelos em doação de órgãos se utilizam de várias formas de registrar a vontade da pessoa ainda em vida, seja por meio de sites de registro, na carteira de habilitação, ou como o Estados Unidos, que possui uma carteira de doador. Esse passo é muito importante para que não haja desconhecimento da vontade do falecido por seus familiares, o que como dito outrora, tal falta de comunicação é um empecilho que muitas vezes impede que ocorra a doação de órgãos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORCHART, Carolina Bombonato; PRUDENTE, Amanda Juncal. A morte digna como direito fundamental. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p.118-140, dez. 2018.

Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil, **CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA**. 6ed., São Paulo: Paulinas, 1993.

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas, BONELLA, Alcino Eduardo. **Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil**. *Rev. Bioét.* [online]. 2019, vol.27, n.3 [cited 2020-03-20], pp.419-429.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 10ed., Salvador: JusPodivm. 2012.

GARCIA, Clotilde Druck; PEREIRA, Japão Dröse; GARCIA, Valter Duro (org.). **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. 1ed., São Paulo: Segmento Farma, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, volume I**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2016.

GLAZIER, Alexandra K. **Organ Donation and the Principles of Gift Law**. *Rev. American Society of Nephrology*. Publicado em 07/07/2018. Doi: 10.2215. Vol. 13. Pag. 1283-1284.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 8ed., São Paulo: Método, 2014.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio de Oliveira; LIMA, Yara Oyram Ramos; COSTA, Ediná Alves. **Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil**. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 16, p.122-144, fev. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 9ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MOURA LC, SILVA VS, coordenadoras. **Manual do núcleo de captação de órgãos: iniciando uma comissão intra-hospitalar de doação de órgãos e tecidos para transplantes**. 1ed., Barueri: Manole, 2014

Netherlands, Government of. Rules on organ and tissue donation. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/organ-tissue-donation/rules-organ-tissue-donation>. Acesso em: 15 fev. 2020.

- PESSINI, Léo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** 1ed., São Paulo: Loyola, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun, 2012, p. 66/93.
- PORTO, Regis de Freitas; XAVIER, Joaquim José; PIVA, Jefferson Pedro; OLIVEIRA FILHO, Ércio Amaro de; AYUB, Antonio Celso Koehler (org.). **Morte encefálica e doação de órgãos**. 1ed., Porto Alegre: Cremers, 2018.
- RIBEIRO, Daniela Menengoti; DIAS, José Francisco de Assis; MUNEKATA, Larissa Yukie Couto (org.). **Ética e direito à vida**. Maringá: Vivens, 2015.
- ROSÁRIO, Elza Nascimento do; PINHO, Luciane Gonçalves de; OSELAME, Gleidson Brandão; NEVES, Eduardo Borba. **Recusa familiar diante de um potencial doador de órgãos**. Caderno de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 6, n. 260, p.260-266, 21 mar. 2013.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. 1ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ed., ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STARZA, Janaína Machado; ALBARELLE, Jessica. **A proteção do direito à vida e à dignidade da pessoa humana: Controvérsias Acerca do Aborto de Anencéfalos**. Direito em Debate, Rio Grande do Sul, v. 44, p.66-92, dez. 2015.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal, Parte Especial. V. 2**. 1ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- Truijens D, van Exel J. **Views on deceased organ donation in the Netherlands: A q-methodology study**. *PLoS One*. 2019;14(5): e0216479. Publicado em 24/05/2019. doi: 10.1371.
- VEALE, Jeffrey L.; CAPRON, Alexander M.; NASSIRI, Nima; DANOVITCH, Daniel; GRITSCH, H. Albin; WATERMAN, Amy; DEL PIZZO, Joseph; HU, Jim C.; PYCIA, Marek; MCGUIRE, Suzanne; CHARLTON, Marian; KAPUR, Sandip. **Vouchers for Future Kidney Transplants to Overcome “Chronological Incompatibility” between Living Donors and Recipients**. Rev. Transplantation. Publicado em 08/2017. Vol. 11. Doi 10.1097. P. 2115-2119.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 11ed., São Paulo: Atlas. 2011.
- MORATO, Eric Grossi. Morte Encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Revista Médica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 19.3, 24 set. 2009.

NOVA HERMENÊUTICA DA LIVRE INICIATIVA: A LIBERDADE CONTRATUAL E A TEORIA DO TERCEIRO CONTRATO APÓS A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Allaymer Ronaldo Regis dos Bernardos BONESSO¹
Carlos Miguel de MEIRA²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, a partir do espectro do princípio da livre iniciativa e a sua posição no âmbito da nova hermenêutica constitucional, de que modo as alterações legislativas trazidas pela lei de liberdade econômica afetaram o estado do debate acerca da aplicação da teoria do terceiro contrato no direito brasileiro, tendo em vista, principalmente, a inclusão da presunção de paridade dos contratos a partir do art. 421-A do Código Civil. Busca-se, desde logo, uma terceira via conciliatória entre ambas as construções doutrinárias, haja vista que incidem, fundamentalmente, sobre o mesmo fenômeno: a dependência econômica de uma parte em relação à outra nos contratos de natureza estritamente empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Livre iniciativa; Terceiro Contrato; Lei de liberdade econômica.

ASTRATTO

Questa ricerca si propone di analizzare, dallo spettro del principio di libera impresa e della sua collocazione nell'ambito della nuova ermeneutica costituzionale, come le modifiche legislative apportate Legge sulla Libertà Economica abbiano influenzato lo stato del dibattito sull'applicazione della teoria del terzo contratto, principalmente in considerazione dell'inserimento della presunzione di parità dei contratti dall'art. 421-A del Codice Civile. Si cerca quindi un terzo approccio conciliante tra le due costruzioni dottrinali, dato che riguardano principalmente lo stesso fenomeno: la dipendenza economica di una parte dall'altra nei contratti di natura strettamente commerciale.

PAROLE CHIAVE: libera impresa; Terzo contratto; Legge sulla libertà economica.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos no âmbito da doutrina empresarialista-constitucional cotidiana é o limite imposto pelo ordenamento jurídico ao princípio constitucional da livre iniciativa, tido como um dos postulados mais importantes para o desenvolvimento da atividade econômica no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, diversas leis, jurisprudências e doutrinas surgem no sentido de tentar definir ou, ao menos, balizar a aplicação dessa ideia, tendo em vista se tratar de um tema localizado no âmago de uma das principais controvérsias socioeconômicas que polarizam o debate público: o livre mercado.

1 Advogado militante na área de Direito Administrativo, Civil e Empresarial, e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

2 Servidor público municipal e discente do 5º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

No primeiro capítulo deste trabalho, estão definidas as principais considerações envolvendo o princípio constitucional da livre iniciativa, sobretudo no que concerne ao espectro da liberdade contratual e o regime jurídico das relações contratuais estritamente empresariais, isto é, realizadas entre empresários e com finalidade empresarial.

No segundo capítulo, apresenta-se a teoria do terceiro contrato, desenvolvida pelo jurista italiano Roberto Pardolesi, que se trata justamente de uma construção doutrinária criada no sentido de limitar a livre iniciativa e a liberdade contratual, advogando a existência de uma nova categoria de contratos empresariais: *il terzo contratto*.

Por fim, no terceiro capítulo, estão expostas as principais alterações trazidas pela lei de liberdade econômica ao ordenamento jurídico brasileiro, apresentando de que modo afetou o direito contratual e verificando de que modo alterou o debate acerca do terceiro contrato, especialmente quanto à presunção de paridade acrescentada pelo 421-A do Código Civil.

1 A LIVRE INICIATIVA E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1.1. O exercício da liberdade contratual no direito brasileiro

A ordem jurídica constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 consagrou no art. 1º, IV e no art. 170, *caput*, o **princípio da livre iniciativa** como fundamento da república e de sua ordem econômica, podendo ser compreendido como a matriz deontológica a partir da qual a liberdade contratual prevista do art. 421 do Código Civil se torna possível.

No âmbito do Direito Empresarial, a livre iniciativa figura como verdadeira *conditio sine qua non* da atividade desenvolvida pelo empresário, que diariamente realiza a função social da empresa através do exercício profissional de sua atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, em conformidade com o disposto no art. 966, *caput* do Código Civil.

A doutrina empresarialista brasileira, na linha do professor Fábio Ulhoa Coelho, reconhece que o referido princípio possui quatro desdobramento, que são: **a)** imprescindibilidade da empresa privada; **b)** busca pelo lucro; **c)** proteção jurídica ao investimento privado; **d)** reconhecimento da empresa como geradora de empregos e riquezas.

Adiante, de maneira preponderante, analisar-se-á o espectro da imprescindibilidade da empresa privada, sobretudo no que tange à autonomia da vontade e à liberdade contratual. É justamente a partir desse vetor constitucional que se pretende verificar o conflito existente entre a teoria do terceiro contrato e as disposições trazidas pela L. 13.874/2019.

1.2 O regime jurídico dos contratos empresariais

O exercício da atividade econômica organizada, por sua natureza, demanda que o empresário (aqui englobando tanto o conceito de empresário individual quanto o de sociedade empresária) celebre, diariamente, uma ampla gama de contratos, de maneira que a liberdade contratual se mostra indissociável desse contexto.

Há, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, 5 regimes jurídicos possíveis que um contrato empresarial pode ser submetido: **a)** civil; **b)** empresarial; **c)** administrativo; **d)** trabalhista; **e)** consumerista. A depender de qual seja a outra parte na relação contratual e a finalidade do negócio jurídico, aplica-se um ou outro regime.

No âmbito civil, ocorre a estruturação da própria atividade empresarial, bem como a maioria das relações negociais avençadas pelo empresário. Em se tratando de sociedade empresária, a própria constituição da sociedade demanda, por si só, a realização do contrato social e seu registro no órgão competente, conforme disposto pelo Direito Civil.

O espectro empresarial é aquele que se aplica quando ambas as partes são empresários e o objeto da relação negocial não tem por finalidade o consumo final do produto ou serviço, mas a sua aplicação na atividade econômica exercida pelo empresário, como é o caso, por exemplo, dos contratos de alienação fiduciária em garantia.

No regime administrativo, estão os contratos realizados com o Poder Público, em que a empresa se submete a um prévio processo de licitação e se obriga a fornecer um determinado produto ou serviço à Administração Pública, que estipula as cláusulas de forma unilateral e sempre em seu favor, tendo em vista o princípio vigorante da supremacia do interesse público.

Na seara trabalhista, os contratos realizados pelos empresários visam a organização da mão de obra necessária para a operação contínua da atividade empresarial, estando regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesses casos, é presumida a vulnerabilidade do trabalhador, por se trata claramente da parte mais fraca nessa relação.

Por fim, mas não menos importante para a presente pesquisa, estão os contratos regulados pelo Direito do Consumidor, realizados entre a empresa e o consumidor do produto ou serviço por ela produzidos ou prestados. O Código de Defesa do Consumidor é a legislação que disciplina esse tipo de contrato, protegendo o destinatário final daquele bem de cláusulas contratuais e práticas abusivas.

Entretanto, muito se debate atualmente sobre a aplicação do referido código nas relações entre empresários em que fosse verificada um desequilíbrio substancial, desde que pudesse ser provado. Antes, porém, da tomada de posição a ser realizada neste artigo, é preciso apresentar melhor essa dinâmica, esclarecendo o fenômeno das relações contratuais estritamente empresariais

e os contratos delas decorrentes.

1.3 As relações contratuais estritamente empresariais

A questão que se coloca sob análise é aquela que envolve justamente o regime empresarial, sob o qual os empresários realizam contratos estritamente empresariais, ou seja, quando ambas as partes da relação jurídica contratual são empresários, na acepção encontrada no art. 966, *caput*, do Código Civil.

Preponderantemente, aplica-se a essa modalidade de contratos o que a doutrina denomina de modelo clássico liberal, em que ambas as partes possuem plena capacidade de negociação e que há, pelo menos *a priori*, igualdade de informações a respeito da cláusula e condições econômicas por parte de ambos os empresários.

Sob essa perspectiva, muitos doutrinadores se opõem àquilo que ficou conhecido como “dirigismo contratual”, ou seja, a intervenção do Estado no domínio particular a fim de evitar o uso de cláusulas abusivas e/ou o abuso da posição dominante nos contratos empresariais, afastando desde logo práticas de mercado não condizentes com a função social do contrato.

Segundo o professor Fábio Ulhoa Coelho, citado por André Luiz Santa Cruz Ramos, quando se trata de contratos estritamente empresariais, essa prática deve ser evitada, pois a assimetria no Direito Empresarial não deriva de vulnerabilidade ou da hipossuficiência, mas sim de uma relação de dependência empresarial:

Analizando essa questão, Fábio Ulhoa Coelho defende que nos contratos empresariais o dirigismo contratual deve ser menor que em outras áreas do direito privado, uma vez que nem toda relação empresarial é assimétrica. Ademais, o autor entende que no direito empresarial a assimetria não deriva da vulnerabilidade nem da hipossuficiência, mas sim do que ele chama de dependência empresarial, que se faz presente quando um empresário tem que organizar sua atividade segundo diretrizes emanadas por outro empresário (é o que ocorre com frequência, por exemplo, nos contratos de colaboração: franquia, representação etc.). Segundo ele, somente quando caracterizada essa dependência é que se justificaria a proteção do contratante mais fraco no direito empresarial (RAMOS, 2020, p. 1018).

A posição dominante na doutrina empresarialista sustenta que, diferentemente dos contratos realizados no âmbito do Direito do Consumidor, em que há, fundamentalmente, vulnerabilidade e hipossuficiência por parte da relação mais fraca nessa relação, no Direito Empresarial isso não ocorre, de modo que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre empresários se mostra inadequada.

O que ocorre no Direito Empresarial é uma relação de dependência, onde uma das partes (normalmente, a microempresa ou a empresa de pequeno porte) é **dependente** econômica e materialmente da outra (normalmente, uma empresa de porte grande), não possuindo alternativa a não ser celebrar aquele contrato.

Nesses casos, entende-se que somente em situações absolutamente excepcionais, como o caso, por exemplo, de uma prática abusiva de domínio de mercado, é que caberia a revisão contratual, pois restaria constatado o real prejuízo da empresa dependente e o locupletamento indevido da empresa com maior poderio econômico.

Especialmente porque o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência dos tribunais pátrios apresentam limites à liberdade contratual, embora no âmbito do Direito Empresarial a imprescindibilidade da empresa privada garanta aos empresários maior liberdade para estabelecer os termos da avença.

No restante dos casos, os contratos estritamente empresariais são regulados por presunção de simetria entre as partes, especialmente após o advento da lei de liberdade econômica, que acrescentou ao Código Civil o art. 421-A, pelo qual devem se presumir paritárias as relações contratuais como um todo.

Essa mudança, que será melhor abordada nos próximos capítulos, é de extrema importância para o princípio constitucional da livre iniciativa, pois se trata de uma extensão infraconstitucional da sua abrangência. É certo, pois, que a própria norma constitucional restringe a abrangência do referido princípio:

É importante ressaltar, porém, que embora a nossa Constituição assegure, em mais de um dispositivo, a livre-iniciativa, ela própria restringe esse princípio, de modo considerável, ao condicioná-lo ao atendimento de qualificações profissionais (art. 5.º, inciso XIII) ou ao submetê-lo excepcionalmente à necessidade de autorização prévia de órgãos públicos (art. 170, parágrafo único) (RAMOS, 2020, p. 86).

No capítulo a seguir, apresenta-se a “teoria do terceiro contrato”, desenvolvida pela doutrina empresarialista italiana e que considera existir, entre os contratos estritamente empresariais (business to business – B2B) e os contratos consumeristas (business to consumer – B2C).

2. A TEORIA DO TERCEIRO CONTRATO

2.1 Una postilla sul terzo contratto

Em 2008, o doutrinador italiano Roberto Pardolesi publicou um trabalho na revista científica *Finance, Law & Economics* denominado “Una postilla sul terzo contratto”, no qual ele afirma existir uma nova categoria de contratos empresariais, uma espécie que poderia ser caracterizada como um “terceiro [tipo de] contrato” dentro dessa dinâmica.

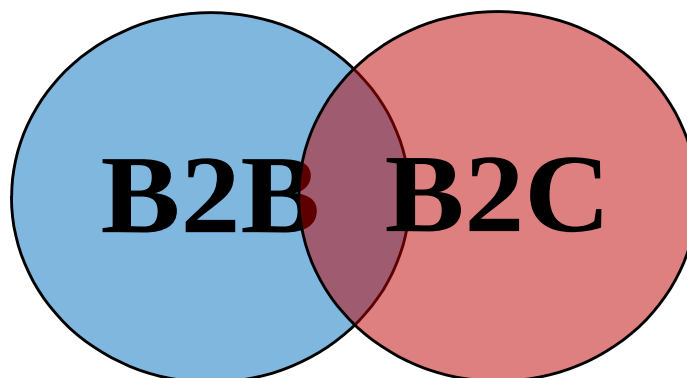
Segundo ele, esse “território” poderia ser compreendido como uma “pangea del contratto” (PARDOLESI, 2008, p. 3), localizada entre os contratos estritamente empresariais (B2B) e os contratos consumeristas (B2C).

Seria uma “terra do meio”, ou seja, um meio termo onde, pelo seria possível se aplicar um

novo regime de regulação de contratos empresariais, vez que não afeta nem ao primeiro contrato (empresarial) e nem ao segundo contrato (consumidor).

De modo figurativo, poderia ser representado pela área de intersecção na representação gráfica a seguir:

Figura 1 – A hipotética *terra di mezzo* da Teoria Geral do Direito Contratual



Fonte: Próprio Autor

O contrato de *franchising*, por exemplo, é uma clara evidência desse tipo de modalidade, tendo no franqueado o polo fraco dessa relação contratual. O franqueador, antes da avença, elabora as cláusulas contratuais, submetendo-as à adesão do franqueado, que possui uma margem muito pequena de negociação.

Há, certamente, outros modelos de contratos tomados como “estritamente empresariais” mas que possuem o problema da disparidade contratual. Contudo, é importante compreender que a ideia do terceiro contrato não se trata de uma proposta de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos estritamente empresariais, mas sim a criação de um novo marco regulador dessa *terra di mezzo* ainda inexplorada.

2.2 A recepção da teoria pelo direito brasileiro

A teoria do terceiro contrato, desde a sua concepção no direito italiano, foi pouco explorada pela doutrina comercialista brasileira, de modo que as únicas considerações mais evidentes a respeito dessa teoria foram publicadas na coluna Direito Civil Atual do portal Conjur pelo professor Carlos Alberto Garbi.

Em uma série de 3 artigos publicados nessa coluna, ele aborda os principais conceitos e considerações envolvendo o terceiro contrato. Entretanto, em uma consulta realizada por e-mail, o professor asseverou que nem a doutrina e nem a jurisprudência enfrentaram diretamente a questão, abordando apenas questões relacionadas ao fenômeno:

Não há doutrina no Brasil sobre o terceiro contrato. Alguma coisa pode ser encontrada nos livros que cuidam dos contratos empresariais, como o livro da Prof. Paula Forgioni. Mas esse tema não foi tratado diretamente pela doutrina brasileira. As melhores fontes, que são estrangeiras, quase todas italianas, eu citei no artigo. Mas acredito que a partir delas se pode construir um bom artigo sobre o tema, inclusive com base em decisões judiciais. Embora os tribunais também não tenham enfrentado diretamente o tema, algumas decisões acabam por fazer transitar normas e princípios contratuais entre os vários tipos de contratos. Me parece que tudo gira, de fato, sobre a questão da unidade do direito privado, ou propriamente a unidade da ratio do direito privado. Por aí se pode desenvolver bem o tema. Se eu puder ajudar em alguma coisa me coloco à disposição (GARBI, 2019).

Por se tratar de um fenômeno extremamente amplo, que envolve praticamente toda a questão da unidade do direito privado e do problema da disparidade contratual existente nos contratos empresariais, o que se encontra, normalmente, são comentários e julgados tratando de uma questão lateral específica.

Entretanto, a doutrina empresarialista sustenta que, diferente dos demais microssistemas normativos, nas relações jurídicas contratuais estritamente empresariais “não se pode pressupor uma assimetria contratual, porque na relação entre empresários não há, em princípio, uma parte presumidamente vulnerável ou hipossuficiente, de modo que o dirigismo contratual deveria ser evitado ou, pelo menos, aplicado com mais cautela” (RAMOS, 2020, p. 1017).

O problema do desequilíbrio nas relações contratuais deve ser estudado com uma análise mais profunda, tendo em vista as considerações trazidas até aqui e, também, o que será abordado no último tópico. Portanto, passa-se a discorrer, de forma mais ponderada, sobre o problema em que se concentra a pesquisa.

2.3 O problema do abuso da posição contratual dominante

O abuso da posição dominante nas relações contratuais empresariais é um dos temas mais controversos e espinhosos da doutrina empresarialista brasileira, sobretudo pelo fato de, na maioria das vezes, opor correntes do pensamento econômico antagônicas: aqueles que defendem de um maior dirigismo contratual e aqueles que zelam por uma menor intervenção do Estado no domínio econômico.

Entretanto, para se entender a real natureza do problema é necessário esclarecer que aqueles que advogam uma não presunção de paridade nos contratos estritamente empresariais nem sempre defender condicionar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essas categorias, propondo, na verdade, uma alteração legislativa, como é o caso do professor Fábio Ulhoa Coelho, um dos maiores críticos da aplicação indevida do CDC:

O mais adequado seria uma reforma legislativa que disciplinasse especificamente os contratos entre empresários, classificando-os de acordo com as condições dos contratantes (iguais e desiguais) e reservando a cada tipo disciplina compatível com a tutela dos interesses objeto de contrato. Enquanto esta reforma não se realiza, aplica-se o Código

No sentido de tornar possível a compreensão do problema, apresenta-se, de forma categórica, sob quais condições o fenômeno do abuso da posição contratual dominante surge e é desenvolvido. Nesse caso, há que se falar em abuso quando se estiver em sede de: **a)** vulnerabilidade técnica; **b)** vulnerabilidade jurídica; **c)** vulnerabilidade científica.

O primeiro tipo de vulnerabilidade ocorre quando o sujeito da relação contratual desconhece as especificações técnicas do produto ou do serviço adquirido, o que leva a adquirir um determinado bem por um preço muito superior àquele que ele realmente vale, como ocorre constantemente nos contratos de *leasing* de máquinas a serem empregadas na atividade.

Quanto ao segundo tipo, é sabido que uma das grandes dificuldades das micro e pequenas empresas no Brasil é justamente a falta de conhecimento jurídico a respeito da sua atividade, o que muitas vezes leva a se comprometerem com empréstimos bancários e contratos que acabam por deixar o empreendimento “no vermelho”, levando à recuperação judicial na melhor das hipóteses.

Por derradeiro, a vulnerabilidade econômica é aquela que decorre da disparidade econômica de uma das partes do contrato, seja porque a outra possui um poderio econômico muito maior ou por conta da essencialidade do serviço por ela oferecido, criando a partir de então a relação de dependência empresarial comentada alhures.

Tendo em vista essas 3 diferentes modalidades de vulnerabilidade que podem ensejar abuso da posição contratual dominante, o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a Constituição Federal, sempre buscou a tutela do pequeno empresário, criando condições facilitadas a fim de que se promova a igualdade substancial nas relações.

A ficção jurídica de que as relações contratuais estritamente empresariais devem ser consideradas paritárias somente se opera quando se está diante de uma presunção que o Poder Judiciário deve aplicar no momento da interpretação da norma, evitando-se a intervenção no domínio econômico quando não for verificado hipótese de abuso.

Sob pena de se tutelar a injustiça em nome de um dogma jurídico, deve-se afastar toda e qualquer presunção de paridade quando restar verificada a existência de abusão da posição dominante, como bem assevera Ribeiro:

Consustanciam, então, relações “entre iguais”, com o que se ignora as mais variadas situações em que há, concretamente, efetiva desigualdade, que é agravada (ou incentivada) pelo abuso do direito no tocante à atuação de certas condições e remédios contratuais (RIBEIRO, 2013, p. 19).

O problema, entretanto, surge quando essa condição mais favorável de uma das partes é utilizada a fim de se prejudicar ou colocar a outra em uma posição de extrema dependência,

momento em que deverá ocorrer o chamado dirigismo contratual, a fim de se proteger o empresário que comprovar estar sendo prejudicado.

Como há de ser demonstrado, essa posição foi consagrada pela L. 13.874/2019, em cujo bojo se encontra o mandamento da presunção de paridade das relações negociais, que deverá, entretanto, ser imediatamente afastada quando elementos concretos que comprovem o abuso da posição contratual dominante forem demonstrados.

3. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A TEORIA DO TERCEIRO CONTRATO

3.1 A valorização do princípio da livre-iniciativa e a presunção de paridade contratual

A L. 13.874/2019, denominada pela doutrina de lei de liberdade econômica, trata-se de um diploma normativo de grande importância para o Direito Civil e para o Direito Empresarial, pois inova em grande parte nos principais dispositivos atinentes a essas duas matérias fundamentalmente basilares para o ordenamento jurídico

Trata-se de um resgate da valorização da empresa privada “como polo gerador de empregos e riquezas para a sociedade” (ULHOA, 2012, p. 34), visto que “[...] a legislação infraconstitucional contempla uma grande quantidade de regras destinadas a proteger o valor do trabalho. Nada de equivocado existe em tal posicionamento. O problema residia na ausência de tutela infraconstitucional à livre-iniciativa” (LEONARDO et. al., 2019, p. 18).

Acrescentado pela lei, o art. 421-A do Código Civil passou a presumir os contratos como “[...] paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais” (BRASIL, 2019, *online*).

Nesse sentido, inovou ao estabelecer um marco legal a partir do qual a interpretação judicial dos contratos deve ser feita presumindo-se paritários, de forma que todo e qualquer arguição de revisão contratual somente deve ocorrer quando a parte que se sentir prejudicada provar, através de **elementos concretos**, a necessidade do afastamento dessa presunção.

A presunção de paridade, portanto, começa a ceder somente quando, por conta da presença de elementos que comprovem a vulnerabilidade econômica ocasionada por abuso da posição contratual dominante, a parte economicamente dependente provar que foi prejudicada.

Entretanto, importa para a presente pesquisa observar de que modo a lei de liberdade econômica afetou o debate a respeito do problema da disparidade existente no âmbito dos contratos estritamente empresariais, verificando o estado da arte da teoria do terceiro contrato no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 As principais controvérsias e inconsistências contra a L. 13.874/2019

O novo marco regulatório inflamou os ânimos do debate público, especialmente no em um contexto político em que, na maioria das vezes, determinada posição mais ou menos favorável à intervenção do Estado no domínio econômico é tomada como pertencente a esta ou a aquela corrente ideológica, polarizando politicamente a discussão em torno da norma,

Desde a sua elaboração como medida provisória antes da conversão em lei, foram ajuizadas 4 ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Federal (ADI 6156, ADI 6184, ADI 6217 e ADI 6528), cuja relatoria pertence ao Min. Ricardo Lewandowski, por prevenção.

Na ADI 6156, o Partido Democrático Trabalhista sustentou a inconstitucionalidade da então MP 881/2019 alegando que a referida norma traz alterações substanciais ao sistema de direito privado no qual se funda o ordenamento jurídico brasileiro sem que preenchesse, cumulativamente, os requisitos formais de relevância e urgência.

O Partido Solidariedade, ao promover o ajuizamento da ADI 6184, argumentou que a medida provisória feria a Constituição Federal ao expor os cidadãos a perigos sanitários, tendo em vista as diversas desregulamentações trazidas pelo diploma quanto a essa matéria.

Ainda como MP 881/2019, a norma foi questionada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria, que arguiu na ADI 6217 a inconstitucionalidade da lei dizendo que a lei versa sobre diversos temas relacionados à CLT, causando insegurança jurídica e ameaça ao valor social do trabalho e à dignidade da pessoa humana.

Já convertida em lei, a norma foi alvo da ADI 6528, do Partido Popular Socialista, que argumenta que o artigo 3º, inciso IX, estabelece que, transcorrido o prazo máximo definido e apresentados os elementos necessários, será concedida aprovação tácita do pedido de liberação da atividade econômica, mesmo no caso de haver impacto socioambiental.

3.3 O estado da arte da teoria do terceiro contrato com o advento da nova lei

A lei de liberdade econômica alterou uma série de artigos do Código Civil buscando a preservação da autonomia privada na celebração de contratos, dispondo sobre a forma de interpretação do negócio jurídico e protegendo, de forma categórica, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, conforme previsto na Constituição.

A teoria do terceiro contrato, ao asseverar que, entre os dois modelos preponderantes de contratos estritamente empresariais, existe um tipo híbrido que, por suas especificidades, merece maior tutela do que aqueles tomados como paritários, não advoga contra a presunção de paridade

estabelecida pelo art. 421-A do Código Civil.

Isto porque, ao apresentar a necessidade de proteção da parte economicamente dependente em uma relação contratual dessa natureza, não prediz que em todo o caso levado ao Poder Judiciário que envolva um conflito decorrente desse abuso a parte autora não deveria apresentar argumentos consistentes (elementos concretos) para se afastar tal presunção.

A autonomia da vontade e a liberdade contratual, ambas decorrentes do princípio constitucional da livre iniciativa, ainda são reconhecidos como os parâmetros mais adequados para a regulação desse tipo de contrato, os estritamente empresariais, pois o que se visa nesse momento não é o consumo final daquele bem ou serviço oferecido, mas o seu emprego na atividade produtiva da empresa.

Dessa forma, compreende-se que tanto a teoria quanto a presunção de paridade podem ser adotadas, pois nenhuma das duas acaba por negar a existência, no plano fático, de desigualdades entre os sujeitos da relação e também não afastam a possibilidade do contrato ser submetido à revisão quando for verificado o abuso da posição dominante.

Nesse sentido, a inovação trazida pela lei não adota nem um regime de mercado aos moldes do liberalismo clássico e muito menos um modelo regulatório de dirigismo contratual, mas sim uma organização do mercado que protege o princípio constitucional da livre iniciativa e, ao mesmo tempo, disciplina a presunção de paridade contratual:

Tem-se um regime de mercado organizado, no qual se assegura e se estimula a livre-iniciativa, mas é autorizada a intervenção do Estado para preservar o mercado, e não para se substituir a ele. O Estado atua a favor, e não contra o mercado; corrige as suas falhas, para assegurar sua eficiência alocativa e distributiva; viabiliza-o, e não o suprime. O Estado brasileiro desenhado pela Constituição de 1988 não é um Estado liberal clássico (Estado Gendarme), nem um Estado dirigista (que publiciza a esfera privada), mas um Estado regulatório (LEONARDO, et. al., 2019, p. 85).

Portanto, compreende-se que, após as alterações legislativas trazidas pela lei de liberdade econômica, o estado da arte da teoria do terceiro contrato no direito brasileiro se encontra profícuo para novos debates, principalmente no que tange aos limites da presunção de paridade acrescentado no Código Civil.

Dessa forma, adota-se uma postura e uma tomada de posição conciliatória, de forma que não se nega a existência da desigualdade entre os sujeitos da relação no plano fático, mas intervindo quando houver clara e inequívoca demonstração de vulnerabilidade econômica ocasionada pelo abuso da posição contratual dominante.

CONCLUSÃO

O presente trabalho realizou a análise do aparente conflito entre as disposições da L.

13.874/2019 no tocante à presunção de paridade contratual e a teoria do terceiro contrato desenvolvida pelo jurista italiano Roberto Pardolesi.

Buscou-se, através da metodologia dedutiva e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental verificar, os pontos de tensão existentes entre as duas construções teóricas e, a partir de então, verificar se de fato ambos entravam em colisão ou a contradição era apenas aparente.

Concluiu-se pela posição conciliatória, reconhecendo que tanto uma quanto outra têm espaço no ordenamento jurídico brasileiro, pois são condizentes com a nova hermenêutica constitucional.

O caráter eclético da Constituição Federal de 1988 faz com que construções teóricas aparentemente antagônicas possam ser conciliadas, desde que devidamente balizadas a partir da matriz principiológica da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BAKER, Jonathan B. **A Preface to Post-Chicago Antitrust**. Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2002: Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296119>. Acesso em: 13 out. de 2020.

BAKER, Jonathan B. **Preserving a Political Bargain: The Political Economy of the Non-Interventionist challenge to Monopolization Enforcement**. Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1586054>. Acesso em: 13 out. de 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A causa do contrato**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 14 out. de 2020.

BOWMAN JR., Ward S. **Tying Arrangements and the Leverage Problem**. Faculty Scholarship Series. Paper 4246, 1957. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4246/>. Acesso em: 12 out. de 2020.

CARVALHO, Livia Cristina L. G. D. **Responsabilidade Civil Concorrencial: A busca pela efetiva reparação de danos**. Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>>. Acesso em: 10 out. de 2020.

CORRÊA, Mariana Villela. **Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-10042013-131710/publico/Versao parcial Mariana Villela Correa.pdf>>. Acesso em: 15 out. de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa** – 28 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste** - 2 ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Rogério Dourado. **Abuso de posição dominante no direito brasileiro**. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8 >. Acesso em: 09 out. de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 4 : contratos** - 2. ed. unificada. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOGLIANO, Daisy. **A função social do contrato. Causa ou motivo**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 99, 153-198, 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67622>. Acesso em: 10 out. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRUNDMANN, Stefan. **Qual a unidade do Direito Privado? De uma concepção formal a uma concepção material**. Civilistica, Revista Eletrônica de Direito Civil, 2013. Disponível em: < <http://civilistica.com/qual-a-unidade-do-direito-privado-de-uma-concepcao-formal-a-uma-concepcao-material/> > Acesso em: 15 out. de 2020.

GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. **A Responsabilidade Civil pelo ilícito concorrencial**. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017. Disponível em: < <http://biblioteca.uenp.edu.br/html/file.php?folder=material&file=joaootaviobacchi>> Acesso em: 08 out. de 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais**. Coleção Curso de direito volume 2 – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial** – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Contratos Empresariais**. FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/contratos_empresariais_2014-2.pdf> Acesso em: 15 de out. 2020.

NETO, Floriano Peixoto Marques; JR. RODRIGUES, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de liberdade econômica - Lei 13.874/2019**. Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020.

PARDOLESI, Roberto. **Una postilla sul Terzo Contratto**. Law & Economics LAB, 2008. Disponível em: < <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

PARDOLESI, Roberto; ARNAUDO, Luca. **Single-firm conduct: a discipline in search of itself (try with Google?)**. Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2010. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1541928>. Acesso em: 15

out. de 2020.

RAMOS, André Santa Cruz. **Direito empresarial: volume único**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

RIBEIRO, Ana Letícia Salomão e. **O abuso de posição dominante nas relações contratuais aparentemente paritárias**. Faculdade de Direito de Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/handle/ufjf/5136>>. Acesso em: 13 out. de 2020.

SANDRI, Jussara Schimtt. **Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos**. Revista de Direito Público, Londrina, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8721>>. Acesso em: 08 out. de 2020.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **As situações subjetivas existenciais segundo Pietro Perlingieri: análise crítica**. Diritto brasiliano, Fondatore Francesco Brugaletta, 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/as-situacoes-subjetivas-existenciais-segundo-pietro-perlingieri-analise-critica/>. Acesso em: 10 out. de 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos**. Civilistica, Revista Eletrônica de Direito Civil, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015-4.pdf> /> Acesso em: 15 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Jornal Oficial da. **Comunicações oriundas das instituições e dos órgãos da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia, 2007. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2007:083:TOC>> Acesso em: 03 out. de 2020.

O RECONHECIMENTO DA INJUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: VERDADEIRA FUNÇÃO SOCIAL DA LEI

Beatriz Santos BARROS¹
Vitória MONTANHEIRO²

RESUMO

Hodiernamente o direito é fortemente influenciado pelo formalismo jurídico que tem uma proposição lógica de que apenas a lei escrita é a fonte confiável para o direito culminando em uma força normativa fraca que não atende a realidade fática. Diante dessa conjuntura, o presente artigo mostra outra perspectiva da finalidade do direito, sendo ela principalmente social com o intuito de atender as reais necessidades de cada grupo e indivíduo com a efetivação de leis que tenha aceção e valor axiológico na consciência coletiva. Esta pesquisa científica foi baseada no método sistêmico e tem o propósito de conscientizar a sociedade sobre a necessidade de humanização do direito através do pragmatismo e ativismo jurídico, justiça restaurativas e o melhor exercício do poder constituinte difuso para que assim, o direito consiga garantir a justiça e paz social de forma integral e, por conseguinte seja capaz de trazer o fortalecimento do processo de socialização e evolução da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial. Axiologia. Igualdade. Realidade fática. Humanização.

ABSTRACT

Nowadaysthelawisstronglyinfluenced bylegal formalism that has a logicalproposition that only written law is the reliable source for the law, culminating in a weak normative strength that does not meet factual reality. In face of this situation, the present article shows other outlook of the aim of the law, being mainly social in order to take care of the real requirements of each group and individual with laws that have axiological meaning and value in the collective consciousness. This scientific research was based on a systematic method and has the purpose of raise awareness the society for the law humanization necessity through pragmatism and legal activism, restorative justice and a best diffuse constituent power exercise so that the law strikes thoroughly the justice and social peace. And consequently be able to bring the improvement of the process of socialization and community development.

KEYWORDS: Judicial activism. Axiology .Equality. Factual reality. Humanization.

1. INTRODUÇÃO

O artigo que será desenvolvido adiante propõe a observação da maneira como as leis são manuseadas incorretamente. O Brasil possui um grande acervo de normas jurídicas vindas da Constituição até legislações inferiores, porém o que está escrito é diferente do que se presencia no cotidiano. Ainda que as normas sejam pautadas em princípios que levam ao bem comum, não se veem os agentes do direito observando esses princípios e introduzindo-os como pontos principais

1 GraduandaUniversidadeEstadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, Centro de CiênciasSociaisAplicadas. Email: beatrizsantosbarros1@gmail.com.

2 GraduandaUniversidadeEstadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, Centro de CiênciasSociaisAplicadas. Email:nagell0@outlook.com

em seus trabalhos.

Esse tema é de suma importância, pois o Direito está em quase todos os âmbitos da existência humana, restringindo e libertando ao mesmo tempo, conferindo sempre o melhor para perpetuar a boa convivência, por isso mesmo, a grandiosa relevância de estudar e se atentar à boa e má administração do Direito.

A análise histórica e a apresentação da evolução da lei em uma perspectiva mundial e brasileira são demonstradas neste trabalho apontando a influência internacional das revoluções e declarações. Também é apresentada a desigualdade no julgamento, a falta dele, a inconsistência das provas e como os servidores públicos ainda estão apropriando-se de seus próprios ideais para definir suas decisões e ações.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Historiologia da lei

As leis têm um papel fundamental para a organização social à qual instituem os parâmetros necessários para manter a ordem social e garantir o desenvolvimento individual e coletivo. Dessa forma, entender o processo histórico de formação das normas é adquirir conhecimento das características das leis em um determinado tempo observando as problematizações, experiências e resoluções anteriores para melhor interpretar o ordenamento jurídico.

As teorias que explicam o surgimento da formação originária social trazem a ideia de como as relações interpessoais influenciaram a construção de parâmetros fundamentais para a boa convivência, começando a se materializar a ideia de lei. Uma das teorias é a formação natural, que aconteceu de forma espontânea e sem nenhuma intervenção, há também, a teoria da formação contratual em que, devido à vontade dos homens em comum acordo de terem segurança e paz social, levou à necessidade de positivar textos normativos. Outra teoria é a origem familiar ou patriarcal, em que o núcleo social começa na família que, ao se ampliar deu origem ao Estado. A origem em atos de forças, em que a superioridade de força de um grupo submeteu outro mais fraco a sua conquista e coerção. Por último, a origem por causas econômicas e patrimonial sem que a criação do meio social seria para suprir as necessidades de assegurar os bens e aproveitarem os benefícios da divisão do trabalho. (DALLARI, 2015, p. 59).

Nos primórdios da origem das leis, verificou-se que começaram de forma consuetudinária nas primeiras sociedades primitivas com um estado teocrático apresentando dois marcos fundamentais: a natureza unitária e a religiosidade. Essas sociedades não estavam sujeitas a uma lei positivada, mas sua organização social era vinculada à coerção de um governo unipessoal baseado

em um único líder e em divindades que internacionalizavam os preceitos a ser seguidos em cada indivíduo. Posteriormente, adentrou o direito grego baseado em uma sociedade política dividida em cidade-estado denominada *polis* com o ideal de autossuficiência de cada um, assim conceituado por Aristóteles: “a sociedade constituída por diversos pequenos burgos forma uma cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, tendo atingido, por assim dizer, o fim a que se propôs” (ARISTÓTELES *apud* DALLARI, 2015, p. 8). O direito grego também baseado no costume influenciou a origem do direito natural, o começo da ideia de democracia e soberania com as primeiras promulgações da lei como, por exemplo, a Constituição de Drácon e leis de Sólon.

Outrossim, sucessivamente, surgiu o direito romano, para o qual os costumes através de um processo de transformação social perde espaço dando lugar a um direito jurisprudencial e de jurisdição (REALE, 2002, p.140) e, conseqüentemente ocorre o começo da desvinculação com o sagrado dividindo o direito em Jus civile - direito privado comum, aplicável dentro das fronteiras do império -, Jus Gentium - aplicado às nações estrangeiras - e o Jus Natural - direito natural, um ideal jurídico para qual deveriam evoluir os demais. Todo o conteúdo produzido neste período, como as leis das 12 tábuas e o Corpus Juris Civilis - um código do direito Romano que juntou todas as novelas e novas constituições produzidas na época -, inspirou, de forma significativa, todo o ordenamento jurídico do ocidente. O direito medieval se identificou com o direito romano contido no Corpus Juris Civilis sofrendo mudanças com a inclusão do direito Germânico, que se preocupava predominantemente como bem-estar social sobre a vontade dos outros, e o direito canônico caracterizado por um processo de espiritualização do direito com preocupações éticas e idealistas.

O estado moderno foi marcado pelo surgimento dos estados nacionais europeus, sendo o momento histórico mais relevante para a concretização das leis e a consciência de sua importância. A criação do contrato social foi asseverada pelos homens para garantir a segurança e bem-estar social, este, que só ocorreria com a redução de liberdades e um processo de civilização do estado de natureza, como esclarece Rousseau:

[...]encontra uma forma de associação que defenda e proteja os bens de cada associado, de qualquer força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como dantes... tal é o problema fundamental que o contrato social soluciona. (ROUSSEAU, 2018, p. 27).

Os autores que estudam a origem do contrato social são denominados Contratualistas, cada um com teorias individualizadas, porém o ponto comum entre eles é que não existe um impulso natural e só a vontade humana justifica a existência do estado. Alguns autores dessa teoria são Rousseau, Hobbes, John Locke. Esse período é marcado pela separação dos três poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, teoria apresentada por Montesquieu, pela normatização das leis em textos positivados, pela soberania e coerção do estado, pelo uso legalizado da força e pela

produção de textos fundamentais para entender a função social da lei, como a Bill of Rights (1689), a Declaração da independência dos Estados Unidos (1776), a Declaração de direitos do povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) decorrentes de revoluções importantes como: Revolução Francesa (1789), Revolução Inglesa (1689), Revolução Americana (1776).

No direito contemporâneo, acontecem marcos importantes como a Escola da Exegese que foi baseada no Código Napoleônico de 1804. Os adeptos dessa escola acreditavam que a lei era obra jurídica perfeita e era a reprodução escrita dos valores absolutos de justiça do direito natural sob uma perspectiva da vontade do legislador. Outra escola importante desse período é a Escola Histórica que reforça que o Direito é uma construção histórica, fruto da consciência coletiva do povo e não de um contrato ou de uma evolução natural. No século XX, houve o surgimento do positivismo jurídico, influenciado pela Escola da Exegese, que explica o direito de uma forma totalmente lógica e formal sendo apenas uma estrutura neutra, desprovida de qualquer conexão com os valores e que apenas concretiza a lei como única fonte correta para o direito. Posteriormente, é conhecida uma fase pós-positivista em que os operadores de direito começam a se desvincular da ideia de que apenas o texto normativo consiga abarcar todos os problemas sociais de forma imutável. Começa, então, o processo de humanização dos ideais do direito.

Esse processo de humanização está longe de ser algo totalmente concreto e seguro, pois os operadores precisaram encontrar um equilíbrio entre o fator histórico brasileiro que é pautado no *Civil Law* e o novo conceito axiológico que vem surgindo, necessitando, cada vez mais, de conscientização e estudos de como um direito mais humano deve adentrar no ordenamento jurídico e ter tanta influência quanto o direito positivo tem de forma majoritária. Houve também, a concretização do Jusnaturalismo por meio do texto normativo de modo que a efetividade desses textos é, realmente, institucionalizada em cada indivíduo e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico consegue exercer a jurisdição sobre eles criando o conceito de estado de direito e a forma como ele é exercido hodiernamente. É instaurado o estado democrático de direito e a garantia de direitos individuais instituídos pela Assembleia Constituinte em 1988, que trouxe uma mudança positiva para a formação do Estado brasileiro pautada nas mudanças ocasionadas pelas revoluções do período passado. O direito contemporâneo é baseado no conceito de que os direitos inalienáveis asseguram maior liberdade para cada pessoa, influenciando-as a uma maior consciência dos seus direitos e, conseqüentemente, a maiores lutas para adquiri-los. A partir disso, percebe-se que, na contemporaneidade, as reivindicações são cada vez mais frequentes e o anseio por justiça é maior culminando em movimentos sociais como o antirracismo, feminismo, estudantil, LGBTQIA+ etc. O direito também é fortemente influenciado por uma era tecnológica que auxilia na sua melhor

funcionalidade com programas computacionais específicos para o sistema judiciário como também surgem problemas sociais relacionados à era digital.

2.2 Influências das revoluções para a efetivação das leis

As revoluções (dizer quais foram) ocorridas na Idade Moderna influenciaram, de forma significativa, a ideia da real função da lei e como ela deve ser exercida sobre os membros da sociedade, trazendo um direito social que assegura condições fundamentais para a manutenção da sociedade e de cada indivíduo. As consequências geradas por essas revoluções são a limitação do poder absoluto monárquico, a afirmação e conservação dos direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis dos indivíduos asseverando, em ambas as revoluções (quais são essas revoluções), três princípios fundamentais: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e igualdade de direitos que serão usados como base para o direito que conhecemos hoje.

A Revolução Francesa, que é resultado dos impostos abusivos e privilégios da nobreza, foi um grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico, instalando a ruptura do Antigo Regime e a criação de um novo ideal de direito voltada às necessidades sociais, passando a lei a ter um papel fundamental de representação da vontade coletiva.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se de que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (MARINONI *apud* MORGANA, 2009, p.46)

Esses ideais foram positivados no texto normativo “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789 constituída de 17 artigos.³ (Assembleia Nacional Constituinte Francesa,1789)

3 PROBLEMATIZAÇÃO: CAUSAS DOS ERROS JUDICIAIS

A evolução das normas jurídicas brasileiras trouxe a igualdade perante a lei haja vista o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, porém, essa equidade permanece no papel, pois se presencia dia a dia a desigualdade no julgamento e até a falta dele sobre grupos oprimidos.

Para uma análise mais abrangente, é de suma importância saber que o Brasil está na 26ª posição na taxa de aprisionamentos, com 338 pessoas encarceradas a cada 100 mil habitantes e com 31% de presos provisórios, ou seja, sem julgamento. O estado brasileiro com menor percentual de

3 Art.1º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum; Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

prisões é Rondônia e em contraposição, o Ceará possui maior percentual.

O Ceará, para agravar, tem o caso conhecido como “Maníaco da Moto”, no qual o borracheiro Antônio Cláudio Barbosa de Castro foi acusado como o autor e mantido preso por cinco anos até que, em novo julgamento, foi declarado inocente e solto em 2019.

Antônio Cláudio declara que ainda está em fase de readaptação; está livre, mas não sente essa liberdade, pois ainda precisa conquistar seu espaço e diz que o amor ao próximo deve ser praticado. Mais um caso de um inocente que agora necessita conduzir sua vida com sequelas injustas que a justiça deixou.

O artigo 5º da Constituição no inciso LVII indica que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O julgamento é a única esperança que o indivíduo possui para ter uma pena justa já que a sociedade e a prisão irão condená-lo por toda a vida.

Os erros judiciais ocorrem principalmente devido às falsas acusações, reconhecimento equivocado do autor do crime, abusos de agentes estatais e confissões forçadas que podem ter sido conquistadas através de tortura, conforme a afirmação das criminalistas Maíra Fernandes e Dora Cavalcanti no 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais. (RODAS, 2018, p.)

Maíra Fernandes aponta que nunca presenciou um reconhecimento de autor ser realizado de acordo com o artigo 226 do Código de Processo Penal, especialmente o inciso II que fala: “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”.

A criminalista acrescenta que muitas vezes pegam o suposto culpado que estava preso e, portanto, com a imagem degradada, e o colocam ao lado de funcionários do cartório arrumados com roupas sociais. A definição do suspeito segue filtros classicistas e racistas, havendo grande discrepância ele e as outras pessoas a seu lado. Além do mais, dizem que policiais pressionam a vítima para que ela afirme que um dos elencados é o responsável pelo delito. (FERNANDES *apud* RODAS, 2018, p. 20).

Tem-se muito no Brasil a mentalidade de um sistema punitivista em que a prisão é a solução para tudo e que uma revisão das condições socioeconômicas não é necessária. Portanto, policial tem que “pegar bandido”, delegado tem que achar o culpado, promotor deve denunciar e o juiz “jogar na cadeia”. Para os cidadãos, essa sequência acaba com a criminalidade, mas será que acontece isso mesmo?

Há uma bola de neve de ideais preconceituosos que, quando chega ao juiz, não é parada, ela somente continua a rolar até que o indivíduo seja preso em um local com condições sub-humanas. Para muitos, é no cárcere passando frio, fome e medo que o indivíduo alterará suas

condutas e esse ideal também é compartilhado por muitos agentes estatais que possuem decisiva influência na condenação.

Muitas provas são inconsistentes, possuem escassa profundidade e, para impressionar ou não, o Rio de Janeiro possui a Súmula 70 do Tribunal de Justiça que anuncia: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. É a legitimação de uma condenação que não possui provas, mas somente o testemunho de policiais. Sabemos que é um estado com alta taxa de tráfico de drogas, mas as autoridades podem aproveitar-se dessa Súmula para interesses próprios.

Um estudo da Defensoria Pública fluminense indicou que, em 53,79% das condenações por tráfico de drogas, a única prova utilizada pelo juiz para fundamentar sua decisão foi a palavra dos policiais e, em 71,14%, eles foram as únicas testemunhas dos processos.

Além das provas exclusivamente vindas de autoridades policiais, há também, em grande quantidade, perícias falhas e reconhecimentos que, além de serem feitos de maneira incorreta pelas polícias, possuem muito peso como prova na Justiça brasileira.

Entrando no Direito do Trabalho, um caso dentro desse ramo são as cláusulas contratuais de trabalho que alegam que um trabalhador trabalha apenas oito horas diárias, mas, trabalham dez sem nenhum tipo de remuneração extra. Como a incumbência do juiz é ter de se pautar em provas concretas apresentadas pelo contrato, diante da falta de conteúdo probatório da vítima, ele não determinará que há onerosidade do contrato mesmo que de fato ela ocorra.

Novamente, diante do uso do reconhecimento como prova, em 2019, o ministro Alexandre de Moraes anulou uma condenação que era baseada apenas em reconhecimento fotográfico – que é mais falho que o tradicional – e destacou que “o Estado de Direito não tolera meras conjecturas e ilações como fundamento condenatório em ação penal, pois a prova deve ser robusta, consistente, apta e capaz de afastar a odiosa insegurança jurídica” (STF, 2019). É lamentável a necessidade de chegar ao Supremo Tribunal Federal um caso que usava o reconhecimento fotográfico como prova determinante para assim ser anulado.

A observação de como o Direito se adéqua à sociedade é de exímia importância. O Brasil foi à última nação do Ocidente que aboliu a escravidão e a legislação penal foi construída com a intenção de oprimir os escravos para não haver brechas para insurreições. Nos dias atuais, o direito escrito não acata discriminações, mas seus agentes não seguem a mesma linha, pois não se diferenciam dessa sociedade discriminatória.

A população, com o tempo, perdeu a esperança nos poderes Executivo e Legislativo por causa da corrupção que os define e, com isso, começou a confiar e acreditar no poder Judiciário como o salvador da nação, o único que não se submetia a nada senão à Constituição e o bem

comum, principalmente depois de casos de maior repercussão, atribuindo a muitos membros do judiciário a qualificação de heróis.

O que se presencia, no entanto, são juízes sofrendo interferências da política, esquecendo-se dos verdadeiros princípios e da importância que possuem na legitimação do bem-estar social e da função social do Direito.

3 CRÍTICAS SOBRE O JUDIÁRIO

Na Constituição Federal em seu artigo 2º, é apresentado que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União independentes e harmônicos entre si, entretanto, como dito anteriormente, os dois primeiros deixam a desejar, conduzindo o judiciário brasileiro à responsabilidade de preencher omissões dos demais poderes. Não há aqui intenções de exaltar determinado poder, pois é importante lembrar que a análise sobre o Judiciário leva à conclusão de que esse poder sempre esteve a favorecer as classes dominantes da sociedade e instituições. De acordo com Wolkmer sobre o regime imperial:

[...] não houve grandes modificações nessa tradição colonial elitista e segregadora, mesmo depois da independência do país e da criação, por D. Pedro I, das duas Faculdades de Direito- a de Olinda e a de São Paulo. Durante a experiência monárquica e hereditária do Império, as questões de direitos civis e direitos à cidadania não mereceram interesse maior. (WOLKMER *apud* JUNIOR, 2009, p...)

No **período colonial**, houve a instalação do primeiro tribunal régio brasileiro, o “Tribunal da Relação da Bahia” devido à Lei de 07 de março de 1609. Posteriormente, em 1751, houve a criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e, em 1765, as Juntas de Justiça. No **regime imperial**, houve inovações devido às normas do Código Penal e Código Processual Penal, porém nada ainda em relação ao favorecimento popular.

Com o **regime republicano** iniciado em 1889, a estrutura judicial brasileira teve influências da ideologia do constitucionalismo norte-americano e do positivismo de Comte (JUNIOR, 2009, p.). A revolta de camadas sociais desfavorecidas e o surgimento do Poder Judiciário atrelado a uma legislação civil abalou a antiga estrutura judiciária. Posteriormente, vieram o Supremo Tribunal de Justiça previsto na Constituição Imperial de 25 de março de 1824 compostos por dezessete ministros letrados; o Tribunal do Júri, conhecido como Conselho dos Jurados, criado pelo Código do Processo Criminal de 1832 e o Supremo Tribunal Federal retratado na Constituição republicana de 1891 nos artigos 56 e 59. Ocorreram, em seguida, várias alterações até chegar ao que conhecemos hoje.

Conforme apresenta Wolkmer sobre a atuação do Judiciário brasileiro:

Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura do poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de

perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes de justiça e da população privada de seus direitos. (WOLKMER *apud* JUNIOR, 2009)

Outrossim, o Brasil possui a famosa Frente Parlamentar Evangélica, mostrando que a laicização do país é uma chacota e que a religião ainda influencia a política. Principalmente por esses motivos, é que os juízes devem seguir a laicidade em detrimento de qualquer assunto para que, no fenômeno da judicialização⁴, ele interfira baseando-se na dignidade da pessoa humana e não em princípios religiosos. Um grande exemplo de judicialização livre de ideais religiosos foi o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2013.⁵

Finalmente, uma das críticas mais constantes sobre o sistema Judiciário – que também se harmoniza com a relação comentada de favorecimento sobre certos grupos sociais – é a corrupção. O famoso fato do “Bingão da Justiça” investigado pela Polícia Federal em que juízes negociavam e chegavam a cobrar 150 mil reais por liminar (AGÊNCIA ESTADO, 2007) ou a do desembargador Eustáquio Nunes Silveira que favoreceu o filho advogado em uma causa mostram como cidadãos que deveriam ser neutros e focados no bem comum se detêm na realização de atos para o bem próprio. (MANSUR, 2016)

Indubitavelmente, o Poder Judiciário é de constante importância, possui falhas, mas tenta garantir a almejada justiça. Sempre estará suscetível a erros e esses devem ser analisados pela sociedade, mas principalmente pelos próprios magistrados para que não mais ocorram. O Direito não é de hoje, seus agentes devem se basear no passado para transformar o futuro e possibilitar a contínua evolução do principal condutor da existência humana.

4 A REAL FUNÇÃO SOCIAL DA LEI

4.1 Funções de organização

As leis têm a função de organização para manter a harmonia nas relações sociais, resolver conflitos de forma ordenada pautadas em critérios justos e equitativos a fim de que cada indivíduo consiga a segurança jurídica através de regras e princípios positivados pelo direito que asseguram essa organização e garantem que ela seja de forma contínua e constante a fim de alcançar o bem comum.

4 Fenômeno em que questões que deveriam ser solucionadas pelos Poderes Executivo e Legislativo são resolvidas pelo Poder Judiciário. Tem influência do pensamento pós Segunda Guerra Mundial que um Judiciário independente e forte favorece a democracia.

5 Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº. 175 que determinava o impedimento da recusa das autoridades diante da celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa forma, de acordo com o artigo 187 do Código Civil⁶, todo direito subjetivo é condicionado a um objetivo social como um todo como, por exemplo, a ordem, a solidariedade e harmonia coletiva.

4.2 Funções de Controle social

Na sociedade contemporânea, existem diversas formas de controle social que estipulam valores e condutas a serem seguidos. O direito é uma forma de controle social e seu papel de regular os comportamentos sociais, ou seja, disciplinar os fatos sociais que interessam ao âmbito jurídico tem o intuito de impor valores e regras criados por ele mesmo para a preservação da coesão social com o objetivo de diminuir os conflitos e garantir a paz social. "Coesão é o grau em que os indivíduos que participam de um sistema social se identificam com ele e se sentem obrigados a apoiá-lo, especialmente no que diz respeito a normas, valores, crenças e estrutura." (JOHNSON, 1997, p. 41).

O sociólogo Émile Durkheim (2019, p.15) explica a importância do controle social a fim de se obter uma coesão, pois é a partir dela que é adquirida a solidariedade orgânica em que, apesar de cada indivíduo ter suas peculiaridades, todos conseguem, como um todo, participar da integração social e contribuir de alguma forma para que a sociedade evolua.

4.3 Resoluções de conflitos

O conflito é um processo em que os interesses são divergentes e o direito é o intermediário para evitar, solucionar e prevenir os conflitos sociais. Os operadores de direito podem atuar de diversas formas diferentes sendo elas reguladoras, orientadoras ou repressoras. Dessa forma, Rosseau, (2018, p. 64) explica que o que "[...] o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui."

A função de resolução de conflitos foi concedida ao direito a partir do contrato social, onde os seres humanos, em comum acordo, limitam sua liberdade para evitar que as ameaças e desorganizações sociais do estado de natureza não prevaleçam e seja estabelecida a estruturação de uma ordem social que garanta a paz coletiva.

4.4 Segurança jurídica

A segurança jurídica é assegurada pelo direito através do contrato social, em que possibilita

⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

que os indivíduos tenham a garantia necessária para o desenvolvimento de seus relacionamentos interpessoais e a conservação dos direitos fundamentais e subjetivos, pois, no direito, há consequências para atos ilícitos praticados. Essa segurança é concretizada por meio de princípios jurídicos:

[...] irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais etc...(CINTRA *apud* DALLARI,1999, p. 155)

O direito sistematiza a segurança jurídica com o conhecimento geral dos direitos e deveres que cada um tem com antecedência e a explicitação de forma clara e objetiva das normas com o objetivo de obter justiça para os casos concretos.

4.5 Orientação e persuasão

O direito é visto como um forte orientador social já que exerce sobre os indivíduos uma coação forte de orientações e impõe quais os parâmetros a serem seguidos. A regulação social apresentada pelo direito se liga, de maneira direta, aos campos psíquicos e éticos que se correlacionam entre si para a formação dos valores e princípios de uma sociedade. A força estatal influencia os comportamentos das pessoas e moldam a sociedade para aderirem aos conceitos coerentes e universais que o caráter persuasivo das normas jurídicas constitui. Logo, aquele que apresenta os ideais de justiça, valores éticos e morais, o certo e errado é o direito. Diante da grande responsabilidade de orientar a coletividade, o ordenamento jurídico não pode apenas seguir os códigos à letra da lei ou de forma muito positiva, mas sim garantir que a orientação dada por ela seja realmente efetiva no cotidiano de cada indivíduo para que, conseqüentemente, o direito produza transformações reais no cenário social onde suas orientações consigam atender de forma integral todas as necessidades de cada grupo e suas individualidades.

4.6 Realizações de justiça

O direito é o instrumento para a concretização da justiça a fim de garantir a cada indivíduo o exercício da cidadania, acesso ao aconselhamento jurídico para que, quando infringido, ele consiga reivindicar seus direitos garantidos na lei e o acesso a um conjunto de valores e direitos fundamentais da sociedade individual e coletiva assegurados pelo direito. Para Aristóteles, a justiça não é algo emanado do poder divino, mas sim a consolidação do direito e é determinada e norteadada pela lei, e cada indivíduo exerce sua justiça cabendo-lhe e executando a função (ARISTÓTELES,

2017, p. 80) à qual foi denominado. Em paridade com ele, podemos citar o conceito de justiça para o Positivismo, apresentado no livro *Introdução ao estudo do direito*, sendo apenas a aplicação exata da lei. (NADER,2016, p. 356).

importante ressaltar que a aplicação da lei deve ser de forma objetiva e correta, mas também não pode ficar estagnada apenas ao que está escrito, à letra da lei, pois a cobrança excessiva por isso acarreta consequências como a subestimação dos órgãos competentes, Por a população generalizar um estereótipo de político ruim,ela os impede de executar o direito de forma mais autônoma em que a justiça seja para todos e consiga abranger os diferentes grupos sociais. Igualmente, apesar de o estado facilitar o acesso ao direito, é necessário que todos tenham o conhecimento dele para que seja exercido corretamente e não deixe essa tarefa apenas nas mãos de terceiros, participando de forma ativa no exercício da justiça.

4.7 Integração social

A integração social é garantida pelo direito sendo uma consequência do controle social garantido pelo mesmo. O conflito entre indivíduos gera o desequilíbrio da paz social e o ordenamento jurídico tem a função de garantir a tranquilidade, equilíbrio e a reintegração das relações e, com isso, evita, resolve e previne o conflito para gerar um sistema social coeso e pacífico.

Para que a integração social ocorra, o direito utiliza normas e valores básicos que possibilitam que o ordenamento jurídico se mantenha funcionando, onde os indivíduos obedecem às normas, legitimando o poder do estado, mas também reconhecem a validade das normas em seus direitos subjetivos. Dessa forma, o direito tem a função de restabelecer a ordem social quando os conflitos a atrapalham.

4.8 Legitimações aos atores sociais

O ordenamento jurídico, através de suas normas, tem o poder de legitimar o que cada membro do contexto social deve fazer e quais são as suas obrigações, direitos e posição social. Logo, a caracterização de uma posição de um determinado membro já é pré-determinado pelo direito, pois é reconhecendo o papel social apresentado ao indivíduo, que ele irá desenvolver uma condição essencial para a efetividade de uma convivência social e harmônica baseada no que o direito apresentou como o mínimo para isso.

Diante desse aspecto, deve-se também reconhecer a legitimação do poder do Estado perante a sociedade, ressaltando que o poder só é estável e com real efetividade na coletividade

quando é reconhecido e legitimado por aqueles que exercem. A legalidade e condutas apresentadas pela lei, desde que esta cumpra as necessidades sociais, devem ser consentidas por todos predispondo-os à obediência e tornando-a aceitável por todos os membros sociais.

4.9 Fortalecimentos do processo de sociabilização

O direito é responsável pela efetivação do processo de sociabilização com o intuito de atingir o bem comum que a norma jurídica deve atender em um ambiente para concretizar a paz social regendo as relações jurídicas para atingir o fim para qual foi criada. O direito contribui para a concretização dos ensinamentos morais da sociedade, pois é através dele que esses valores são positivados e se tornam cada vez mais efetivos no contexto social por facilitar a melhor absorção deles devido às sanções. O controle social necessário que o direito exerce tem uma influência educativa que molda as opiniões e condutas individuais para adequação das necessidades coletivas. Ele é responsável pela formação da consciência da obrigatoriedade da norma dentro do convencimento íntimo de cada indivíduo para estabelecer um vínculo com a realidade jurídica, de modo que todo ser humano tem contato com o direito, desde antes do nascimento e até depois da morte.

4.10 A evolução do meio social

É por meio do direito que todas as mudanças e melhorias ocorridas na sociedade são reconhecidas e efetivadas, ou seja, toda mudança social é consolidada pelo ordenamento jurídico para a legitimação e positivação nas normas jurídicas. Com isso, todas as evoluções, guerras e conflitos sociais ocorridos ao longo da história são relacionados ao direito, pois é por meio dele que são gerados os motivos para que todos ocorram e, ao mesmo tempo, é por meio dele que esses conflitos serão solucionados e que as formas de governo são apoiadas. A mudança social, só pode ser realizada por meio do direito, pois, através dos meios legislativos como os processos legais, é que são refletidos os problemas sociais e a necessidade de mudança a fim de atender todas as insatisfações sociais.

4.11 Funções distributivas

A sociedade é baseada na condição de competição e a obtenção de bens. O direito tem a função de distribuir quais são as funções de cada um e estabelecer a divisão igualitária das perdas e ganhos nas relações interpessoais com o objetivo de estabelecer o bem comum, a paz social, a diminuição das desigualdades sociais e a concretização da forma integral de justiça. O direito deve

redistribuir e organizar os recursos escassos a partir do estabelecimento de critérios criados por ele mesmo para a distribuição de vantagens e desvantagens de cada grupo social.

5 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO E SUAS GARANTIAS.

A vivência em sociedade garante que os indivíduos entendam a importância que o convívio social traz para o desenvolvimento humano. Essa convivência depende da garantia de direitos e deveres sobre todos para que seja harmoniosa; por isso, o Estado surge para assegurar o que um sujeito pode fazer e exigir.

O Estado de Direito define que todas as pessoas estão sujeitas à lei, inclusive os legisladores, juízes e os agentes dela. Essa situação política difere de governos em que os governantes são mantidos acima da lei tendo o privilégio de agirem sob seus interesses e não serem punidos mesmo que tenham prejudicado o povo.

De acordo com o jurista alemão Christian Thomasius, a Moral regula o “foro íntimo” do indivíduo, ou seja, a consciência, já o Direito, regula o “foro externo”, as ações humanas exteriorizadas (THOMASIVS *apud* REALE, 2002, p.54). A definição de Thomasius segrega o Direito da Moral, mas o jurista não deixa de explicitar que, quando o ato causa dano a outrem, deve haver coação sobre o agente.

Muitos indivíduos possuem obrigações, mas não pretendem cumpri-las, como exemplo, a pensão alimentícia definida no artigo 1.696 do Código Civil que afirma que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos” ou o pagamento de uma conta. Será a Moral do indivíduo que mostrará a ele a incumbência de cumprir seus deveres e, juntamente, o Direito que afirmará a obrigatoriedade do cumprimento.

Miguel Reale (2002, p. 31) em *Lições Preliminares de Direito* indica que a Moral autêntica é quando o indivíduo age sem visar “a utilidade ou a conveniência de uma atitude”. Também em relação ao agir sem visar benefícios a si próprio há a liberdade racional kantiana que é “a capacidade do sujeito de atuar como legislador e juiz de suas próprias ações no domínio moral.” (BIONIDI, 2019, p. 229)

O *Imperativo categórico* de Immanuel Kant define o princípio de agir “sempre em conformidade com uma máxima que desejarias que pudesse ser ao mesmo tempo uma lei universal” (KANT, 2003, p. 32). Mesmo sendo conveniente esse conceito, pois ninguém se agrada de ser roubado, espancado, discriminado etc., ele não possui vigência na sociedade. Devido a isso, “a lei universal do direito [...] age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos.” (KANT, 2003, p. 77)

O Direito, ao garantir uma liberdade que não aflija outra, terá, como obrigação, a proteção

de partes da sociedade que foram afastadas de privilégios econômicos e sociais, porém, isso raramente ocorre, como afirma Thula Pires em relação ao povo negro:

No mesmo ano em que o Estado brasileiro recrudescer as políticas visando à extinção do tráfico negreiro em sua região e sinaliza à comunidade internacional o início de uma política antiescravista, inaugura uma política agrária seletiva excludente, de modo a garantir que a população negra não seja enquadrada na categoria "proprietário". (PIRES, 2012, p. 92)

De acordo com Pires, as iniciativas públicas antirracismo que mais foram significativas são: a) o reconhecimento de propriedade de terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos; b) as ações afirmativas de integração do negro na sociedade de classe; c) os direitos sociais, econômicos e culturais e, por fim, d) a criminalização do racismo. (Pires, 2012, p. 147),

Além dos negros, os indígenas também são um grupo que sofre discriminações. A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como "Estatuto do Índio", vem para delimitar as relações do Estado e da sociedade brasileira com os índios, pois muitos indivíduos agem com má fé em relação a esse povo.

A demarcação das terras indígenas é um assunto que divide posicionamentos. Segundo dados da FUNAI, as áreas já somam 117 milhões de hectares, aproximadamente 13% do território nacional e há pedidos que estão sob análise. Ao serem aprovados, passará a ser 20% do território (SCHUCH, 2020). O importante é que todo viés ideológico sobre essa matéria tenha pauta em um Direito justo e em prol da maioria, pois, no meio desses conflitos, há a segurança de princípios.

Após essas exposições, conclui-se que o Direito interfere em políticas de reconhecimento, indicando aos indivíduos que suas diferenças podem ser reconhecidas, Também intervém em reivindicações de redistribuição, auxiliando a sanar as injustiças culturais e econômicas, como apresenta Fraser sobre a importância de findar essas duas arbitrariedades que se entrelaçam uma à outra (FRASER, 2006, p. 231). Diante da grande importância, são necessárias formas para que o direito seja melhor efetuado a fim de conseguir suprir todas as anuências sociais, como será demonstrado no tópico a seguir.

6 HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDIÁRIO

6.1 Pragmatismos judiciários

A reeducação da forma como o direito é exercido é fundamental para entender qual sua real função na sociedade, onde humanizar o sistema judiciário é imprescritível para que ele consiga atender, de maneira mais eficaz, as demandas sociais a fim de cumprir o verdadeiro objetivo para o qual foi criado. O pragmatismo jurídico é uma forma de crítica crítica à dissociação das matérias de direito de outros tipos de ciências. Ele foi criado por um movimento na esfera jurídica norte-

americana no início do século XX o qual se pautou no realismo jurídico (também chamado de jurisprudência sociológica). São três características fundamentais que definem essa teoria, a primeira é o antifundamentarismo: expõe que nenhuma teoria deve ser totalmente definitiva, não sendo objeto de dúvida ou adequação ao seu contexto e realidade social. O segundo é o Contextualismo: observar o contexto social para melhor adequar a norma às características peculiares do tempo e espaço daquela sociedade. O terceiro é o consequencialismo: as decisões são pautadas e construídas devido à consequência da observância dos fatos reais desse contexto.

Dessa forma, o Pragmatismo jurídico contribui para que o direito seja baseado em fatos reais que acontecem naquele contexto social e, assim, consiga cumprir a função social para a qual a lei foi predestinada suprindo, de maneira integral, os acontecimentos que necessitam de interferência do ordenamento jurídico. Podemos citar como exemplo do começo da aplicação da teoria do pragmatismo jurídico no ordenamento com a efetivação da maior autonomia para os legisladores, a modificação dos artigos 22⁷ a 28 da LINBD para que as necessidades sociais sejam mais bem atendidas e consigam trazer maior segurança jurídica ao legislador a fim de que a justiça seja concretizada por meio da lei de maneira que ela possa ser revista e remoldada para atender as características reais da sociedade. Ainda é necessário maior fortalecimento da teoria pragmatista no direito brasileiro para que a humanização do ordenamento jurídico realmente transforme a perspectiva em um aspecto mais humano sobre os conceitos e ideais do direito.

6.2 Ativismos jurídicos

A Constituição do ordenamento jurídico hodierno tem dificuldade de atender todos os tipos de grupo: político, religioso, cultural e sociais existentes devido à ocorrência de que algumas leis são inválidas para o contexto atual em que se vive. A existência de normas constitucionais que podem ser inconstitucionais na realidade é ocasionada, pois o direito brasileiro é baseado em uma norma política fundamental que cumpre exatamente o que está escrito nas leis, influenciado pelo método positivista lógico-jurídico e o civil *Law*. Por conseguinte, há uma violação de direitos constitucionais e a infração dos princípios constitutivos não escritos como os consuetudinários (costumes) ou a contradição da norma com uma lei constitucional superior que fortifica o ideal que o direito não consegue ser mais humanizado.

Diante dessas normas inválidas nas leis, o ativismo jurídico, que teve origem no neoconstitucionalismo, efetivado no Brasil com a redemocratização e a marcação de um novo modelo de constituição concretizado em 1988, onde a lei tem o objetivo de ser mais legível e válida

⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

a fim de que possa atender melhor as necessidades sociais. O ativismo jurídico tem, como pressuposto, que não se deve aplicar a lei limitando-a simplesmente a um texto normativo, como foi feito até a 2ª Guerra Mundial, mas atribuiu um novo papel para o legislador podendo também interpretar para ter um papel mais ativo nas demandas sociais, implantando políticas públicas e a reinterpretção da moral. Essa nova hermenêutica trouxe a junção de regras com os princípios jurídicos, a correlação de fatores independentes, mas que necessitam um do outro para a efetivação concreta de ambas como, por exemplo, a junção do direito jusnaturalista e o direito positivo buscando a eficácia da Constituição, sobretudo da concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o juiz consegue atender as necessidades e avanços de uma sociedade em um determinado tempo com suas peculiaridades. Este operador de direito deverá estudar o contexto em que vive e atendê-la da melhor forma, não usando a opinião pessoal, mas exercendo o controle de constitucionalidade das normas para que a validade seja mais ampla e consiga abolir a impossibilidade de destruição de atos inconstitucionais quando necessário. No ativismo jurídico, o centro do sistema ainda será a Constituição assumindo caráter de norma jurídica dotada de imperatividade, centralidade e superioridade denominada estado constitucional de direito, contudo também incorporará o conteúdo axiológico como os valores e opções políticos nos textos normativos com o objetivo de concretizar os valores constitucionais para a garantia de condições mínimas e de forma humanizada.

6.3 Justiça restaurativas

Outro método que deve ser cada vez mais fortalecido no sistema judiciário brasileiro é a justiça restaurativa que ressignifica o ideal contemporâneo apresentado sobre o conceito de justiça, que é pautada em uma concepção da justiça criminal ao qual explica que a modo de exercer a pariedade e igualdade na sociedade é através de uma justiça punitiva-retributiva, ou seja, que culpa e imputa uma pena para o delito como uma forma de punição e recompensa econômica para a vítima. Importante ressaltar que o sistema pelo qual a justiça é exercida traz consequências maléficas para a sociedade, já que o modo de punição do delinquente é a privação da liberdade no catastrófico sistema carcerário, um local propício para a degradação da moral devido à acentuação das condutas ilícitas ensinadas por causa da sociabilização entre presos e um gasto exorbitante para o Estado para manter as infraestruturas, deixando em desdém outras políticas públicas mais importantes como saúde e educação. Os custos são extremamente altos devido à ideia de que o próprio direito institucionaliza como a justiça deve ser exercida, mas esta traz efeitos ruins para os presos, que são excluídos da sociedade e entram de forma mais intensa na criminalidade, como também para a coletividade, onde os investimentos que são gastos para manter presos poderiam

estar suprindo as necessidades sociais que vão trazer algum desenvolvimento benéfico para a sociedade e para o estado que precisa manter esse sistema.

Outrossim, a implantação da justiça restaurativa é definida como um processo voluntário e informal que usa técnicas de conciliação, transação e meditação para alcançar o resultado restaurativo, com a intervenção de mediadores, para objetificar a reiteração da vítima na sociedade em seu estado anterior ao delito e um processo de reaprendizado e readequação do delinquente na sociedade com a transformação dos seus comportamentos. Ela é pautada em consensualidade, adaptabilidade, imparcialidade, urbanidade e confidencialidade para que consiga exercer sua função de forma mais humana e empática a fim de distribuir a cada membro da sociedade sua função de forma clara e objetiva para não só a manutenção da justiça do ordenamento jurídico, como também consiga enxergar as individualidades de cada pessoa para internalizar, de maneira mais compreensível, como a justiça deve ser efetivada no direito.

6.4 Poder constituinte difuso

Para que o direito seja humanizado, é necessário que use, de forma cada vez mais frequente, o poder constituinte difuso e que este sirva de fundamento para os mecanismos de mutação constitucionais decorridos dos fatos sociais, políticos e econômicos. É um processo informal de mudança na constituição alterando seu sentido interpretativo em caráter permanente por meio do desenvolvimento dos costumes constitucionais para melhor atender as necessidades sociais, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas a interpretação é diferente de acordo com as anuências sociais de uma época.

A interpretação das leis pode ser pautada na hermenêutica constitucional que irá delimitar o sentido, com o objetivo de desenvolver a sistematização de um conjunto de métodos e processos que serão aplicados para determinar quais são os sentidos e alcance das expressões do texto normativo baseados em premissas filosóficas, metodológicas e epistemológicas que são diferentes, mas reciprocamente complementares. A Constituição é um sistema de regras (definidas e específicas) e princípios (gerais e abstratos) que busca a resolução de casos de maiores complexidades no exercício da interpretação constitucional que pode ser classificada em hermenêutica clássica (gramatical, sistêmica, histórica, lógica e teleológica) e métodos mais recentes como método tópico problemático, método hermenêutico concretizado, método científico espiritual, método normativo estruturante e método concretista da Constituição aberta. Assim, a utilização dos diferentes métodos de hermenêutica é essencial para que seja melhor exercida a interpretação no poder constituinte difuso para que o ordenamento jurídico possa realmente cumprir seu papel social por meio da lei.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve, como objetivo, elaborar um conjunto de elementos para a apresentação da real função social da lei, observando a historiologia dela a fim de entender o processo de formação do texto normativo. Para compreender os problemas do Estado atual e como o funcionamento do sistema jurídico se concretizou, foram apresentadas as críticas sobre a forma como é exercida a justiça para trazer conscientização. A partir dessa perceptiva, apresentou-se qual a verdadeira função social da lei e a importância do direito para a coletividade para que o mesmo consiga ser baseado em um ideal mais humanístico. Pode-se chegar, assim, a algumas conclusões.

Hodiernamente, o sistema judiciário é fortemente influenciado pela construção histórica brasileira da lei pautada no *Civil Law* que institucionalizou o positivismo jurídico nos operadores do direito, os quais têm dificuldades em fazer algo além de transcrever as leis vigentes no país, que muitas vezes estão ultrapassadas para aquele contexto em que se vive. Esse tipo de modelo, também acarreta uma crise no sistema judiciário que fica sobrecarregado devido à ideia de que o direito precisa resolver situações que seriam facilmente resolvidas sem a interferência dele e pela desconfiança em relação a outros poderes como o Legislativo e Executivo que são constantemente corruptos, dificultando o exercício integral da justiça. Diante dessa problematização, a função do direito é distorcida pelos indivíduos da sociedade, que entendem que ele é apenas unilateral, ou seja, para suprir um egocentrismo individual, mas que não ocasiona obrigações, causando uma falta de maturidade coletiva para a resolução dos conflitos.

O presente artigo mostra qual é a real função do direito para que ocorra a evolução do seu exercício com a finalidade de abranger todas as peculiaridades do sistema social, ou seja, não apenas se pautar em leis gerais e impessoais que não conseguem resolver de fato as demandas sociais, mas em uma humanização do direito em que o Pragmatismo jurídico, o ativismo jurídico, a justiça restaurativa e o exercício do poder constituinte difuso sejam efetivados no funcionamento e sistematização do ordenamento jurídico a fim de obter a conscientização de que o direito deve ser mudado e revisto para que acompanhe as transformações sociais e consiga executar sua verdadeira função de aplicar a justiça por meio de normas que traga de fato o suprimento coletivo e individual de uma sociedade.

8. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADA. **PF estoura ‘bingão da Justiça’ em São Paulo**. Diário do Nordeste, 21 de abr. de 2007. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/pf-estoura-bingao-da-justica-em-sao-paulo-1.882700?fbclid=IwAR22PlkuJopavqe_HkU9aV1T5WNN97Z-

6MqKzyL3BxrmBtHU14LQtlvEFIG>. Acesso em 12 de ago. de 2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. Ed. Editor Ícone, São Paulo, 2017.

BIONIDI, Pablo. **Filosofia ética e forma ética em Kant: uma interpretação marxista**. Revista NIEP-Marx, Niterói, v.7, n.12, p.229, 03 de ago. de 2019. Artigos. ISSN 2318-9657.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria geral do estado**, 26.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do estado**, 33. Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social** 5 .ed São Paulo: Editora Wmf Martins, 2019
Fontes

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento?: Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**. Cadernos de Campo, São Paulo, 2006. 231. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/download/50109/54229/>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas Civil Law e Common Law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**, Disponível em:
<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 08 de ago. de 2020.

JOHNSON, Allain G. **Dicionário de sociologia: Guia prático da linguagem sociológica**. Jorge Zahar. Rio de Janeiro: Ed. Rio de Janeiro, 1997.

JUNIOR, Ariolino Neres Sousa. **Analisando o Judiciário brasileiro**. Revista Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/analizando-o-judiciario-brasileiro/#_ftn5>. Acesso em 11 de ago. de 2020.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas por Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003. Título original: Die Metaphysik der Sitten.

MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da judicialização na sociedade contemporânea**. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea?fbclid=IwAR22PlkuJopavqe>

[_HkU9aV1T5WNN97Z-6MqKzyL3BxrmBtHU14LQtlvEFIG](https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais?fbclid=IwAR3Rpr_-6YhVzp_-O8Cb90i5imKmWRNDVZkeloHORZEAZDUyxvwKQu0eqVM)>. Acesso em 12 de ago. de 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 42.ed. São Paulo: Forense, 2016.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, p. 92. 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, Sérgio. **Criminalistas analisam principais causas de erros judiciais e suas consequências**. ConJur, 2018. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais?fbclid=IwAR3Rpr_-6YhVzp_-O8Cb90i5imKmWRNDVZkeloHORZEAZDUyxvwKQu0eqVM>.

Acesso em: 30 de jul. de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**, edição de bolso. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHUCH, Matheus. **Governo quer acelerar novas regras para demarcação de terras indígenas**. Valor Econômico, Brasília, 15 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/15/governo-quer-acelerar-novas-regras-para-demarcacao-de-terras-indigenas.ghtml>>. Acesso em 09 de ago. de 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

STF. **Ministro anula condenação baseada apenas em reconhecimento fotográfico do acusado na fase de inquérito**. Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=418535&fbclid=IwAR2mIf9VPkL2DCR3Mo2W8QbBHF8SZ2ozXWALi4Xm_PLdL0x14sAChnp8GR4>.

Acesso em: 02 de ago. de 2020.

FRANCESA, Assembleia Nacional Constituinte. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Direitos humanos usp, 1789. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

Acesso em: 09 de ago. de 2020

O ESTADO DE ENCLAUSURAMENTO TECNOLÓGICO E DE CONSTANTE VIGÍLIA SOBRE UMA PERSPECTIVA JURÍDICA

Camila Mayumi OICHI¹
Ana Carolina Greco PAES²

RESUMO

O presente artigo buscou abordar como a liberdade dos cidadãos tem sido afetada com o adentro, cada vez maior, da tecnologia em suas vidas; e, por conseguinte, sobre o permanente estado de vigilância e exibição a que o corpo social é submetido. Além disso, em razão do direito à liberdade e à privacidade possuírem uma estrita- e perfeita- conexão, debate-se acerca das consequências causadas pelo *big data*, e se este banco de dados pode estar ligado a uma exploração de informações em massa. Por fim, trazem-se as repercussões deste avanço científico para o princípio da publicidade dos atos processuais e quais seriam as consequências da instauração de um processo totalmente digital. Assim, através da linha da tecnologia social científica, pelo raciocínio indutivo-dedutivo, utilizando a investigação jurídico-exploratória, analisa-se como o avanço tecnológico pode instaurar um estado de ditadura digital, a partir de uma constante vigília e manipulação de dados, além de intervir nas decisões judiciais e na opinião pública sobre o Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia. Liberdade. Privacidade. Publicidade.

ABSTRACT

This present study sought to address how the freedom of citizens has been affected with growing, ever greater, of technology in their lives; and, therefore, on the permanent state of surveillance and exhibition to which the social body is subjected. In addition, because of the right to freedom and privacy to have a strict- and perfect- connection, there is debate about the consequences caused by big data, and whether this database can be linked to a mass exploitation of information. Finally, the repercussions of this scientific advance are brought to the principle of publicity of procedural acts and what would be the consequences of the establishment of a fully digital process. Thus, through the line of scientific social technology, by inductive-deductive reasoning, using legal-exploratory research, we analyze how technological advances can establish a state of digital dictatorship, based on constant vigilance and manipulation of data, in addition to intervening in judicial decisions and public opinion about the Judiciary.

KEY-WORDS: Technology. Freedom. Privacy. Publicity.

1 INTRODUÇÃO

As ficções científicas deixaram de ser uma fantasia das telas e dos livros, para encontrar, gradualmente, uma conexão com a concretude. Numerais manipulando um ser racional é quase ilógico, mas é algo que está ocorrendo, paulatinamente. Como espiões que aparecem e desaparecem quando querem, sem deixarem rastros; a inteligência artificial já adentrou nas vidas e,

1 Discente do 2º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail camilaoichi@gmail.com Bolsista do Programa de Iniciação Científica Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social.

2 Professora do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de presidente Prudente. Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP) e mestre em Direitos Humanos (UFG) e-mail: paes.anac@gmail.com

imperceptivelmente, vem mexendo com elas.

Ademais, com todos os benefícios trazidos por essa ciência, é difícil de imaginar os prejuízos advindos dela, especialmente se levar em consideração a vasta gama de comodismos proporcionados. O grande impasse desse raciocínio é que o sujeito simpático não levanta suspeitas; porém, pode se tornar o maior vilão da história e ser o precursor de inúmeras violações de direitos humanos. A sociedade digital abre portas à banalidade do mal digital, as inovações são capazes de mascarar e trazer a tona o mal banal³; com a disseminação da ignorância em massa, a vigilância digital é visualizada como algo encantador- contudo- sabe-se que este caminho é uma via de mão única e, na medida em que essas inovações tecnológicas forem adentrando, dificilmente sairão.

Nessa perspectiva, têm-se programas de redes neurais artificiais, como o *Data Mining*, responsável pelo reconhecimento facial- ou do *Deep Learning*, muito utilizado na ciência jurídica, capaz de ler e interpretar dados incertos- sendo decretados como heróis por muitos e, devido a sua eficiência, implementados sem a necessária precaução. Por isso, as inovações tecnológicas têm despertado um fascínio nos juristas, que se vêem frente a um enigma; perpetuar e proteger todos os direitos já conquistados, concomitantemente, a necessidade de se regulamentar esse novo ambiente com o risco de interferir no que já está assegurado⁴.

Assim, a ciência jurídica encontra-se frente a incógnitas como: o anonimato, que permite uma maior liberdade de manifestação, mas desencadeia atos ilegítimos; programas julgadores, que trazem uma solução à morosidade do judiciário⁵ e, também, preocupação com a humanização da ciência jurídica; vigilância constante, que proporciona uma maior segurança e interfere na autonomia dos cidadãos; e a criação de banco de dados que facilita o monitoramento de atividades e afeta a privacidade.

À vista disso, através da linha da tecnologia social científica, “que converte o pensamento jurídico e sua produção em uma tecnologia voltada para as questões sociais” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 23), utilizando a vertente jurídico sociológica, através do raciocínio indutivo-dedutivo, foi feita uma investigação do tipo jurídico exploratória que diz respeito a uma abordagem preliminar de um problema jurídico (GUSTIN; DIAS, 2006). O artigo tratou sobre a prisão construída através da tecnologia, onde a civilização é remodelada e, a forte fiscalização, coloca em risco a liberdade da sociedade.

3 Utiliza-se essa expressão tendo como base o artigo: Violência e banalidade do mal. Cult, 2010. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-e-banalidade-do-mal-arendt/>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

4 Nessa linha, elenca-se o livro “Ensinado um Robô a julgar” de Daniel Henrique Arruda Boeing e Alexandre Moraes da Rosa, 2020.

5 TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XoEBOohKjIU>. Acesso em: 29 de março de 2020.

Ademais, levando em consideração o consumo desenfreado do espetáculo das plataformas digitais; e o aprimoramento das técnicas de armazenamento de dados, discorreu-se acerca dos efeitos destes eventos a privacidade de dados e de que maneira esta fenda provocada pelo digital no íntimo- vem sendo utilizada como arma cibernética. Ainda neste ínterim, dado que a rede midiática tem ganhado, paulatinamente, mais espaço e influência na era digital, exploraram-se os seus efeitos para a publicidade dos atos processuais, bem como, a justiça digital, e se é possível que julgamentos e casos fossem afetados por essa onda tecnológica.

2 O PANOPTISMO CONTEMPORÂNEO E A LIBERDADE FRENTE UMA SOCIEDADE DOS COEFICIENTES

Na sociedade atual, onde quem impõe as regras são os algoritmos; presencia-se, de um lado, um despotismo numeral, um *panóptico* tecnológico e, do outro, uma ditadura de escolhas. As máquinas permitem aos governos fiscalizar todos os seus cidadãos sem necessariamente estar supervisionando-os; e por trás de cada anúncio, de cada *like*, de cada vídeo assistido, de cada “sorria você está sendo filmado”, há um número capturando e armazenando dados pessoais, verificando peculiaridades e selecionando informações, vigiando e reprimindo.

Dessa forma, por mais que se baixem programações antivirais nos aparelhos, tentando se evitar uma vigilância, o sistema de dados sempre se faz presente, observando e mapeando cada movimento, cada atividade, dos sujeitos. O filósofo Byung Chul Han, em seu artigo sobre o coronavírus, trouxe que, na China, por exemplo, não há nada que a população faça e o governo não saiba disso; a inteligência artificial consegue dizer onde uma pessoa esteve, o que comprou, qual a sua temperatura corporal e, através do crédito social, definir quem seria um bom cidadão, e quem não seria (HAN, 2020, s/p).

Na dinâmica do *panóptico digital*, a sociedade não está encarcerada, mas vive dentro de uma falsa percepção de liberdade (HAN, 2018, p. 123); ditados por uma política de escolhas. O espaço, na qual, o poder se revela, não mais através da força, e sim, na comunicação em excesso, gera uma sensação psicológica de policiamento, o que- por conseguinte- leva uma constrição de atos e querereres; e assim, não se realiza algo por medo de ser punido (VIEIRA, 2007, p. 170). Deste modo, é possível que um modelo utópico seja observado na prática, um *panóptismo* da contemporaneidade, onde, aos poucos, a liberdade é extraída de cada um.

No entanto, é imprescindível estabelecer o conceito do que é liberdade para então, proclamar a sua violação. Nessa perspectiva, a liberdade poderia ser negativa, quando recai na positivação, do fazer- ou não fazer- em virtude de lei; ou positiva, quando o indivíduo tem a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, pensar por si mesmo e conseguir formular os seus

juízos sem ser manipulado. Ademais, as duas não se confundiriam, pois a negativa estaria voltada a ação, e a positiva, ligada à vontade (BOBBIO, 1997). Sendo assim, conforme a tecnologia é utilizada demasiadamente para monitoramento e manipulação de dados, atinge-se a liberdade negativa, já que, nestas situações, não há um querer livre, mas um querer influenciado por outro querer⁶. As possibilidades são limitadas; não apenas pelo constante bombardeamento de informações e mensagens- agradáveis aos olhos- que servem de gatilho para uma manipulação em massa, mas também pelas barreiras criadas ao senso crítico.

A liberdade é da essência da democracia e, ao passo em que ela é removida, o Estado Democrático de Direito vai se esvaindo e, a utópica sociedade dos números, vai ganhando, paulatinamente, forças. Neste ínterim, elenca-se também a invasão da ciência tecnológica, imperceptivelmente e sorratamente, nos domicílios. As pessoas são observadas dentro de suas próprias residências; o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XI, dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo”, mas os limites e parâmetros da privacidade têm recebido outros contornos conforme essa engenharia avança⁷. Portanto, cada clique é um passo para o mundo virtual e um sinal verde para a inteligência computacional adentrar nas moradias; a vida particular é afetada e, como elenca Bittar, esse ambiente:

(...) torna possível a espetacularização da vida privada e dos dados pessoais, a ponto de provocar oportunidade para o *cyberstalking*, fenômeno que é fruto da obsessão virtual, da invasão da privacidade e da vontade curiosa de controle sobre a dimensão da esfera do outro, podendo redundar em perseguições e constrangimentos, ensejando efeitos danosos prevenidos ou reparáveis através de medidas legais diretas ou indiretas etc. (BITTAR, 2019, p. 834).

Nessa linha, elenca-se, como exemplo, o caso *Anonymous*- composto por vários integrantes dispersos pelo globo- é uma rede hacker que, por meio da tecnologia, visa a “defesa de causas sociais, da transparência de Estados e empresas, da salvaguarda da privacidade e do compartilhamento de bens simbólicos” (MOTA; FILHO, 2015, p. 303); contudo, os meios utilizados para se alcançar estes objetivos nem sempre são lícitos. No Brasil- além dos protestos contra a Copa- o grupo teria divulgado informações pessoais do presidente, ministros, empresários e políticos através de uma conta na rede social *twitter* (G1, 2020, s/p). Dessa forma, tem-se que:

Todo clique que eu faço é salvo. Todo passo que eu faço é rastreável. Deixamos rastros digitais em todo lugar. Nossa vida digital se forma de modo exato na rede. A possibilidade de um protocolamento total da vida substitui a confiança inteiramente pelo controle. No lugar do Big brother, entra o Big Data. O protocolamento total e sem lacunas da vida é a consumação da sociedade de transparência. (HAN, 2018, p. 122).

6 Raciocínio similar ocorre para os contornos de menoridade e maioridade na obra Resposta à questão: o que é esclarecimento, de Kant.

7 Na China, há câmeras na porta da casa das pessoas- às vezes, do lado de dentro. CNN, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/04/29/na-china-ha-cameras-na-porta-da-casa-das-pessoas-as-vezes-do-lado-de-dentro>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

Destarte, tendo em vista a facilidade que se tem em controlar dados computacionais e a própria população, é preciso destacar que “não se assegura privacidade sem liberdade, e não se exercita liberdade sem privacidade” (VIEIRA, 2007, p. 21), sendo assim, uma interdependente da outra; o direito à privacidade e o direito à liberdade se auto-limitariam. O grande impasse ocorre na digitalização da vida, o *privado compartilhado*, o avanço da rede tecnológica que expõe tudo o que pesca e que é capaz de redefinir o âmbito dos direitos da personalidade, principalmente quando o uso de sistemas de retenção de dados tem crescido.

3 DAS IMPLICAÇÕES DO *BIG DATA* A PRIVACIDADE DE DADOS

A internet retirou as barreiras do espaço físico; o mundo virtual é sem fronteiras, onde os indivíduos podem beber de uma fonte inesgotável de informações, usufruírem dela e serem usufruídos. E, é este último caso, que se devem voltar todas as atenções; o espaço virtual “(...) torna a privacidade e a informação as mercadorias de um tempo” (BITTAR, 2019, p. 833). Fala-se em corrupção de políticos, mas não se percebe a corrupção de dados informacionais que tem acontecido; as células digitais de cada cidadão sendo vendidas como se fossem parte de um esquema, de um tráfico, um órgão no mercado clandestino.

Todavia, não só a transformação da população em produtos preocupa, como também, a banalização e a cegueira aos efeitos que essa tecnologia tem causado no ser humano; a título de exemplo, os anúncios que, inicialmente, tanto incomodavam e geravam um sentimento de raiva nos espectadores, agora não surtem mais efeitos porque tornaram se parte de um cotidiano, de um hábito. Assim, os benefícios, o entretenimento e as positivities possibilitadas por essa inovação tem sido um analgésico as catástrofes futuras que podem decorrer dela.

Neste diapasão, a frase “a pressa é inimiga da perfeição” tem feito, cada vez mais, sentido quando analisada do ponto de vista da vida atual; pessoas buscando por respostas, concomitantemente a necessidade de que estas sejam rápidas, dispersou o desinteresse pelo conhecimento e pela comunicação crítica. Dessa forma, juntamente ao comodismo intelectual, é possível verificar um aumento na cultura de leitura, mas apenas em números, já que, a leitura crítica permanece escassa (SOMBINI, 2019, s/p); fato este que abre espaço para o terrorismo de dados, sem a capacidade reflexiva, as violências vão ocorrendo invisivelmente até o momento em que a primeira bomba explode.

Em 2018, veio à tona o escândalo envolvendo a empresa *Cambridge Analytica*, que teria se utilizado de informações, de cerca de 50 milhões de pessoas, coletadas do *Facebook*; e empregadas na campanha de Donald Trump, em 2016, através do projeto *Álamo*. A partir do aplicativo *thisisyourdigitallife*, foi possível coletar dados- que, neste caso, compreende cerca de 87 milhões de

indivíduos- sobre a personalidade, não só dos usuários que o usufruísse, mas também de seus amigos; o que, conseqüentemente, viabilizou, por meio do *big data*, a construção de um banco de dados eleitorais (BBC, 2018, s/p). Contudo, dentro desta perspectiva, sabe-se que:

Certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito divulgar tais manifestações, mas também tomar delas conhecimento, e revelá-las, não importa a quantas pessoas. Entretanto, essas mesmas informações respeitantes à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito ao qual se refere essa informação. (PAESANI, 2014, p. 33).

No entanto, em uma entrevista, um dos delatores do caso abordou que, no início, não havia qualquer infração, pois, um dos termos do aplicativo permitia o proveito dos dados coletados; o grande problema teria sido à finalidade do recolhimento dessas informações que, neste contexto, teve intuítos políticos (GUIMÓN, 2018, s/p). Todavia, ressalta-se que lícito inicialmente, ou não, ocorreu uma extorsão de dados por quase seis anos, sem que os indivíduos percebessem; sendo necessário, então, vir à tona casos envolvendo coleta de dados ilícitos para que se começasse a questionar quando tudo se tornou um espetáculo, e os cidadãos, peças de um jogo.

Além disso, revelou-se também que os testes realizados pelo aplicativo não eram iguais a todos; o alvo eram os indivíduos mais “persuasíveis”, em uma idéia de serem os mais propícios a aceitarem o conteúdo imposto a eles. Desse modo, seguia-se o raciocínio de, por serem vulneráveis, poderiam ser mais facilmente manipuláveis; e, assim, recebiam notícias, propagandas, imagens, a todo o momento até começarem a pensar como a empresa queria, verificando-se uma verdadeira “lavagem cerebral”. Logo, em uma analogia a metáfora dos óculos exposta por Slavoj Žižek e que possibilitariam uma crítica a ideologia, nesta situação, os cidadãos teriam as suas escolhas suprimidas e, os óculos, não existiriam a eles⁸.

Assim, o *Big Data*- frente a sua imensurável capacidade de armazenamento e processamento de informações- torna-se uma arma cibernética na sociedade digitalizada, com o potencial ditatorial. No mundo digital, quem tem a posse da comunicação, tem o poder e, conseqüentemente, “o mercado de vigilância no Estado democrático tem uma proximidade perigosa do Estado de vigilância digital” (HAN, 2018, p.126); todos se transformaram em espões e bancos de dados, que capturam e arquivam, há uma escravidão da informação.

Por conseguinte, verificam-se informações sendo manuseadas para fins ilegais e, por isso, tendo em vista que a tecnologia, principalmente a internet, é imprescindível para o modo de vida atual; elas não devem ser abominadas, mas sim, estudadas e manuseadas com cautela, para que as estruturas do Estado democrático de direito não sejam abaladas arditamente.

8 Para saber mais sobre o assunto, recomenda-se a leitura da obra: “Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia”, de Slavoj Žižek, 1992.

Assim, o Direito na era digital tem o papel de circunscrever fronteiras, regras e parâmetros, “freando” o caráter “desenfreado” do desenvolvimento tecnocientífico, enquanto evolui a nossa capacidade de convívio ético com esta nova realidade e de reconceitualização das novas dimensões da vida e seus impactos práticos. (BITTAR, 2019, p. 844-845).

Portanto, em vista dos impasses e lacunas trazidos pela onda tecnológica, os direitos humanos e da personalidade viriam como barreiras limitadoras a este novo universo; a ciência jurídica preenchendo e iluminando os espaços vazios criados pelo inédito cenário; impedindo, dessa forma, que atrocidades sejam realizadas e que um estado babélico seja instaurado em nome do avanço científico. Neste âmbito, traz-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, lei nº 13.709/2018 que, visando à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, aduz sobre o tratamento de dados pessoais⁹; sendo um exemplo do Direito atuando como instrumento delimitador.

Neste sentido, destaca-se o artigo 6º, inciso VI, da LGPD que elenca a transparência como um de seus pilares; a necessidade de se explicar o fim dos dados coletados, exigência que coloca em xeque muitos sites e aplicativos sociais, quanto a efetividade das informações disponibilizadas. Contudo, apesar da importância e indispensabilidade do controle do que é coletado e disperso, também se faz imprescindível- paradoxalmente- a disseminação de certas práticas, sobretudo as ligadas ao judiciário, com o intuito de se evitar um despotismo judicial, um “poder moderador” moderno.

4 O (DES)REPEITO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Em uma sociedade, movida por engrenagens tecnológicas e com um vasto território desconhecido, tem sido cada vez mais difícil de traçar os seus limites e, conseqüentemente, o âmbito público e privado tem se mesclado. Segundo Barthes (1985, p. 23), conforme citado por Han (2018, p. 13), ter-se-ia um espaço privado quando o indivíduo não é considerado como uma mercadoria, “uma imagem”; contudo, as redes sociais possibilitaram o comércio humano; a imagem é um verdadeiro diamante para os tempos atuais; do mesmo modo que o cérebro humano foi treinado para reconhecer faces, as inteligências artificiais têm sido treinadas para reconhecer os usuários; e o espaço privado- a intimidade- tem, gradualmente, desaparecido.

Sendo assim, a exposição seria o elemento chave ao caos tecnológico; em um mundo onde, para existir, é preciso publicar, a linha de pensamento corre no sentido de combater a esse espetáculo sem limites. Entretanto, seguindo um caminho oposto a essa lógica, o princípio da publicidade dos atos processuais traz como premissa a divulgação; dessa forma, diferentemente da

9 Lei Nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

busca por privacidade, procura-se a exibição, o que- por conseguinte- garantiria um processo justo e devido. Ademais, a exteriorização das práticas jurídicas, além de proporcionar o conhecimento do processo às partes, também asseguraria uma fiscalização, por parte da população, em relação aos trabalhos realizados pelo Poder Judiciário, impedindo-se práticas abusivas, decisões sem fundamentação, e permitindo-se uma transparência. (TOALDO; RODRIGUES, 2012, s/p).

Outrossim, a publicidade dos julgamentos- elencados no artigo 93, incisos IX e X da Constituição Federal e nos dispositivos 8º e 11, *caput*, do Código de Processo Civil- concomitantemente ao fato do sistema *common law* estar crescendo no Brasil, traz a imprescindibilidade da exteriorização dos precedentes judiciais; já que, dentro de uma cultura litigante, os processos similares acabam tendo um papel importante, não apenas aos cidadãos, como para o próprio judiciário, desafogando a maré de processos. (DIDIER, 2017).

Dessa forma, alguns canais televisivos transmitem julgamentos ao vivo, como é o caso da Suprema Corte brasileira, sendo, portanto, uma maneira de consubstancialização do princípio da publicidade. Porém, como para todo remédio, há uma contra indicação e implicações diversas, o “*reality show judiciário*” desperta questões negativas; já que, os magistrados tornam-se vulneráveis a opiniões públicas, midiática e, até mesmo, entre os próprios julgadores. (Idem).

Neste ínterim, destaca-se o emblemático caso *The People vs. O.J. Simpson*, da qual, além de trazer, e envolver, importantes acontecimentos da época, que repercutem até os dias atuais- como a violência doméstica, policial e o racismo- demonstrou a influência- o poder- da mídia em um julgamento. A ação penal foi transformada em um verdadeiro evento/espetáculo midiático e a imprensa tornou-se, praticamente, um terceiro interessado, tendo a promotoria de enfrentar com o “*Big Brother processual*” e a defesa utilizando-se desse cenário para construir sua linha de argumentação.

No entanto, apesar do papel fundamental da publicidade ao Estado de Direito, também há a importante função de se proteger a intimidade das partes e o interesse social. Dessa forma, alguns casos devem tramitar em sigilo de justiça, como elencam o artigo 5º, inciso LX, da Magna Carta brasileira e o dispositivo 189, do Código de Processo Civil. Porém, essa restrição não representaria uma quebra ao preceito fundamental, os atos permanecem sendo públicos; ocorre que- devido à peculiaridade de alguns casos- eles precisam correr em segredo, com a presença das partes, dos advogados, defensores públicos ou do Ministério Público, como o artigo 11, parágrafo único, traz. Ou seja, não significaria que estes processos serão às escondidas, apenas que seu acesso é limitado aos envolvidos nele, protegendo-se a sua dignidade, intimidade.

Assim, destaca-se a ação direta de constitucionalidade protocolada pelo partido Republicano Brasileiro em relação à lei estadual 17.757/19; que regulamentaria as formas de “(...)

publicação, tramitação e comunicação de processos, peças e atos públicos e privados, administrativos e judiciais através de sítios eletrônicos veiculados sob a responsabilidade de empresas jornalísticas no Estado de Santa Catarina (...)”¹⁰. Segundo eles, a lei estadual 17.757/19 violaria- dentro outros direitos e regras- o da publicidade, ao restringir a difusão das informações judiciárias apenas as redes cadastradas no estado.¹¹

Logo, a publicidade é um direito fundamental, mas que, assim como outros direitos- e a depender do caso concreto- pode sofrer limitações em sua aplicação a fim de se proporcionar a melhor eficácia e proteção aos cidadãos; assim, frente à possibilidade de invasão a privacidade, o princípio é ponderado. Ou seja:

Certo grau de incerteza acompanha a aplicação do Direito, e é exatamente aí que atuam a razoabilidade, a ponderação e o sopesamento, como termos que invadiram o vocabulário jurídico contemporâneo, especialmente no âmbito da Teoria do Direito Constitucional e da Teoria dos Direitos Fundamentais, para demonstrar a importância da reflexão prática diante dos casos concretos.” (BITTAR, 2019, p.584).

Dessa maneira, o axioma processual não é violado em se tratando da intimidade das partes e interesse social; a questão surgiria quanto aos meios de concretização e efetivação dele, que apesar de consagrar a transparência, pode incorrer na idéia do filósofo Byung Chun Han, na qual, a sociedade da transparência tem uma forte ligação com a sociedade de vigilância (HAN, 2018, p. 122).

5 A JUSTIÇA DIGITAL E SEUS PARADOXOS

No atual estágio dos avanços científicos e tecnológicos, a atenção se volta em como se adaptar e adequar a estas inovações; principalmente quando a toada contemporânea é a imediatez. A qualidade foi deixada de lado e abriu-se espaço a quantidade, o menor esforço com o maior número de produções, mais resultados em um curto espaço de tempo, são alguns dos fatores que recaíram no Poder Judiciário; saturado de inúmeros processos, e incompatível com a busca pela rapidez, também precisou seguir o fluxo da era digital e implementa - lá nas resoluções dos litígios.

Em vista disso, elenca-se o ocorrido no dia 06 de outubro de 2020; na qual, o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, de forma unânime, o ato normativo que permite os tribunais aplicar um “Juízo 100% digital”. Deixando-se de lado os papéis, o processo poderia ter a sua tramitação, a depender da vontade das partes e disponibilização de infraestrutura pelo órgão que

10 Lei Nº 17757 de 17/07/2019. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=379945>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

11 Ação direta de inconstitucionalidade 6.323 Santa Catarina. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342659448&ext=.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2020. Partido contesta lei que permite publicação eletrônica de atos públicos em sites da imprensa de SC. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/320874/partido-contesta-lei-que-permite-publicacao-eletronica-de-atos-publicos-em-sites-da-imprensa-de-sc>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

adotá-la, totalmente digital; sendo assim, uma forma de reduzir a morosidade e garantir um prazo razoável de solução (CNPJ, 2020, s/p). Entretanto, faz-se uma ressalva a Lei N° 11.419/2006 que já autorizava o emprego de instrumentos eletrônicos na tramitação dos conflitos judiciais, na comunicação dos atos e na difusão de peças processuais¹².

Dessa forma, para além da celeridade processual, a digitalização seria um meio de materialização e efetivação do princípio da publicidade dos atos processuais e da transparência. Dentro de uma época, em que, se observa a crescente conectividade do mundo- a necessidade de se estar online, a todo tempo- a transferência dos autos processuais para o meio digital, torna a lide mais acessível, menos burocrático e mais próximo das partes. Nessa linha:

A digitalização de arquivos, legislações e jurisprudências, em conjunto com ferramentas de busca e facilidade de acesso pela internet, facilitam e tornam mais ágeis uma das principais etapas do trabalho jurídico, a pesquisa. A facilidade de armazenamento e recuperação de documentos resulta em economia de tempo na fase preparatória dos pareceres, decisões e teses, permitindo aos operadores do Direito dedicar tempo e atenção às atividades de maior valor agregado (como as fases de análise jurídica e elaboração de teses), e aumenta em muito a produtividade desses profissionais, além da ampla redução de custos de todo o processo. (ROTTA; VIEIRA; ROVER; JUNIOR, 2013, p. 133)

Contudo, como apresenta Eduardo Bittar na teoria do humanismo realista, a ciência jurídica deve observar- além das constantes alterações que a sociedade passa- a realidade fática brasileira, composta pela crescente desigualdade e injustiça. Assim, o Direito tem um contrato com a justiça social (BITTAR, 2018, s/p); logo, é fundamental a conscientização de que, no Estado brasileiro, apesar do progresso digital, há barreiras que impedem o acesso a internet e, conseqüentemente, geram o efeito reverso de impasses ao acesso à justiça. A título de exemplo, verifica-se que um dos fatores impeditivos ao uso da internet seria a renda, concomitantemente as altas taxas cobradas pelo serviço, bloqueiam a sua aquisição (RAQUEL, 2020, s/p). Ademais, ainda há a dificuldade em se navegar nos sites judiciários que, a depender do Estado, tem a sua própria formatação e sistema; o que burocratiza, ainda mais, a ciência jurídica e o acesso a ela. Nesta perspectiva:

Um dos objetivos do processo eletrônico é fazer mais acessível e célere a prestação jurisdicional do Estado simplificando os procedimentos sem desprezar direitos. Esse acesso à justiça virtualizado precisa ser analisado a partir de um código binário, ou seja, de duas categorias contrapostas e que sopesam sua aplicabilidade e importância: exclusão X inclusão. (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 234).

Sendo assim, a digitalização do Direito encontra, de um lado, a saída para a superlotação de litígios e maior participação das partes; e, de outro, a desigualdade que assola a sociedade e impede a instauração completa dos meios digitais no Poder Judiciário. Portanto, é indispensável que, no caso concreto, se observe a possibilidade, ou não, do uso dos meios tecnológicos, já que, a

12 Lei N° 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

sua adoção potencializa as aptidões e decisões do judiciário; mas- se empregado de maneira equivocada- promoverá uma maior segregação.

CONCLUSÃO

A internet tem dominado, progressivamente, os meios de informação; a tecnologia, comandado, gradualmente, o modo de se viver em sociedade; e, dentro deste cenário, a liberdade tem sido comumente atingida. No jogo da civilização digital, o controle é invertido; os cidadãos não mais o jogam, mas se tornam os próprios personagens manipuláveis pelas redes artificiais.

O avanço dessa ciência- que possibilita um único indivíduo vigiar milhões de pessoas; estar longe, mas- simultaneamente- extremamente perto; ter acesso a uma imensa quantidade de dados; e administrar como as informações serão veiculadas- permite a criação de um cárcere digital e, por conseguinte, não há formas de se exercer as diversas formas de liberdades sem que estas sejam extorquidas, ou influenciadas por componentes externos. Além disso, em um ambiente de carência por exibição, unido ao poder de armazenar uma grande quantidade de matérias pessoais, inevitavelmente tornou a privacidade alvo deste “faroeste digital”; e, sem estes direitos básicos- fundamentais- a todo ser humano, não se garante a dignidade, não se assegura a democracia.

Neste íterim, ante aos inúmeros ataques cibernéticos e a dimensão atingida pela comunicação na contemporaneidade, se faz necessário uma educação digital com o intuito de suprir o déficit provocado por essa onda tecnológica desconhecida e, concomitantemente, o emprego da ciência jurídica neste tempo de incertezas; evitando-se a balburdia digital, a proliferação de *cybercrimes* e a construção de uma prisão digital. Assim, também é imprescindível a cautela no momento de regulamentação deste espaço para não se criar um local de censura, violar o axioma da publicidade e incorrer em um maior grau de vigilância, rastreando-se tudo e todos.

Além disso, pensando em uma democracia digital e maior transparência, também se faz fundamental medidas que impulsionem, ainda mais, o acesso a internet; pois do mesmo modo que proporcionará agilidade aos processos, similarmente, trará uma maior qualidade a estes litígios. Uma vez facilitado o alcance da população a estes tramites judiciais, a fiscalização do social em face do judiciário é favorecida e, conseqüentemente, contribui-se na proliferação de decisões bem fundamentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação direta de inconstitucionalidade 6.323 Santa Catarina. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342659448&ext=.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

Big Data. Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/big-data/what-is-big-data.html. Acesso em: 09 de abril de 2020.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **A teoria do Direito e a teoria do humanismo realista**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/eduardo-bittar-teoria-direito-teoria-humanismo-realista>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; Alexandre Morais da Rosa. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário**. Florianópolis: EMais, 2020.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 19. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. BBC, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A polêmica transmissão ao vivo dos julgamentos nos tribunais**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/segunda-leitura-polemica-transmissao-vivo-julgamentos-tribunais>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

Grupo de hackers vaza em rede social supostos dados pessoais de Bolsonaro, filhos e ministros. G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/02/grupo-de-hackers-vaza-em-rede-social-supostos-dados-pessoais-de-bolsonaro-filhos-e-apoiadores.ghtml>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

GUIMÓN, Pablo. **“O ‘Brexit’ não teria acontecido sem a Cambridge Analytica”**. El país, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.html. Acesso em: 20 de maio de 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Tradução de Lucas Machado. Rio de Janeiro: Vozes, 2018.

Lei N° 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

Lei Nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

Lei Nº 17757 de 17/07/2019. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=379945>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

MOTA, Bárbara Maria Farias; FILHO, Dalson Britto Figueiredo. **Quem controla a política de ninguém?** Anonymous Brasil e o ativismo hacker nas redes de comunicação. Emancipação, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5619217>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

Na China, há câmeras na porta da casa das pessoas- às vezes, do lado de dentro. CNN, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/04/29/na-china-ha-cameras-na-porta-da-casa-das-pessoas-as-vezes-do-lado-de-dentro>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung- Chul Han. El País, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>. Acesso em: 29 de março de 2020.

PAESANI, Liliana Minard. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Partido contesta lei que permite publicação eletrônica de atos públicos em sites da imprensa de SC. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/320874/partido-contesta-lei-que-permite-publicacao-eletronica-de-atos-publicos-em-sites-da-imprensa-de-sc>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

Plenário aprova proposta para varas atuarem de modo 100% digital. CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plenario-aprova-proposta-para-varas-atuarem-de-modo-100-digital/>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

RAQUEL, Martha. **Quem são as pessoas que não têm acesso à internet no Brasil?** Brasil de fato, 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

ROTTA, Maurício José Ribeiro Rotta; VIEIRA, Priscila; ROVER, Aires José; JUNIOR, Egnon Sewald. **Aceleração processual e o processo judicial digital:** um estudo comparativo de tempos de tramitação em tribunais de justiça. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, 2013. Disponível em: Acesso em: 13 de outubro de 2020.

SOBRINHO, Antonio Santana. **Elementos do poder em Michel Foucault.** Repositorio UFPB, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/5598>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

SOMBINI, Eduardo. **Jovens lêem mais no Brasil, mas hábito de leitura diminui com a idade.** Folha de S. Paulo, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2019/09/jovens-leem-mais-no-brasil-mas-habito->

[de-leitura-diminui-com-a-idade.shtml](#). Acesso em: 14 de outubro de 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito UFMG, 2018. Disponível em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1923/1817>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XoEBOohKjIU>. Acesso em: 29 de março de 2020.

TOALDO, Adriane Medianeira; RODRIGUES, Osmar. **A publicidade dos atos processuais**: uma questão principiológica. Âmbito jurídico, 2012. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-publicidade-dos-atos-processuais-uma-questao-principiologica/>. Acesso em: 23 de julho de 2020.

Violência e banalidade do mal. Cult, 2010. Disponível em:

<https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-e-banalidade-do-mal-arendt/>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**: o sublime objeto da ideologia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

O RACISMO ESTRUTURAL E A NECROPOLÍTICA APLICADA AOS CORPOS NEGROS

Glazielly BARBOSA¹
Larissa Aparecida COSTA²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar dentro de uma perspectiva histórica e social, os primórdios na consolidação do racismo contra os corpos negros e seus reflexos no contexto de desigualdade consolidado na sociedade atualmente. Explora também, por meios de dados e indicadores, a correlação da atual política de atuação estatal e do sistema de justiça, enfatizando o panorama de violência e graves discriminações, consolidando a necropolítica que avaliza o cenário de negação de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo estrutural, desigualdade, necropolítica, Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze, from a historical and social perspective, the beginnings in the consolidation of racism against black bodies and their reflexes in the context of inequality consolidated in society today. It also explores, by means of data and indicators, the correlation of the current policy of state action and the justice system, emphasizing the panorama of violence and serious discrimination, consolidating the necropolitics that endorses the scenario of denial of rights.

KEYWORDS: Structural racism, inequality, necropolitics, Democratic Rule of Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de aspectos relativos à desigualdade e à segregação da população branca para com a população negra, demonstrando como o racismo é velado e constitui-se um elemento estruturante, de modo que está presente e atinge todas as relações sociais.

Este estudo utiliza-se de algumas questões minuciosas para demonstrar a segregação existente em nosso país, por meio de dados que indicam o panorama de desigualdade, onde destaca-se a questão econômica e os indicadores de renda, a falta de acesso a alguns meios fundamentais para a sobrevivência, como a alimentação, saneamento básico, acesso a saúde e educação de

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: gady.barbosa@hotmail.com

2 Mestre pela Universidade de Marília - Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Presidente da Comissão de Igualdade Racial da 29ª Subseção da OAB/SP. Professora da disciplina de Prática Penal do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Professora Assistente de Processo Civil no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Membro da Comissão da Mulher Advogada da 29ª Subseção da OAB/SP.
Graduada em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo (2015).
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos e Direito Penal. Membro do Grupo de estudos de Direito Internacional com foco no Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. Bolsista no programa de mobilidade tendo cursado 5 meses de graduação na Universidade de Coimbra/Portugal (2014).

qualidade, ingresso e permanência no mercado de trabalho, condições de moradia, entre outros.

A consolidação do racismo recebeu uma grande contribuição da criminologia, de forma que incorporou alguns pontos como a vulnerabilidade, abandono, extermínio e seletividade penal. A criminalização dos indivíduos, sua cultura e sua religiosidade, em razão dos traços fenóticos e das demais singularidades que compõem a negritude, evidencia o processo de desumanização do povo negro.

O trabalho de pesquisa se utilizará do método dedutivo, a fim de obter algumas percepções sobre os papéis sociais desempenhados pela população negra perante a sociedade, fazendo uma referência histórica desde o processo de deslocamento forçado, rompendo com as tradições e laços afetivos de sua terra natal, todo o processo escravocrata perpetuado com violência e brutal massacre dos corpos escravizados, até a abolição inconclusa, posto que o panorama de racismo estrutural ainda mantém os corpos negros como cidadãos de segunda classe.

É de suma importância desnudar os reflexos do racismo estrutural na consolidação da sociedade atual, desconstruindo os processos que negam o racismo e a falácia da democracia racial, com vistas a reduzir as desigualdades e romper com o panorama de exclusão e negação de direitos pautados na raça.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DO RACISMO E A ESCRAVIDÃO COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL

O racismo por meio de sua perspectiva histórica nos possibilita analisar os pressupostos que marcam a escravidão dos corpos negros e seus reflexos até os dias atuais, ao passo que estabelecem um paradigma de exclusão e negação de direitos a população negra.

A escravidão no Brasil foi um período que permitiu aos europeus o comando do corpo do negro, de forma que, estes não tinham o controle de sua própria vida. Todos eles eram submetidos a condições precárias de vida e de trabalho e não possuíam nenhum benefício em troca, pois eram trazidos da África, para servirem de propriedade para seus senhores.

Diante desta relação de subordinação entre escravo o senhor, o corpo negro, começou a ser associado pelos cientistas da época a animais e também seres feios e diferentes daquele “padrão de beleza” imposto pela sociedade.

Desta forma, a humilhação social instalou-se e tornou-se uma prática cada vez mais comum, onde as pessoas fora do padrão imposto eram censuradas e rebaixadas sem motivos, apenas pelo fato de existirem e possuírem características diferentes.

Toda essa exclusão do povo negro aos direitos e garantias e também aos direitos básicos ao ser humano, tem total relação com a desigualdade racial atualmente.

A segregação permeou-se no tempo, devido à não aceitação da libertação dos negros e ao sentimento de reprovação presente nas famílias burguesas, por acreditarem em teorias absurdas de inferioridade.

A relação entre o racismo e a escravidão é observada por Jaccoud (2008, p. 45):

O racismo nasce no Brasil associado à escravidão, mas é principalmente após a abolição que ele se estrutura como discurso, com base nas teses de inferioridade biológica, e se difunde no país como matriz para interpretação do desenvolvimento nacional. As teorias racistas estão largamente difundidas na sociedade brasileira, e o projeto de branqueamento vigora até os anos 30 do século XX, quando foram substituídos pela chamada ideologia da democracia racial.

Estes discursos racistas levaram a população branca da época, a acreditarem que os negros africanos, além de servirem somente para o trabalho pesado e árduo exercido nas fazendas, eram pessoas inferiores aos europeus. Deste modo eram comparados com animais, pois a biologia tinha uma explicação concreta para o formato de seus crânios e a cor de suas peles.

A pesquisa visa apresentar o racismo sob a sua nuance estrutural, de modo que alicerça a construção social e resta por definir papéis sociais de desprestígio a população negra, perpetuando a exclusão e consolidando um ciclo de violência e marginalização dos corpos negros.

Analisando o contexto que franqueou a violência e a exclusão dos negros, ao longo do período escravagista, e que ainda hoje mantém bases na consolidação das relações sociais, cumpre analisar as contribuições do racismo científico para o racismo estrutural.

Neste capítulo abordaremos sobre como a ciência antiga colaborou para o racismo impetrado na sociedade contemporânea, em virtude das teses e teorias criadas por cientistas e médicos renomados.

Ainda nesta primeira parte, acostaremos sobre a invisibilidade posta aos corpos negros e os movimentos que aconteceram no decorrer do tempo.

Neste mesmo capítulo, contaremos sobre o período da escravidão no Brasil, que vai do tráfico negreiro até as lutas travadas para se chegar à libertação.

2.1 Ciência, Exclusão e Racismo

A fim de analisar a conjuntura social e os pilares que alicerçam as relações sociais na atualidade, cumpre vislumbrar os pressupostos históricos que consagraram o panorama de discriminação e desigualdade entre negros e não-negros.

Na sociedade contemporânea, ainda exprime a falácia das virtudes relacionadas à cor da pele, de modo que aos não-negros é oferecido os predicados e atributos relacionados a beleza e a sabedoria. Ao passo que para os corpos negros, os traços o remetem as figuras animais, relegadas a margem e mais propensos aos episódios policiais, do que o sucesso profissional ou

mesmo o destaque na academia.

Referido panorama, vem sendo consolidado, muito antes do período de escravidão, conforme destaca ACHILLE MBEMBE, (2014, p. 28):

[...] e o Negro, em particular, eram apresentados como os símbolos acabados desta vida vegetal e limitada. Figura em excesso de qualquer figura e, portanto, fundamentalmente não figurável, o Negro, em particular, era o exemplo total deste ser-outro, fortemente trabalhado pelo vazio, e cujo negativo acabava por penetrar todos os momentos da existência - a morte do dia, a destruição e o perigo, a inominável noite do mundo.

No século XVII, os cientistas tentaram provar que os seres humanos negros da África eram inferiores às outras raças existentes, pois “estavam próximos a uma raça de macacos, selvagens, feiticeiros”, e que a escravidão era uma forma de libertar essas pessoas da obscuridade em que elas viviam.

A biologia e a física serviram como modelos explicativos da diversidade humana: nasce a ideia de que características biológicas – determinismo biológico – ou condições climáticas e/ou ambientais – determinismo geográfico – seriam capazes de explicar as diferenças morais, psicológicas e intelectuais entre as diferentes raças. Deste modo, a pele não-branca e o clima tropical favoreciam o surgimento de comportamentos imorais, lascivos e violentos, além de indicarem pouca inteligência. (SILVIO LUIZ DE ALMEIDA, 2018, p. 23).

Com o decorrer do tempo, o homem branco criou uma rotulagem para si, como a inteligência, a liderança, a limpeza, a beleza, a civilização, entre outras características que o privilegiava. Consequentemente, classificou os negros como espécies não humanas, ignorantes, burros, criminosos, sujeitos, feios e incivilizados.

Nesse contexto, Izildinha Baptista Nogueira (1998, p. 101) explica os reflexos do padrão estético imposto na construção dos papéis de destaque social:

A ‘brancura’ passa a ser parâmetro de pureza artística, nobreza estética, majestade moral, sabedoria científica, etc. Assim, o branco encarna todas as virtudes, a manifestação da razão, do espírito e das ideias: ‘eles são a cultura, a civilização, em uma palavra, a humanidade.

Como o racismo científico existiu desde os primórdios, alguns autores e filósofos começaram a contradizer o pensamento do povo mais antigo, então a medicina e a ciência se estruturou de projetos e teorias para provar que o homem negro era inferior.

O tamanho do cérebro está relacionado com o tamanho do corpo a que pertence: as pessoas altas tendem a possuir cérebros maiores que as pequenas. Este fato não implica que as pessoas altas sejam mais inteligentes – assim como o fato de possuírem cérebros maiores que os dos seres humanos não implica que os elefantes sejam mais inteligentes que estes. (Stephen Jay Gould, 1991, p. 51)

Ainda sobre o tema, nos valem das contribuições de Huxley:

Nenhum homem racional, bem informado, acredita que o negro médio seja igual ao, e muito menos superior, ao branco médio. E, se isto for verdade, é simplesmente inadmissível que, uma vez eliminadas todas as incapacidades do nosso parente prógnato, este possa competir em condições justas, sem ser favorecido nem oprimido, e esteja habilitado a competir com êxito com seu rival de cérebro maior e mandíbula menor em um confronto

em que as armas já não são dentadas, mas as ideias. (THOMAS HENRY HUXLEY, 1863, s.p).

Estes projetos se tratavam de gravuras e imagens, feitas por Samuel George Morton, a partir da craniometria (medida do crânio) dos brancos e dos negros, as quais eram falsamente diferentes, onde o crânio dos brancos possuía um tamanho considerado “normal”, e o crânio dos negros era demonstrado de modo “alargado e grande”, para parecerem com os de macacos.

As gravuras eram sutis e refinadas, assim, os filósofos naturalistas convenceram-se de que realmente os negros eram pessoas inferiores.

O rosto prognático [projetado para frente], a cor de pele mais ou menos negra, o cabelo crespo e a inferioridade intelectual e social estão frequentemente associados, enquanto a pele mais ou menos branca, o cabelo liso e o rosto ortognático [reto] constituem os atributos normais dos grupos mais elevados na escala humana (Paul Broca, 1866, s.p).

Atualmente, a sociedade ainda utiliza como critério base o racismo científico para definir o perfil de um criminoso ou de um sujeito mal encarado, pobre ou violento.

No Brasil, ainda hoje, a violência sofrida por negros é muito grande, os dados de mortalidade são demasiadamente maiores que o de brancos.

Conjuntura que nos leva a analisar os pressupostos que marcam o movimento eugenista no Brasil.

No século XIX, Francis Galton criou o termo “Eugenia”, que significa “bem nascido” (Galton, 1883, p. 60), esta teoria fazia referência à “Seleção Natural das Espécies” de Charles Darwin (1859), ou seja, a capacidade intelectual era hereditária, as características positivas das pessoas passariam para os filhos, de modo que pessoas com características consideradas extraordinárias teriam filhos com estas características também.

Depois da abolição da escravidão em 13 de maio de 1888, no Brasil, os negros foram tratados como pessoas inferiores, eles não tinham o apoio das leis presentes na Constituição, não houve um projeto do governo para proteger os direitos e nem para a civilização destas pessoas na sociedade. Além disso, algumas propriedades ainda mantinham “clandestinamente” negros como escravos.

Diante desta situação, a burguesia brasileira lançou mão de um novo meio para atacar os negros: o “Movimento Eugenista”.

Ele chegou ao Brasil aproximadamente em 1920, as pessoas da alta classe da época viram este movimento como a solução para o desenvolvimento do país, pois seria uma “higiene social”, uma forma de “esterilização de raças”.

Precisamos, pois, reagir contra o abastardamento reinante, combater as causas perturbadoras da harmonia social, vencer os agentes que nos degradam, nos enfeiam e infelicitam. Para isso é necessário propagar e praticar as leis da Eugenia, que congregam na sua essência tudo o que há de mais elevado e seguro nas sciencias medico-sociaes. Tudo,

em summa, depende de querermos e sabermos querer. (RENATO KEHL, 1923, p. 22).

Esta teoria tinha como base argumentos biológicos, que relacionavam características físicas do indivíduo à sua capacidade intelectual, assim, quando o médico e sanitarista Renato Kehl, que já havia trabalhado no Departamento Nacional de Saúde, se deparou com a tese, a viu com uma maneira estratégica de “branquear a população brasileira”.

[...], isto é, a Eugenia, ciência do aperfeiçoamento somato-psiíquico, por meio do qual poderão constituir, no seu seio, ‘elites’ como as helênicas dos tempos heroicos. [...] torna-se, pois, interessante, acompanhar o movimento eugênico europeu, sobretudo alemão, pelo qual se aquilata de profunda preocupação ai renante a propósito da salvação nacional pela higiene da raça. (RENATO KEHL, p. 128).

A ideia principal da tese era a construção de um território “limpo”, onde não haveria pessoas com a coloração de pele mais escura. Desse modo, este território sofreria uma ampliação, onde possuiriam apenas famílias de raça branca, as quais eram consideradas parte da burguesia europeia.

A esterilização dos degenerados e criminosos constitui uma das medidas complementares da política eugênica, a qual estabelece, precipuamente, o exame de sanidade pré-nupcial, o impedimento à paternidade indigna, à procriação, em suma, de cacoplastas. (RENATO KEHL, 1935b, p.218).

Kehl acreditava tanto nestas teorias que conduziu todo o projeto eugênico, trazendo diversas autoridades importantes, como Monteiro Lobato, e médicas, como Gonçalves Vianna, para o apoio desta barbárie, uma das pessoas apoiadoras deste movimento que ficou bem conhecida foi o radialista Roquette Pinto, o qual liderou o “Congresso de Eugenia” que aconteceu no Rio de Janeiro em 1929.

Este congresso reuniu diversas pessoas importantes da época, que eram a favor da eugenia. Eles faziam a classificação das pessoas, de acordo com sua classe social, sua cor e sua capacidade mental e física.

Houve também, na mesma época, um “Concurso de Eugenia”, que era feito para premiar as crianças que chegassem ao “tipo eugênico ideal” imposto por eles. As crianças que vencessem, eram consideradas “boas procriadoras”, pois ainda vigorava a ideia de Francis Galton, sobre a “genética boa” ser passada de pai para filho.

Mas assim como houve pessoas apoiando totalmente o movimento, houve também muitos opositores, como o médico Manoel Bonfim. Ele dizia que a eugenia era uma falsa ciência que era utilizada somente para disseminar o preconceito declarado aos negros. Manoel Bonfim publicou um livro que chamava “A América-Latina: Males de Origem” (2008), neste livro ele expôs toda sua concepção sobre o atraso e a miséria do continente, onde desmascarou o racismo científico.

Este racismo científico o levou à tese do “Parasitismo Social”, a qual explica a ideia de que

os países mais ricos invadem os países menos favorecidos, para extrair toda a riqueza e fazer domínio sobre os nativos.

Este movimento passou a ter descrença somente após a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto Alemão, pois passou a ser associado ao nazismo. As ideias sobre genética começaram a se expandir, de forma que a eugenia se tornou um constrangimento internacional.

Os eventos da Segunda Guerra Mundial e o genocídio perpetrado na Alemanha nazista reforçaram o fato de que a raça é um elemento essencialmente político, sem qualquer sentido fora do âmbito socioantropológico. (SILVIO LUIZ DE ALMEIDA, 2018, p. 24).

Este pensamento ainda persiste hodiernamente em nossa sociedade, sendo neutralizado como justificativa para a diferença natural entre as classe ou uma “simples piada”, que ilustra o racismo recreativo³ e a manutenção da falácia da democracia racial⁴.

Dessa forma, os não-negros, perpetuando seus atributos vinculados a beleza e a razão, restaram por estabelecer um padrão a ser seguido, de modo que aqueles que não atendem a esse padrão imposto, devem ser segregados.

Foi nesse cenário, apoiado pela ciência, considerando as construções do racismo científico, que a desigualdade entre negros e não-negros, e a violência aos corpos negros foi autorizada ao longo da história.

De acordo com Mills (1997, p. 3):

O racismo [ou, como veremos, a supremacia branca global] é em si um sistema político, uma certa estrutura de poder formal ou informal, de privilégio socioeconômico e de normas para a distribuição diferencial de oportunidades e da riqueza material, de benefícios e encargos, direitos e deveres.

A análise do contexto científico desnuda a profunda influência da ciência na consolidação da exclusão dos corpos negros, autorizada por uma suposta superioridade dos não-negros, de modo que a estes, seres de menor competência, restam posições consideradas de menor prestígio social.

Esse panorama de exclusão resulta em profundas desigualdades baseadas na raça e no gênero, de modo a influenciar a construção dos papéis sociais e posições atribuídas para os corpos negros na sociedade.

Sobre o processo de exclusão social pautados na raça, nos valem das contribuições de Adilson José Moreira (2017, p. 1053):

A luta pela igualdade de minorias raciais em muitas sociedades ocidentais é uma das manifestações mais contundentes desse processo. Embora o status jurídico da cidadania não

3 Teoria desenvolvida por Adilson Moreira, no livro *Racismo Recreativo*

4 Sobre a democracia racial nos valem das considerações de Calligaris, (1997, p. 243) [...] o mito da democracia racial é fundado em uma sensação unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais. Esse conforto não é uma invenção. Ele existe de fato: é o efeito de uma posição dominante incontestada. Quando digo incontestada, no que concerne a sociedade brasileira, quero dizer que não é só uma posição dominante de fato – mais riqueza, mais poder. É mais do que isso. É posição dominante de fato, mas que vale como uma posição de direito ou seja, como efeito não da riqueza, mas de uma espécie de hierarquia de castas.

lhes seja negado, ele está longe de poder promover a integração social desses grupos. A natureza estrutural do racismo nos fornece elementos essenciais para compreendermos a realidade de um pertencimento subordinado.

Ainda hoje, vivenciamos uma atribuição apequenada do pertencimento dos corpos negros nos espaços de poder e, sobretudo na academia, conforme afirma Sueli Carneiro (2005, p. 60):

Os ativistas negros, por sua vez, com honrosas exceções, são tratados, pelos especialistas da questão racial, como fontes de saber mas não de autoridade sobre o tema. Os pesquisadores negros em geral são reduzidos também à condição de fonte e não de interlocutores reais no diálogo acadêmico, quando não são aprisionados exclusivamente ao tema do negro. Portanto, os progressos do negro no interior das relações raciais vêm promovendo uma parcela da militância negra da condição de mero objeto para o de fonte primária, com certo incipiente estatuto de manifestação primária de racionalização em torno de sua problemática.

A supremacia cultural e racial dos não-negros, expostas por meio de obras literárias, filmes, novelas, e os mais diversos meios de propagação de informações e padrões, como as redes sociais, revelam como a cultura negra foi subjugada ao longo da história, de modo que o racismo estrutural desnuda os processos discriminatórios e excludentes que marcam as relações sociais e ainda hoje, definem o lugar de pertencimento social.

3. RACISMO ESTRUTURAL E IDEOLOGIA

Para entendermos o que é racismo estrutural, primeiramente precisamos saber o que é o racismo e o espaço que ele ocupa na formação da sociedade.

O racismo é toda a demonstração de discriminação e preconceito, seja direta ou indiretamente, proferida contra pessoas ou grupos, devido à sua etnia ou à sua cor.

Conforme assevera Beatriz Nascimento (2006, p.48) o racismo brasileiro se coloca como "um emaranhado de sutilezas", que por vezes impede que a ciência do direito e a produção científica volte seus olhos a essa problemática, o que reafirma a importância da presente pesquisa.

O racismo estrutural é todo um conjunto de práticas, como: falas, atitudes, hábitos e também situações, embutidas em nossos costumes, que provocam a segregação racial e o preconceito na sociedade.

Desse modo as ações da sociedade, por mais que sejam conscientes, se dá por meio de uma moldura de constituição inconsciente, assim, se mascara ou não, o preconceito.

Silvio Almeida (2018, p. 38) nos apresenta a perspectiva do racismo estrutural:

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo normal com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre pelas costas dos indivíduos eles parecem legado pela tradição.

O racismo estrutural possui este nome, pois vem estruturando-se e tomando forma desde o tempo da escravidão. A base principal para se chegar até o presente, foi, sobretudo, a marginalização e minimização dos escravos pelos colonizadores.

Destarte, toda esta estruturação do racismo trouxe consigo a violência racial, a qual é direcionada e aplicada à sociedade negra. Esta violência não sucumbe apenas em morte, ela atravessa também os limites de desrespeito, discriminação, humilhação e violação de direitos.

Esta violência e marginalização dos corpos retintos são manifestadas desde os primórdios do país, possuindo o governo, uma política extremamente compacta e sem garantias.

Foucault discorre sobre a violência frente aos corpos negros e sua intrínseca relação com o racismo:

(...) o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo. (Foucault, 2002, p. 306).

O Estado, sendo o principal órgão protetor dos direitos humanos, nunca possuiu respeito nenhum para com o patrimônio histórico da raça negra, de modo que se utiliza do poder para controlar a sociedade.

Este controle apresenta uma forma de tratamento muito diferente entre os corpos, a qual é mascarada muitas vezes no sistema de saúde pública, no sistema de educação, entre as oportunidades para cargos importantes ou até mesmo em uma diferença salarial entre subordinados.

Para além do racismo estrutural, temos a consolidação de uma discriminação estrutural, que assola os corpos negros:

Podemos dizer que a discriminação contra minorias tem um caráter estrutural quando identificamos a presença de alguns processos que não expressam atos individuais, mas sim forças sociais alimentadas por relações assimétricas de poder. Por esse motivo, podemos dizer que uma forma de discriminação tem um caráter estrutural por que faz parte de uma operação regular das instituições sociais causando desvantagens em diferentes níveis e em diferentes setores a vida dos indivíduos. Ela também tem uma dimensão procedimental porque em forma as políticas e os processos de instituições públicas e privadas o que Explicita também o seu caráter sistêmico. A discriminação estrutural adquire sua legitimação por meio de ideologias sociais que podem atuar para afirmar a inferioridade de um grupo, a harmonia entre a exclusão social e normas legais ou também para manter a invisibilidade social dessas práticas. (Moreira 2017, p. 137)

Toda esta estruturação do racismo no país apresenta um conteúdo de dominação ideológico, de modo que a ciência e a política, os dois maiores polos influenciadores da burguesia da época, foram utilizadas como um aparato para a rejeição étnico racial.

Diante de todas as dificuldades que enfrentaram os africanos e descendentes nunca desistiram. Mesmo com os planos de extermínio da população e sem direito algum, o povo negro lutou arduamente para conseguir ascensão, e lutam até hoje para conseguirem seu devido espaço humanitário na sociedade.

3.1. A Gestão do Corpo Negro e a Necropolítica

A violência e os processos de exclusão a que são expostos os corpos negros, desnudam a influência do racismo estrutural na conjuntura social. Nesse sentido, cumpre analisar os processos que potencializam a violência e a negação de direitos para a população negra, panorama inconciliável com o Estado Democrático de Direito.

Ao analisar a forma como o “poder” e o controle social se manifesta ao longo da história, nos voltamos aos estudos de Foucault:

“(...) em cada momento da história a dominação se fixa em um ritual; ela impõe obrigações e direitos; ela constitui cuidadosos procedimentos. Ela estabelece marcas, grava lembranças nas coisas e até nos corpos; ela se torna responsável pelas dívidas.” (Foucault, 1979, p. 25).

A racialidade passa a ser vista como dispositivo de poder, que impõem aos corpos negros uma série de restrições, ao passo que retira do mesmo, atribuições e estigmas eleitos pela sociedade, como valorosos.

Nesse sentido, o filósofo Charles Mills (1997), que elaborou a teoria do Contrato Racial⁵, assevera:

O racismo [ou, como veremos, a supremacia branca global] é em si um sistema político, uma certa estrutura de poder formal ou informal, de privilégio socioeconômico e de normas para a distribuição diferencial de oportunidades e da riqueza material, de benefícios e encargos, direitos e deveres.” (Mills, 1997, p. 3).

Analizando os índices de violência suportados pelos corpos negros, nos valem da *necropolítica* para avaliar o contexto. A necropolítica é um conceito desenvolvido pelo filósofo Achille Mbembe, que desenvolveu um estudo, questionando os limites da soberania do Estado, quando este escolhe quem deve viver e quem deve morrer.

(...) a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (ACHILLE MBEMBE, p. 5).

Ainda sobre os processos de vitimização e necropolítica imposta aos corpos negros, nos valem das contribuições de Borges (2017, p. 46):

O poder de ditar quem deve viver e quem deve morrer. É um poder de determinação sobre a vida e a morte ao desprover o status político dos sujeitos. A diminuição ao biológico desumaniza e abre espaço para todo tipo de arbitrariedade e inumanidade. No entanto, para

5 Em relação ao contrato racial o filósofo Mills, explica: “(...) o ‘Contrato Racial’ pretende ser uma ponte conceitual entre duas áreas agora muito segregadas uma da outra: de um lado, o mundo da filosofia ética e política da corrente dominante [isto é, branca], preocupada com discussões de justiça e direitos no abstrato; do outro lado, o mundo dos nativos americanos, dos afroamericanos e do pensamento político do Terceiro e do Quarto Mundos, historicamente concentrados nas questões de conquista, imperialismo, colonialismo, colonização branca, direitos sobre a terra, raça e racismo, escravidão, negritude nos Estados Unidos, reparações, apartheid, autenticidade cultural, identidade nacional, indigenismo, Afrocentrismo, etc [...]. (Mills, 1997, p. 04).

o sociólogo a racionalidade na aparente irracionalidade desse extermínio. Utilizam-se técnicas e desenvolvem-se aparatos meticulosamente planejados para a execução dessa política de desaparecimento e de morte. Ou seja, não há, nessa lógica sistêmica, a intencionalidade de controle de determinados corpos de determinados grupos sociais. O processo de exploração e do ciclo em que se estabelecem as relações neoliberais opera pelo extermínio dos grupos que não tem lugar algum no sistema, uma política que parte da exclusão para o extermínio.

O processo de escravidão desumaniza os corpos negros, retirando as virtudes e a comprometem a sua definição enquanto pessoa humana, ao passo que os torna objetos rentáveis e disponíveis para trabalhos braçais e de baixa relevância social.

Conforme dispõem Nogueira (1998, p.35):

A instituição da escravidão construiu para os negros a representação segundo a qual eram os seres que, pela carência de humanização, porque portadores de um corpo negro que expressavam uma diferença biológica, se inscreviam na escala biológica no ponto em que os aproximavam de animais e coisas. Seres estes que, legitimamente, constituem objetos de posse dos indivíduos humanos. Com isso, o negro é apartado, e não excluído, como o corpo social.

Os corpos negros permanecem no meio social, mas sem qualquer noção de humanidade ou pertencimento, que os legitimem a participar enquanto sujeitos de direitos.

Isso acontece devido às oportunidades de emprego que o Estado e a sociedade lhes oferecem, pois é muito mais corriqueiro se ver corpos negros exercendo serviços domésticos ou de limpeza e manutenção, do que cargos mais altos e que lhes possibilitem liderar algo.

Tudo isso não diz respeito à falta de empenho do ser humano, mas sim, à situação falha de estudos, moradia e sobrevivência que lhe foi concedida. E o Estado e a política do nosso país, são os principais culpados por esta falta de oportunidade que é imposta aos negros.

Sem educação, sem oportunidades e sem suporte necessário, o ser humano procura um caminho para sobreviver. Algumas vezes, a solução encontrada é solicitar migalhas nas ruas ou praticar crimes. Isso nem tão somente para negros, mas também para brancos. Porém, os negros possuem muito menos oportunidades que os brancos, devido ao preconceito perpetuado em nossa sociedade.

De acordo com Borges (2018, p.16):

O sistema de Justiça Criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassadas por essa estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial.

A péssima e falha educação do país possui uma enorme parcela de culpa para que os seres humanos optem por caminhos de sobrevivência fáceis e violentos, afinal, a cor da pele tem grande influência sob a escolha de um branco.

Com isso, o caminho para a criminalização é a alternativa encontrada para que o negro consiga manter a sua sobrevivência e de sua família. O que muitas vezes, acaba ceifando a liberdade

que este, até então, possuía.

Borges (2018, p.14-15):

64% da população prisional é negra, enquanto que este grupo compõem 53% da população brasileira. Ou seja, dois em cada três presos e negros no Brasil. Se cruzarmos o dado geracional, esta distorção é ainda maior: 55% da população prisional é composta por jovens, ao passo que esta categoria representa 21,5% da população brasileira. Caso mantenhemos este ritmo, em 2075, uma em cada 10 pessoas estará com privação de liberdade no Brasil. [...] Em números absolutos, 37.380 mulheres estão em situação prisional. [...] 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos e 67% são negras, ou seja, duas em cada três mulheres presas são negras.

Este percentual mostra a realidade fora da cadeia, porém, é de extrema importância se levar em consideração que muitas pessoas pagam por crimes que não cometeram. O sistema racista do país condena um réu por sua cor e classe social, caso ele seja negro e pobre, sem precisar de muitas circunstâncias probatórias sobre o fato ocorrido.

Muitas pessoas inocentes são presas e até mesmo mortas pela própria polícia e estas pessoas, na maioria das vezes, são negras. Pois, carregamos o pensamento ensinado por nossos ancestrais, de que os negros são uma “raça ruim”, de criminosos, somente porque possuem a cor diferente. Este “pré-conceito” ocorre não só aqui no Brasil, mas em boa parte do mundo também.

Isso permeia-se até o dia de hoje, o que ocasiona em nosso país, uma segregação de modo que os brancos são seres humanos de boa índole e que merecem respeito e os negros são bandidos e que devem estar na cadeia.

Borges (2018, p.16) a partir de dados oficiais, nos apresenta um panorama do perfil das internas da Fundação Casa, indicando que “a estrutura das casas segue a lógica prisional, a maioria das internas tem entre 15 e 17 anos, sendo 68% negras - este dado no Estado de São Paulo chega a 72%”.

Todos estes acontecimentos são essencialmente controlados pelo Estado, pois este escolhe quem vai viver e quem vai morrer, de acordo com o critério biológico racial. O corpo negro, em nosso país é um alvo fácil, onde o Estado vê a oportunidade para solucionar uma parcela de seus problemas. Isto é Necropolítica, isto é genocídio.

Abdias do Nascimento conceitua o genocídio (1978, p.16-17):

O uso de medidas deliberadas e sistemáticas (como morte, injúria corporal e mental, impossíveis condições de vida, prevenção de nascimentos), calculadas para a exterminação de um grupo racial, político ou cultural, ou para destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo.

É impossível destacar a marginalização e não ressaltar a violência que ainda assola, com frequência, o corpo negro em nosso país. Violência esta, que foi iniciada no período de escravidão, para obrigar os escravos a prestarem os serviços e permanece até o presente momento, porém, sem motivo algum para que esta ocorra.

Como afirma Izildinha Baptista Nogueira “o corpo funciona como marca dos valores sociais, nele a sociedade fixa seus sentidos e valores. Socialmente, o corpo é um signo” (Nogueira, 1988, p. 41).

Os costumes que alicerçaram a nossa sociedade, se fazem presentes ainda hoje, por meio da violência racial praticada principalmente em periferias e favelas. O militarismo presente marginaliza o negro que reside na periferia, tornando-se um cenário perfeito para tirar, sem motivos, a vida de um jovem.

De acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), ser negro no Brasil, corresponde a sujeitar-se a um grave indicador de violência, uma vez que a cada três homicídios que ocorre no país, dois são de negros. Por meio de pesquisas recentes, a possibilidade de um adolescente negro ser vítima de homicídio, é 3,7 vezes maior comparada com os adolescentes brancos.

Foucault, sobre o Estado (1999, p.306):

O racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.

O sistema punitivo enquanto estrutura formal de sujeição dos corpos frente a lesão a bens jurídicos eleitos pelo corpo social, mantém processos de seleção e marginalização dos corpos negros.

Os indicadores do IBGE⁶ apresentam dados sobre a violência e necropolítica, de acordo com o instituto a taxa de homicídios da população preta ou parda superou a da população branca, cenário que se repete em todos os grupos etários. Destacamos ainda, outro agravante, fazendo um recorte em relação à morte entre jovens pretos ou pardos de 15 a 29 anos, submetidos à taxa de óbito de 98,5 em 2017, contra 34,0 entre os jovens brancos.

O recorte em relação à construção da identidade negra para as mulheres, se deve pelos graves obstáculos potencializados pela condição de gênero, evidenciado por dados estáticos, conforme com o IPEA⁷ frente ao mesmo nível de escolaridade, as mulheres brancas ganham 68,7% do salário dos homens brancos, enquanto os homens negros ganham metade e as mulheres negras menos ainda, 38,5%.

De acordo com o IPEA⁸ ser negro no Brasil corresponde a sujeitar-se a um grave indicador

6 Informativo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). "Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil". Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em 03 de ago 2020.

7 Dados do estudo de Igualdade Racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes, 2013, IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19034. Acesso em 11 de ago 2020.

8 Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&listid=10-avisos-de-pauta&mailid=657-negros-sao-dois-a-cada-tres-assassinados-aponta-estudo-do-ipea. Acesso em 02. Ago

de violência, uma vez que a cada três homicídios, dois são de negros. Por meio das recentes pesquisas, a possibilidade de um adolescente negro ser vítima de homicídio é 3,7 vezes maior em comparação com os brancos.

É nesse panorama exclusão e violência contra a população negra que Mbembe (2003) cunhou o termo necropolítica.⁹

A construção de um padrão de corpos adequados para corresponder aos anseios do desenvolvimento econômico e progresso social, evidencia a forma como o “pacto narcísico”¹⁰ promove segregação e de hierarquização social, garantindo que os grupos dominantes permanecem ditando as regras e impondo um pertencimento subordinado a postos de menor prestígio aos corpos negros. O Estado segue a lógica de condicionar os corpos a partir do padrão imposto, de modo a manter o panorama de controle social pautado na raça:

(...) uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, onde o status de brancos e não-brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume. E o objetivo desse Estado, em contraste com o estado neutro do contratualismo clássico, é, inter alia, especificamente o de manter e reproduzir essa ordem racial, assegurando os privilégios e as vantagens de todos os cidadãos integrais brancos e mantendo a subordinação dos não-brancos. (Mills, 1997, pp. 13-14).

É inevitável negar que existe uma forma de classificação racial em nosso país, pois há uma preferência muito grande pelo corpo branco, mesmo que pobre e ineficiente. Este, entre um grupo de negros qualificados, possui um número muito maior de chances.

Ainda que o Estado negue a sua posição sobre o assunto, ainda que as pessoas declarem não serem racistas e ainda que a sociedade negue que o racismo existe hodiernamente, os atos e acontecimentos mostram o oposto.

Estes referidos acontecimentos, como por exemplo, uma agressão verbal ou física a um negro inocente, são constantemente enterrados ou tratados com normalidade, o que prova que o racismo existe sim, e com grande intensidade.

3.2. Identidade Negra e o Padrão de Desigualdade

Ser negro no Brasil é corresponder a um padrão de violência e negação de direitos. Aqui, a sociedade possui uma identidade branca eurocêntrica, fazendo com que as outras identidades sociais não se enquadrem no padrão, assim, ficam suscetíveis de violência e exclusão.

Ronald Laing (1986, p.78) classifica identidade social como “definida pela relação do indivíduo com os que estão a sua volta, pelo seu convívio”.

2018.

9 BORGES, Juliana. Necropolítica na metrópole: extermínio de corpos, especulação de territórios. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/necropolitica-na-metropole-extermínio-de-corpos-especulacao-de-territorios/>. Acesso em 03 de jul 2020.

10 BENTO, 2002, p. 76.

Com isso, torna-se mais difícil a miscigenação entre as raças, pois os negros dispõem de uma condição de vida bem menos favorecida que os brancos, como não possuem o mesmo padrão, conseqüentemente não possuem o convívio social.

No Brasil, o padrão estético aceito pela sociedade são cabelos lisos, a pele branca e traços finos, ou seja, nada que esteja assemelhado à negritude, porém, há muito mais que isso em nosso país. A mistura das raças vai muito além de um padrão estético imposto aos seres humanos.

Como a sociedade impôs que o ideal era ser de tal tipo, isso causou um grande impacto nos corpos diferentes, de modo que passaram a ser julgados como inferiores e sem valor.

Como afirma Kabengele Munanga:

Apesar de ter fracassado o processo de branqueamento físico da sociedade, seu ideal inculcado através de mecanismos psicológicos que não poderia explicar ficou intacto no inconsciente coletivo brasileiro, rodando sempre nas cabeças dos negros e mestiços. Esse ideal prejudica qualquer busca de identidade baseada na 'negritude' e na 'mestiçagem', já que todos sonham ingressar um dia na identidade branca, por julgarem superior. (Munanga, 1997, p. 8)

Ao observar a construção da identidade negra, nos é lançado analisar os pressupostos que revelam a posição da branquitude.

A branquitude é entendida como uma posição em que sujeitos que ocupam esta posição foram sistematicamente privilegiados no que diz respeito ao acesso a recursos materiais e simbólicos, gerados inicialmente pelo colonialismo e pelo imperialismo, e que se mantêm e são preservados na contemporaneidade. Portanto, para se entender a branquitude é importante entender de que forma se constroem as estruturas de poder fundamentais, concretas e subjetivas em que as desigualdades raciais se ancoram. (Sovik, 2014, p.2)

A branquitude é compreendida como uma posição privilegiada, no tocante ao acesso a mecanismos e recursos. A raça do indivíduo faz toda diferença, de modo que localiza e hierarquiza os seres humanos em nossa sociedade.

O racismo é um fenômeno que potencializa a diferença étnica, justificando os privilégios e a desigualdade material entre os seres. A hierarquia social é uma das principais características presente em nosso país.

Silvio de Almeida (2018, p.69) pontua a ideia de como o estado trata o racismo:

Nas teorias liberais sobre o Estado há pouco, senão nenhum espaço para o tratamento da questão racial. O racismo é visto como uma irracionalidade em contraposição à racionalidade do Estado, manifestada na impessoalidade do poder e na técnica jurídica. Nesse sentido, raça e racismo se diluem no exercício da razão pública, onde deve imperar a igualdade de todos perante a lei.

No Brasil, em um presente adjunto, se vê um Estado que adota uma política de morte, de inimizade e de uso injusto da força, a qual é adaptada à sociedade pelo mesmo, por meio de mentiras e chacota.

Segundo pesquisas feitas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em 2017, as vítimas mais frequentes de homicídio no país, são os negros. A cada 100 mil habitantes,

43,4 mortes que ocorrem são de negros e 16 são de brancos, ou seja, uma pessoa preta tem 2,7% mais chances de ser vítima de um homicídio.

Esta mesma política também acentua a desigualdade social e racial, onde fica claro que o branco rico, fica cada vez mais rico e o “preto” pobre, cada vez mais pobre.

A discriminação causa grave impactos no padrão econômico e educacional da população negra, de modo que se torna decisiva para acentuar a desigualdade social pautada na raça.

A par disso, temos a teoria da discriminação estrutural, uma construção teórica de Michel Wieviorka (1996, p. 62) que busca analisar os processos de discriminação dentro de um sistema social de modo intrínseco ao seu conjunto.

As pesquisas sobre a dimensão coletiva da discriminação tiveram um papel importante para identificação do caráter sistêmico de práticas discriminatórias, mas também demonstraram outro elemento particularmente relevante. A possibilidade de exercício de uma vida digna depende do acesso às diversas categorias de direitos e oportunidades. Isso significa que as instituições sociais responsáveis pela garantia ou proteção desses direitos precisam tratar as pessoas da mesma forma [...] os grupos sociais que não tem o mesmo acesso a oportunidades educacionais, que não podem obter formação Educacional mais elevada, que são impedidos de ter acesso às mesmas oportunidades profissionais Por faltas de educação formal, que são discriminadas dentro das empresas nas quais trabalham, que não tem o poder político para transformar essa situação enfrenta o que se chama de discriminação estrutural. (Moreira 2017, p. 136)

A discriminação estrutural também é manifestada através do impedimento ou dificuldade aplicada aos negros para algum tipo de atividade, sendo esta o ingresso no estudo e também no mercado de trabalho. Essa discriminação promove a exclusão do ser, o que o torna cada vez mais difícil sua participação como um humano em sociedade.

Conforme o IBGE, a ocupação dos negros no mercado de trabalho corresponde a 29,9%, enquanto que em relação aos brancos, o valor corresponde a 68,6%, o que prova uma desigualdade formidável entre as raças.

De acordo com o IPEA, frente ao mesmo nível de escolaridade, as mulheres brancas ganham 68,7% do salário dos homens brancos, enquanto os homens negros ganham metade e as mulheres negras menos ainda, 38,5%.

A falta de apoio ao estudo e a falta de oportunidades no mercado de trabalho, gera uma situação de miséria e analfabetismo. O racismo atua de forma que restringe a igualdade racial e alimenta o crescimento da população negra nas piores posições de condições sociais.

Borges (2018, p.82-83):

Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e elemento racializado e Colonial da sociedade brasileira é invalidar que negros são 76% entre os mais pobres no país, que três em cada quatro negros estão presentes entre os 10% com a menor renda do país ou que, em 2015, negros recebiam, em média, 59,2% do rendimento dos brancos, mesmo com políticas afirmativas e de incentivo implementada nos últimos anos.

É inegável, diante de toda essa marginalização racial existente em nosso país, que os

negros possuem renda menor que os brancos, menos oportunidade no mercado de trabalho, menos chances de ingresso em uma universidade, menos condições de acesso à tecnologia e a um sistema de saúde de qualidade.

Por mais que a sociedade tenha sofrido avanços físicos, sociais e tecnológicos, a situação da população negra continua vulnerável, de modo que ainda, na maioria dos casos, é dependente financeiramente do governo ou dos brancos.

Há a necessidade mais que urgente da alteração desta situação de desigualdade, a qual deve ter como fator principal a inclusão dos negros nos espaços sociais e no mercado de trabalho.

CONCLUSÃO

As relações sociais no Brasil evidenciam o racismo estrutural, posto o abismo social entre os corpos negros e os privilégios da branquitude. Este abismo social, político e econômico é consequência de anos de memórias hegemônicas, estabelecidas pós a abolição da escravatura, sem que isso representa-se efetiva liberdade e emancipação aos corpos negros, que seguem sendo hostilizados.

O grande desafio enfrentado pela sociedade brasileira é criar um cenário de igualdade social e democracia racial, pois esta sociedade foi construída sob desigualdades, por meio da exploração e estupro de corpos negros e naturalização de práticas discriminatórias, fundadas nas falácias do racismo científico e eugenista.

Tendo em conta o racismo velado e a abolição inconclusa, a comunidade em que vivemos hoje desmoraliza e anula a população negra, a qual é desprovida de tantas vantagens que os brancos possuem. Uma destas vantagens é o lugar de fala e a representatividade, negando a participação dos corpos negros nos espaços de poder.

Toda essa inferiorização advém do período escravocrata, tal época em que os negros serviam aos brancos em troca apenas de sua sobrevivência. Mas mesmo depois de libertos, os brancos continuaram rebaixando e minimizando a vida das pessoas negras, somente por conta da cor de sua pele.

A maior dificuldade encontrada atualmente, para a desconstrução do racismo é a natureza inconsciente na mente de um branco, pois muitas práticas racistas cometidas no dia-a-dia são invisíveis para grande parte da sociedade.

É mais que necessária uma mudança na concepção de que o corpo negro é uma raça insignificante. O padrão imposto à raça negra pela sociedade é visto como sujo, impuro, desprezível, desonesto, reprovável, e várias outras qualificações negativas. Tudo aquilo que é defeituoso é associado ao negro, pelo simples fato da cor de sua pele ser preta.

O Estado possui sua grande parcela de culpa, pois a maior parte da população de cor, não possui saneamento básico, acesso a um estudo de qualidade, acesso ao mercado de trabalho e principalmente aos direitos fundamentais, pois a própria polícia do estado que deveria proteger os cidadãos é quem causa grande parte das mortes deles.

O constante massacre da população negra está diretamente ligado ao processo de desumanização e desrespeito, tais quais limitam e determinam as atitudes e os acessos que são permitidos a estas pessoas.

É necessário que haja revolução, pois cada dia mais a raça negra é silenciada e/ou morta, para que a sociedade branca consiga viver sem perturbações.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FILHO, Walter Fraga. Uma história do negro no Brasil. Brasília. Fundação Cultural Palmares, 2006.

ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural? Série Feminismos Plurais. São Paulo. Letramento. 2018.

BARBOSA, Marcio. Frente Negra Brasileira, depoimentos. São Paulo. Editora Quilomboje 1998.

BORGES, Juliana. O que é encarceramento em massa? Série Feminismos Plurais. São Paulo. Letramento, 2018.

BROCA, Paul. Société d'Anthropologie Deuxième, série I, Paris, 1866.

BUENO, Winnie. Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal? Disponível na internet em:

<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/10/quantosmeninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/> - Acesso em 24 de Abril de 2020.

CARNEIRO, Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Tese de Doutorado em Educação. São Paulo: FEUSP, 2005.

CARNEIRO, Sueli. Ideologia Tortuosa. Disponível na internet em:

<https://www.geledes.org.br/ideologiatortuosa/> - Acesso em 12 de Março de 2020.

CARNEIRO, Sueli. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; NEME, Cristina; FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo; ALVES, Paloma Palmieri; PINHEIRO, Marina; ASTOLFI, Roberta; MARQUES, David. Atlas da Violência. IPEA e FBSP. Rio de Janeiro, 2018.

DARWIN, Charles. A Origem das Espécies (On the Origin of Species), Londres, 24 de novembro de 1859.

GOMES, Flavio. Negros e política. São Paulo. Editora Schwarcz - Companhia das Letras, 13 de set.

de 2005.

GOULD, Stephen Jay. *A Falsa Medida do Homem*, WMF Martins Fontes - POD; Edição: 3, 1991.

HUXLEY, Thomas Henry. *Evidence as to Man's Place in Nature*, traduzido como *Evidências sobre o lugar do Homem na Natureza*, 1863.

BRASIL. IBGE. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Informativo. 2018

KEHL, Renato. *A Cura da Fealdade*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves; 1923.

KEHL, Renato. *Lições de eugenia*. Rio de Janeiro; Livraria Francisco Alves, 1935, b.

LAING, Ronald David. *Sagesse, déraison et folie: la fabrication d'un psychiatre*. Paris; 1986

LEITE, José Correia e CUTI (Luiz Silva). *...E disse o velho militante José Correia Leite: depoimentos e artigos*. Organização e textos: CUTI (Luiz Silva). São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura, 1992

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 30 de Abril de 2020

MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. [tradução: Libby Meintjes] Public Culture. Duke University Press, 2003.

MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Cornell University, 1997.

MOREIRA, Adilson José. *CIDADANIA RACIAL*. Revista *Quaestio Iuris* vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. pp. 1052-1089.

MOREIRA, Adilson José. *Racismo Recreativo*. Pólen Livros. Edição 01. 2019

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte – MG: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

MUNANGA, Kabengele. *Superando o racismo na escola*. Brasília. Segunda edição, 2005.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro – Processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra, 1978.

NOGUEIRA, Isildinha B. *Significações do corpo negro*. Tese de doutorado, São Paulo USP, 1998.

OLIVEIRA, Laiana Lannes de. *A FRENTE NEGRA BRASILEIRA: POLÍTICA E QUESTÃO RACIAL NOS ANOS DE 1930*. Tese Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

OLIVEIRA, Lorena Silva. *RACISMO DE ESTADO E SUAS VIAS PARA FAZER MORRER*. 2018. Monografia Pós-graduação em Filosofia – Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2018.

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.

REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações de 1991 a 2001. Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.

ROFRIGUES, Lucas de Oliveira. Raça e etnicidade. 2017. Disponível na internet em: <https://alunosonline.uol.com.br/sociologia/raca-etnicidade.html> - Acesso em 05 de Abril de 2020.

SANTOS, Carla Adriana Da Silva. Ó Pa Í, Prezada! Racismo E Sexismo Institucionais Tomando Bonde no Conjunto Penal Feminino De Salvador. Dissertação. UFBA, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

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 20 de Abril de 2020.

SOVIK, L. (2014). Aqui ninguém é branco: hegemonia branca no Brasil. In V. Ware (Org.), Branquidade, identidade branca e multiculturalismo (V. Ribeiro, trad., pp. 363-386.). Rio de Janeiro: Garamond.

THEODORO, Mário (org.); JACCOUD Luciana; OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES Serguei. As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição; IPEA. 1ª edição. 2008.

WESOLOWSKI, Patrick. O racismo científico – A falsa medida do homem. Disponível na internet em: <https://www.geledes.org.br/o-racismo-cientifico-falsa-medida-homem/> - Acesso em 16 de Abril de 2020.

ÓRGÃOS COLEGIADOS NACIONAIS: ENTRE A PARTICIPAÇÃO DELIBERATIVA E O PLURALISMO JURÍDICO¹

Doacir Gonçalves de QUADROS²
Helio Gustavo MUSSOI³

RESUMO

O governo Bolsonaro ao editar em 2019 os Decretos nº 9.759, nº 9.806 e nº 10.003 e a Medida Provisória nº 870 sugere diminuir ou até mesmo extinguir a participação da sociedade civil nos órgãos colegiados nacionais de políticas públicas. Buscou-se nesse trabalho refletir sobre as consequências relativas a estes decretos a partir da literatura acerca da teoria crítica da democracia e do direito examinando em que medida os órgãos possibilitam uma concepção plural em relação à agenda das políticas públicas. Adotou-se o método analítico-dedutivo, com enfoque em pesquisas bibliográficas e na análise da legislação. Como resultado percebe-se que os órgãos colegiados nacionais atuam na participação, deliberação e no controle da sociedade na gestão estatal. E, por consequência a redução da participação da sociedade civil nos órgãos ou até mesmo a extinção destes instrumentos institucionalizados de aproximação da sociedade com o Estado representa a erosão da democracia plural, participativa e deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Crítica do Direito, Democracia e Órgãos colegiados. Pluralismo jurídico.

ABSTRACT

The Bolsonaro's government, by publishing in 2019, Decrees nº 9,759, nº 9,806 and nº 10,003, and the Provisional Executive Act nº 870 obliged or even extinguished civil society participation in the national collegiate bodies of public policies. This work sought to reflect on the consequences related to these decrees around the literature about collegiate bodies and legal pluralism by examining the extent to which bodies enable a plural conception about to the public policy agenda. The analytical-deductive method was adopted, focusing on bibliographic and legislative research. As a result of this reflection, it is perceived that the national collegiate bodies act in the participation, deliberation and control of society in state management. And, consequently, the reduction of civil society in the organs or even the extinction of these institutionalized instruments for bringing society closer to the State represents the erosion of plural, participatory and deliberative democracy.

KEYWORDS: Critical Legal Theory. Democracy and collegiate bodies. Legal pluralism.

1 INTRODUÇÃO

Diferentes medidas foram adotadas pelo governo Bolsonaro no sentido de restringir e até

1 Artigo apresentado no X Simpósio de Análise Crítica do Direito, UENP, Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 4 a 6 de novembro 2020.

2 Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Coordenador do projeto de pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER). E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br.

3 Especialista em Direito Civil e Empresarial (PUCPR) e em Direito Ambiental (UFPR). Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Mestrado Acadêmico em Direito) do Centro Universitário Internacional UNINTER. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER) E-mail: heliomussoi@outlook.com.

mesmo de extinguir a participação da sociedade civil em órgãos colegiados nacionais de políticas públicas. Isto é, aqueles órgãos colegiados existentes no âmbito da União como, por exemplo, os Decretos nº 9.759/2019, nº 9.806/2019 e nº 10.003/2019, e a Medida Provisória nº 870/2019⁴.

O Decreto nº 9.759/2019 buscou extinguir diversos órgãos colegiados nacionais, inclusive aqueles criados por meio de lei. O argumento do governo Bolsonaro para realizar tal ação, segundo o respectivo Decreto, é que não foi possível realizar um levantamento confiável acerca da quantidade de órgãos colegiados existentes, mas que apenas entre os interministeriais somariam mais de trezentas entidades que se tornam desnecessárias e ineficientes para as funções administrativas, de controle e de tomadas de decisões. Em medida cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6121 o Supremo Tribunal Federal considerou que tal decreto viola a separação de poderes de modo que a extinção “[...] de órgãos colegiados que, contando com menção em lei em sentido formal, viabilizem a participação popular na condução das políticas públicas” (BRASIL, 2019).

Dentre outras medidas adotadas pelo governo Bolsonaro que também caminham no sentido de restringir e/ou de extinguir a aproximação da sociedade com o Estado proporcionada pelos órgãos colegiados, está à extinção do Conselho Nacional de Segurança Nutricional e Alimentar (CONSEA) por meio da Medida Provisória nº 870 de 2019. Inclui-se também as alterações na composição do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) pelo Decreto nº 10.003 de 2019 (cuja eficácia fora cautelarmente suspensa na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622). E, por fim, as mudanças no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) pelo Decreto nº 9.806 de 2019.

Tais órgãos são compostos por um conjunto de indivíduos que representam um colegiado ou um grupo comunitário estruturado de maneira equilibrada por servidores designados pelo Estado e membros representantes da sociedade civil. Os órgãos são instrumentos de institucionalidade estatal que oferecem um espaço público para a participação popular e tem previsão na lei e orçamento. As reuniões são periódicas e tem como finalidade debater sobre os assuntos voltados às políticas públicas entendidas como conjuntos de programas ou ações adotadas pelos governos para garantir os direitos sustentados na Constituição. Os órgãos colegiados atuam nas políticas públicas exercendo diferentes funções seja administrativas, normativas, de controle, e de tomada de decisões (BERCLAZ, 2013, p. 99-100).

Neste artigo busca-se refletir sobre o impacto das medidas tomadas pelo governo Bolsonaro,

4 Os colegiados de políticas públicas possuem, na prática administrativa, diferentes denominações, como comissões, comitês e conselhos. Neste trabalho será adotada a terminologia utilizada pelo IPEA (2017), qual seja: (órgãos) colegiados nacionais de políticas públicas. Estes instrumentos não se encontram restritos ao Executivo, também estando presentes nos Legislativo e Judiciário, bem como existem em todos os entes políticos da Federação. Trata-se de mecanismos com o objetivo de articular o Estado e a sociedade civil (IPEA, 2017, p.7).

com a pressuposição de que uma vez que a redução e até mesmo a extinção da participação em órgãos colegiados tem como consequência prática a restrição do princípio democrático. Pelo método analítico-dedutivo, com enfoque em pesquisas bibliográficas e análise sobre a legislação examinaremos o papel dos órgãos colegiados nacionais de acordo com a teoria crítica da democracia e do direito, em específico a teoria deliberativa da democracia e a doutrina do pluralismo jurídico.

Inicia-se a reflexão com a apresentação dos apontamentos teóricos de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002) sobre a emergência da teoria crítica da democracia no seu viés deliberativo a partir da segunda metade do século XX. Em seguida, a partir de alguns pressupostos teóricos no que versa a democracia deliberativa, inerente as propostas de Nancy Fraser (1999) e Seyla Benhabib (2007) procura-se normativamente sublinhar o papel dos órgãos colegiados como instrumentos de participação e de deliberação democrática. Na sequência, apresenta-se uma revisão sobre alguns estudos executados no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e que analisam a atuação dos órgãos colegiados nacionais como instrumentos democráticos que por meio da participação e da deliberação popular que oferecem tem o propósito de aproximar a sociedade com o Estado. Destaca-se que a despeito de inúmeras dificuldades práticas que os órgãos colegiados nacionais enfrentam no país, eles se aproximam a essa perspectiva de espaços públicos democráticos deliberativos e participativos. Por fim, será feita uma análise destes órgãos colegiados a partir da doutrina do pluralismo jurídico presente na teoria crítica do Direito.

2 A TEORIA CRÍTICA DA DEMOCRACIA

A partir da sistematização proposta por Santos e Avritzer (2002) a concepção não hegemônica da democracia que dita a necessidade de ampliação do espaço do exercício da soberania popular na teoria e prática da democracia nasceu como uma crítica ao modelo hegemônico de democracia (RIBEIRO, 2010).

De acordo com Santos e Avritzer a concepção hegemônica da democracia buscou a resolução para três questões: 1) “relação entre procedimento e forma”; 2) “papel da burocracia na vida democrática” 3) “inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 44).

Em relação ao postulado da relação entre procedimento e forma, significa a concepção da democracia meramente como uma forma de escolha pelos eleitores nos seus governantes. Segundo Santos e Avritzer (2002, p. 44-46), o postulado procedimental é desenvolvido inicialmente por Kelsen, que tinha como objetivo fazer a crítica da noção de que a democracia poderia ser uma série de valores e uma forma de organização política. Na sequência, segundo os autores, Schumpeter e

Bobbio desenvolvem o argumento de Kelsen, convertendo-o em uma modalidade de elitismo burocrático. A crítica que se faz é que esse modelo não resolve o problema de se saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização do público, nem se essa forma de representação exaure a questão da diferença. Kelsen, Schumpeter ou Bobbio não explicam o porquê que a democracia não admite modelos com maior participação da sociedade.

A segunda abordagem central na democracia hegemônica é o papel da burocracia. Santos e Avritzer (2002, p. 46-48) afirmam que Weber insere na discussão da democracia a irresistível limitação do poder sobre a tomada de decisão política pela sociedade civil diante do aumento de formas de organização burocrática. Assim, a burocracia estaria interligada à evolução do Estado moderno. A crítica a esse postulado se dá na medida em que defende uma resposta única nos diferentes níveis da gestão democrática, ao contrário dos problemas que demandam respostas plurais e complexas.

Por fim, a terceira abordagem da democracia hegemônica, que teve em Dahl um de seus maiores representantes é a inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala, ou seja, o entendimento de que a representação seria nesses sistemas a exclusiva solução. A crítica a essa abordagem se dá no sentido de que essas noções de representação acabam não permitindo a adequada representatividade das minorias e, além disso, atrapalham a prestação de contas e a possibilidade de representação de agendas específicas (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 44).

De maneira paralela a concepção hegemônica de democracia surgem no pós-guerra as concepções não hegemônicas. A grande questão da democracia nesse modelo alternativo está relacionado com a constatação de que a democracia não surge de maneira repentina, e sim se trata de uma “nova gramática histórica” que procura romper e construir uma nova institucionalidade plural (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 51).

De acordo com Santos e Avritzer (2002, p. 52-54) a teoria crítica da democracia surge da possibilidade de alargamento do procedimentalismo, que de acordo com Habermas, a prática social participativa é o método constituinte de governos. Outro ponto importante da teoria não hegemônica é o desenvolvimento da teoria dos movimentos sociais e a defesa da ampliação e da institucionalização da participação de diferentes grupos nas tomadas de decisão. Esse fenômeno social, segundo Santos e Avritzer foi presente, sobretudo na América Latina ao levar a uma transformação social caracterizada pela inserção de novos atores na arena política.

Ainda de acordo com Santos e Avritzer (2002, p. 54) a contar da década de 1970 e 1980 a democracia não hegemônica, entendida aqui como a teoria crítica da democracia ganha força política e social. Primeiro, em virtude do processo de democratização nos países em desenvolvimento que ofereceu aos movimentos sociais um contexto político promissor para a

conquista na participação na definição dos rumos econômicos e sociais destes países. Neste período o problema da participação e seus limites voltam a ser debatidos por meio de experiências alternativas participativas locais. E, por fim, retoma-se a problemática da representação diante da pluralidade, em torno de considerações de que os partidos políticos não se colocam como instrumentos suficientes e eficientes de representação dos interesses dos grupos sociais denominados pelo termo “minorias” porque não tem seus interesses atendidos pelo governo⁵.

Pelo exposto, pode-se compreender que a teoria crítica da democracia no viés não hegemônico se mostra como modelo alternativo que busca a inclusão das pluralidades formadas pelos diferentes grupos sociais nas decisões que ditam os rumos econômicos, políticos e sociais dos governos. A teoria crítica da democracia visa questionar o *modus operandi* da teoria hegemônica da democracia, a qual restringe a participação democrática a mecanismos puramente eleitorais e não resolve a questão da representação dos novos direitos sociais que são próprios de uma sociedade democrática e complexa.

Neste debate de crítica a tradição hegemonia da democracia participaram vários intelectuais que ofereceram de acordo com os seus modelos teóricos alguns canais alternativos de participação e de deliberação popular. Dentre estas vertentes alternativas destaque para Chantal Mouffe (1996), Carole Pateman (1992), Habermas (2004), Bohman (2000). A seguir aprofundaremos a reflexão sobre os pressupostos teóricos da democracia deliberativa dando relevo para os postulados teóricos de Nancy Fraser (1999) e Seyla Benhabib (2007) usados com resultados promissores nos estudos sobre órgãos colegiados e movimentos sociais.

2.1 A democracia deliberativa

A democracia deliberativa é reconhecida como um modelo que busca preencher as lacunas da ausência de discussão e representação na esfera pública da concepção hegemônica da democracia. O ponto de partida é a necessidade de se reforçar a cidadania e conferir legitimidade democrática nas decisões públicas através de procedimentos que favoreçam debates racionais.

Segundo Costa (2012, p. 306), esta concepção possui raízes principalmente no debate da filosofia política anglo-saxônica, que tem como foco o confronto de opiniões na esfera pública e que confere legitimidade para as decisões políticas. Assim, considera-se a deliberação como método para tomada de decisão, formado a partir do livre debate racional entre cidadãos livres e equiparados buscando o consenso (KOZICKI, 2004, p. 45).

5 Como fatos históricos importantes relacionados a evolução desse movimento, Santos (2016, p. 19-20) menciona as experiências de democracia participativa no Brasil e na Índia no anos 1990, o fim do Apartheid, com a consagração da igualdade como reconhecimento da diferença na Constituição da África do Sul (1996), e o constitucionalismo latino-americano advindo das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Na correta leitura de Sen (2011, p. 358-360), a harmonização e o vínculo essencial entre democracia e justiça se dá através da argumentação pública. Há, portanto, a consolidação dos valores de uma ampliação da democracia.

Um importante ponto a ser considerado na democracia deliberativa é que o estudo está mais focado pela discussão propriamente dita, nos procedimentos argumentativos do que pela decisão (COSTA, 2012, p. 306). A democracia deliberativa está baseada nas crenças dos benefícios da ampliação do jogo político e nos benefícios dos debates e discussões (CHEVALLIER, 2009, p. 225). A contínua relevância da teoria da democracia deliberativa ocorre com a evolução teórica existente pelas críticas e propostas realizadas por autoras como Nancy Fraser e Seyla Benhabib.

2.1.1 A Deliberação na Esfera Pública: A visão de Nancy Fraser

Em resumo, a obra de Nancy Fraser buscou demonstrar que a concepção (burguesa) de esfera pública presente em Habermas não é a melhor opção, a partir de críticas à quatro de seus pressupostos, que resultariam em limitações democráticas. Além disso, também busca conferir novos elementos de uma concepção de esfera pública que seja pós-burguesa.

Fraser (1999, p. 149-150) argumenta assim que: primeiro não se deve colocar parênteses nas desigualdades sociais e sim eliminá-las; segundo, independente de se tratar de sociedades estratificadas ou igualitárias, múltiplas audiências são melhores do que uma única esfera pública; terceiro, deve ser incluída nessa concepção de esfera pública as questões consideradas como privadas pela ideologia burguesa e masculina, como o gênero; quarto, nesse modelo de esfera pública haverá a emergência de públicos fortes e públicos fracos.

A primeira premissa presente na concepção burguesa da esfera pública, criticada por Fraser, é a de que seria possível colocar a desigualdade entre parênteses nas deliberações públicas, ou seja, que fossem desconsideradas as diferenças na participação política. A desigualdade acaba por limitar a desejável participação em igualdade de condições por grupos vulneráveis, tornando, assim, essa concepção inadequada. Outra questão também criticada é a omissão da esfera pública burguesa em relação às questões de gênero, que deveriam estar inseridas. A título de exemplo, as pesquisas demonstram a tendência de homens falarem mais, interromperem e ignorarem as intervenções das mulheres nos debates universitários (FRASER, 1999, p. 149-155).

A segunda premissa analisada e criticada por Fraser (1999, p. 156-161) é de que a propagação de públicos que competem seria um afastamento da democracia, de modo que uma esfera pública única supostamente seria vantajosa em comparação com uma esfera pública composta por diversos públicos. Em resumo, Fraser argumenta que uma multiplicidade de públicos confere um ideal de participação mais adequado do que um único público totalizador. Numa esfera

pública única os grupos subordinados não possuiriam maneiras de realizar suas deliberações fora do alcance dos grupos dominantes. De outro lado, até mesmo em sociedades não estratificadas, não se verifica motivos para eliminar a oportunidade de uma esfera pública pautada na igualdade social e diversidade cultural. Com efeito, na linha de pensamento da autora, uma esfera pública conferida por multiplicidade de públicos é mais adequada do que uma esfera pública única.

A terceira premissa criticada por Fraser (1999, p. 149-165) seria que o discurso na concepção burguesa de esfera pública deveria estar limitado a deliberação do bem comum considerado público, não havendo necessidade de se incluir em discussão as questões privadas. Fraser rebate esse pressuposto com o argumento de que em um cenário de autodeterminação coletiva não seria adequado uma ideologia que limita as fronteiras de discussão, de modo que apenas os próprios participantes poderiam discutir sobre a questão comum a ser deliberada. Assim, deveria ser ampliada a possibilidade de grupos contramajoritários, persuadirem os demais sobre as questões a serem debatidas publicamente. Nesse pensamento, não há como se limitar de maneira antecipada qual é o bem comum, não havendo motivos para haver a restrição de questões possíveis de serem deliberadas.

A quarta e última premissa da concepção burguesa afirma que o desempenho de uma esfera pública democrática exige um distanciamento entre o Estado e a Sociedade Civil (FRASER, 1999, p. 150). Esse pressuposto pode ser entendido de duas formas: em primeiro lugar, que a sociedade civil seria uma economia capitalista de ordem privada e o distanciamento está relacionado a uma abordagem do liberalismo clássico. Fraser (1999, p. 168) argumenta que o liberalismo econômico não gera igualdade, havendo a necessidade de paridade de participação e de uma isonomia socioeconômica prévia. Aliado a isso, as tentativas de privatizar as questões econômicas e retirá-las do espaço de debate restringem a ideia da liberdade de discussão inerente a uma esfera pública. Assim, Fraser considera necessária uma interpenetração entre Estado e sociedade civil.

A segunda acepção da última premissa é de que a esfera pública não é o Estado, mas sim o conjunto de opiniões discursivas não governamentais que podem ser um contrapeso ao Estado, o que dá uma noção de legitimidade para a opinião pública. Nessa concepção, Fraser (1999, p. 168-171) descreve os “públicos fracos”, que são aqueles cujas práticas deliberativas dizem respeito apenas à atuação consultiva e não de efetiva deliberação de decisões. Essa tendência se dá sob o argumento de que se fosse conferido poder de decisão na agenda política a soberania estatal estaria ameaçada. De outro lado, a força da opinião pública cresce à medida que um órgão tem a possibilidade transformar as opiniões em efetivas decisões (“público forte”). Para a autora, essas categorias resultam em importantes questões sobre os papéis que públicos podem desempenhar numa democracia, como, por exemplo, no melhor arranjo democrático para a tomada de decisões

numa esfera pública.

De todo modo, Fraser (1999, p. 171) conclui a concepção burguesa de esfera pública não é adequada e sim uma concepção pós-burguesa de esfera pública, com novas possibilidades democráticas que permitiriam conceber arranjos estruturais com públicos fortes e fracos, e com diferentes formas de conexões entre eles. À vista disso, diante dos pressupostos da democracia na proposta de Fraser é possível extrair o impacto desses argumentos no desenvolvimento dos órgãos colegiados nacionais. Em primeiro lugar, diante da premissa de que não é possível desconsiderar a desigualdade na esfera pública, abre-se espaço para a pluralidade. Com as diferentes formas de colonização na sociedade contemporânea os órgãos colegiados nacionais permitem a expressão e a reflexão na esfera pública de diferentes grupos minoritários e vulneráveis, como nas questões de gênero.

Em segundo lugar, considerando a realidade brasileira de um sociedade complexa e estratificada, a realização de conferências nos órgãos colegiados nacionais possibilita o acesso às discussões por diferentes públicos, inclusive não apenas nas sedes, mas aquelas realizadas fora da estrutura física do colegiado. Portanto, é possível identificar que os órgãos colegiados permitem múltiplas audiências. Em terceiro lugar, os órgãos colegiados possibilitam uma ampliação das pautas de debate a serem deliberadas internamente, sobre uma grande quantidade de temas e áreas diferentes, inclusive de questões privadas com repercussão pública ou coletiva. Assim, nestes colegiados é possível que haja a discursos contramajoritários que influenciem o debate.

Por fim, outro argumento que faz a conexão da proposta de Fraser com os órgãos colegiados nacionais é materialização de uma nova relação entre Estado e sociedade civil. As categorias de públicos fortes e fracos são de fundamental importância para se compreender os diferentes níveis de poder de implementação das deliberações dos órgãos colegiados nacionais.

2.1.2 A Democracia Deliberativa para Seyla Benhabib

A proposta de deliberação democrática realizada por Seyla Benhabib se enquadra dentro de uma teoria crítica e questionadora ao modelo hegemônico da democracia, na medida em que tem como fundamentos a reconstrução da tomada de decisões públicas por meio de uma esfera de debates ampliada e plural.

Benhabib (2007, p. 48-50) conceitua a democracia como um modelo de organização e exercício de poder nas instituições sociais, cujo fundamento é revelado no princípio segundo o qual as decisões públicas que visam o bem-estar coletivo advêm de um procedimento público de deliberação aberta e racional, realizado entre pessoas igualmente equiparadas nos aspectos político e moral. Com efeito, nesse modelo de democracia deliberativa a legitimidade e a racionalidade na

tomada das decisões públicas têm como condição instituições estruturadas de forma que o bem comum venha da deliberação coletiva, em procedimentos pautados em critérios racionais e equitativos por pessoas livres e equiparadas.

Nesse procedimento, Benhabib (2007, p. 51) considera que são somente válidas as deliberações em que as regras do jogo sejam conferidas pela isonomia, de modo que todos podem debater. Além disso, deve haver a possibilidade de todos questionarem os pontos objetos do debate, bem como a oportunidade de todos pautarem argumentos sobre o procedimento e o modo com que será implementado.

Esse modelo de democracia deliberativa não diz respeito a uma teoria prática, mas visa traduzir princípios implícitos e a lógica das práticas democráticas, sendo os corpos deliberativos uma delas (BENHABIB, 2007, p. 75). De acordo com Benhabib (2007, p. 79), a racionalidade decorre da necessidade de se ampliar as informações no debate, a manifestação de argumentos e as conclusões a serem debatidas e contestadas, em uma rede heterogênea de deliberações públicas.

Em outro texto, Benhabib (2010, p. 11-12) escreve que o direito de se ter direitos está relacionado com movimentos e lutas sociais, conhecimentos e competências adquiridas através de classes, gêneros, minorias, etc. Disso se trata o universalismo, compreendido como um objetivo moral a ser batalhado, em vez de uma caracterização ou representação do mundo.

Benhabib (2010, p. 19) trata da categoria das iterações democráticas (*iteracions democratiques*) como os processos públicos deliberativos em que se opera o debate e o diálogo acerca dos direitos universalistas, havendo a produção normativa e conferindo a inclusão nas instituições políticas, jurídicas e em associações da sociedade civil.

Com efeito, da proposta da Benhabib é possível identificar uma conexão com o desenvolvimento dos órgãos colegiados nacionais. Essa identificação é factível de ser feita pela reflexão de que para que haja legitimidade democrática na tomada de decisões, deverá se dar com a instituição de um modelo de deliberação coletiva (democracia deliberativa) ampliada entre os diversos grupos da sociedade civil, cujos debates ocorram pautados em critérios livres e racionais. O arranjo institucional dos órgãos colegiados nacionais favorece justamente essa esfera de deliberação pública.

Nesse modelo de estruturação democrática de que os órgãos fazem parte se observa o cumprimento de alguns dos fundamentos elencados por Benhabib para a de democracia deliberativa. Dentre eles estão à igualdade e a possibilidade de participação, argumentação e questionamento dos diferentes grupos da sociedade, inclusive acerca das pautas do debate e a implementação do procedimento. As iterações democráticas podem ser feitas de acordo com o respectivo poder normativo e de implementação das deliberações do colegiado.

3 OS ÓRGÃOS COLEGIADOS NACIONAIS À LUZ DA PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA

Os órgãos colegiados nacionais que tratam de políticas públicas possuem características muito diferentes entre si, a começar pelo ato jurídico de instituição, que pode ser tanto através de Lei criada via Congresso Nacional, ou então por Decreto emanado pelo Presidente da República. O desenho institucional de cada colegiado e o nível de institucionalização não é uniforme, variando individualmente.

Estes espaços de participação da sociedade civil na formulação e controle de políticas públicas junto ao Estado ganharam força com o processo de redemocratização do país. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou a gestão pública participativa em algumas áreas, como na saúde, assistência social, direitos da criança e do adolescente (LIMA; et al., 2014, p. 7).

Assim, a Constituição Federal de 1988 favorece a criação de um poder descentralizado de participação da sociedade na tomada de decisões. Os órgãos colegiados fazem parte de um contexto de conquistas sociais na ampliação da articulação plural na esfera pública, tendo como fundamento a importância da atuação popular na gestão estatal (RIBAS; MEZA, 2018, p. 49). Com efeito, os órgãos colegiados se encontram dentro do contexto da consagração do princípio da cidadania presente na Constituição de 1988 (GOHN, 2011, p. 88).

O escopo instituído nos órgãos colegiados é a criação de um arranjo institucional composto por representantes do poder público e também da sociedade civil, numa estrutura de divisão de poder (RIBAS; MEZA, 2018, p. 50). Na organização administrativa o objetivo é possibilitar que a sociedade participe nas escolhas da pauta da agenda política e na formulação e controle de políticas públicas (LIMA; et al., 2014, p. 7).

Conforme consta no estudo realizado pelo IPEA (2010, p. 544) a maior parte dos colegiados nacionais foram criados no Brasil a partir da abertura democrática instalada pela constituição de 1988. Foram analisados 31 colegiados nacionais até o ano de 2010, dos quais 1 fora criado na década de 1930, 2 na década de 1960, 2 na década de 1980, 10 na década de 1990 e 16 na década de 2000. Ademais, ainda de acordo com o IPEA (2010, p. 573-575), dos 31 conselhos estudados, 13 deles possuem natureza meramente consultiva e outros 18 deliberativa (podendo estes apresentar caráter duplo, com natureza consultiva em algumas matérias de sua competência).

Segundo o IBGE (2017, p. 98) o conselho consultivo tem como função opinar, propor ou sugerir medidas pertinentes a seu ramo de competência, enquanto que o conselho deliberativo é o que possui o poder efetivo de decidir ações ou políticas maneira participativa. É possível fazer a correlação dos conselhos meramente consultivos noção de “público fraco”; ao passo que os

conselhos deliberativos se aproximam do conceito de “público forte”, de Nancy Fraser, anteriormente tratados nesse trabalho.

Também o controle social pode ser exercido através dos órgãos colegiados, de maneira legitimar a atuação do Estado (GOMES, 2003, p. 33-34). O IBGE (2017, p. 98) compreende o conselho fiscalizador como aquele que controla as ações e a gerência de recursos.

Em relação à paridade na composição entre os conselheiros da sociedade civil e do Estado, segundo Gohn (2011, p. 96-97), deve-se levar em conta, além da divisão numérica, as condições de participação. Os conselheiros do poder público estão atuando durante expediente remunerado, possuem melhor infraestrutura e acesso às informações, enquanto que os representantes das entidades da sociedade civil organizada frequentemente atuam de maneira fragmentada e sem articulação com outros conselhos. O estudo pormenorizado sobre os órgãos colegiados permite uma compreensão mais detalhada e concreta destas realidades é o que trataremos a seguir de acordo com alguns estudos que analisam o potencial de participação e de deliberação popular dos órgãos colegiados nacionais.

3.1 Os órgãos colegiados nacionais são espaços públicos efetivos de participação e deliberação?

Destaque inicial para o estudo realizado por Lima et al. (2014) no âmbito do IPEA, que fora intitulado como “texto para discussão”, buscou analisar o nível de institucionalização, isto é, formalização das normas e o estabelecimento na burocracia do Estado, assim reforçando a estrutura e a implementação de suas políticas. A pesquisa ocorreu por meio de um índice formado a partir de diversas variáveis extraídas de atos normativos, regimentos e conferências em 24 conselhos e comissões. Foi verificado na pesquisa que os conselhos mais institucionalizados são aqueles criados através de Lei (não por Decreto), deliberativos, com reuniões mensais e diversas conferências nacionais, entre outras características. Assim, os conselhos mais institucionalizados, uma vez que são mais reconhecidos pelo poder público e possuem mais aprendizado e recursos, melhor participam na gestão das políticas públicas do Estado (LIMA; et al., 2014, p. 17-22).

Outro estudo realizado por Lemos (2020) tratou sobre a comissão nacional CNAPO, um órgão colegiado nacional criado para conferir espaço a outros atores sociais do meio rural, além dos interesses hegemônico do agronegócio. Esta comissão perdeu espaço diante da crise política e econômica que levou ao impeachment e a ascensão do governo Michel Temer (2016/2018). Apesar de manter a comissão formalmente o governo desestruturou a participação e a efetividade das decisões. Este projeto de desestruturação foi seguido pelo governo Bolsonaro a partir de 2018, o que levou ao fim deste colegiado. Importante destacar que nesta comissão as decisões eram

baseadas na deliberação argumentativa na busca pelo consenso, sendo que no estudo não se chegou a verificar decisão para votação em plenário (2020 p. 79-167).

Segundo Lemos (2020, p. 126-131), a efetividade da deliberação no âmbito da CNAPO se deu, primeiro, devido ao arranjo institucional, pois esta comissão abarcava um público formado por diversas organizações que compreendiam movimentos sociais, profissionais e acadêmicos, redes vinculadas à economia solidária, entre outras. Segundo, as organizações possuem abrangência em todo o país, com instrumentos de participação nas representações locais. Além disso, a representatividade discursiva pode ser verificada, por exemplo, na inclusão da pauta feminista e na participação de movimentos sociais como a Marcha das Margaridas. Por fim, havia liberdade nas práticas da interlocução de cada grupo de atores. Importante ainda destacar a existência de um controle da sociedade da pauta de deliberação, inclusive por ela ter possuído inicialmente superioridade de conselheiros. A crítica feita por Lemos (2020, p. 165-166) é na questão da efetividade na implementação das decisões – tidas como meros conselhos, que dependiam da vontade política do gestor público governamental.

À vista disso, verifica-se que no CNAPO é possível identificar a participação e a deliberação democrática por sua composição plural, pelo maior número de conselheiros advindos da sociedade civil, e pela busca pela tomada de decisões de maneira dialógica e consensual.

De acordo com Chagas et al. (2003) no estudo “A política de assistência e a participação social: o caso do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)” as decisões tomadas no âmbito do CNAS foram resultado deliberação e negociação complexas ocorridas internamente. A conclusão foi de que este colegiado tem importância na construção de políticas públicas e na alocação dos recursos públicos destinados às entidades de assistência social. Ademais, foi destacado a importância deste colegiado na interlocução e na coordenação de atores, instituições e ações assistenciais (2003, p. 25-48). Nesse ponto, registre-se que o CNAS no primeiro estudo a mencionado, alcançou junto ao Conselho Nacional de Saúde, a maior nota no índice de institucionalização (LIMA; et al., 2014, p. 20)

Inclui-se também o estudo intitulado como “o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente na visão de seus conselheiros”. Utilizando-se de entrevistas com os próprios conselheiros, constatou-se que, entre outros pontos fortes, este colegiado (CONANDA) era percebido pelos entrevistados por promover a participação e fiscalização em um espaço de debate e deliberação de políticas públicas. Assim, considerou-se que este conselho cumpre um relevante papel democrático no incentivo da participação e no fortalecimento do controle (IPEA, 2012, p. 48-51).

Ainda, é possível observar essas características no estudo de Pimenta (2010) chamado de

“Políticas feministas e os feminismos na política: o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985-2005)”, no qual se destacou que este colegiado (CNDM), nos últimos anos observados da pesquisa, se articulou com movimentos sociais feministas e passou a ter ampla competência organizativa e de mobilização do Estado. A conclusão extraída foi de que o CNDM se tornou espaço ampliado de debates e de repensar políticas públicas de gênero (PIMENTA, 2010, p. 185).

Em outros estudos realizado por Silva (2015) o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) cumpriu um papel no fortalecimento da democracia no Brasil (2009/2012). Este conselho tem como objetivo a participação social em conjunto com o Estado na definição, formulação e controle de políticas públicas relacionadas aos direitos humanos. Embora não haja nele a desejada paridade na composição dos conselheiros entre o poder público e a sociedade civil. Pela análise das deliberações há um diálogo com participação ampla de órgãos e entidades da sociedade civil, inclusive nas comissões temáticas e nas reuniões itinerantes (fora da estrutura do CNDH). Além disso, foram observados procedimentos para construção de consensos e um comparecimento nas reuniões paritário entre Estado e a sociedade civil. Nesse estudo também é ressaltada a necessidade de se aprofundar o potencial deliberativo (SILVA, 2015, p. 90-92).

Segundo Aidar (2016) os colegiados potencializam a participação da sociedade civil. No estudo de caso feito sobre o conselho LGBT mostrou que a revisão feita sobre o regimento interno permitiu a participação de mais entidades sociais. Apesar da falta de comunicação entre conselheiros e o exíguo tempo de efetiva deliberação o colegiado promoveu oportunidades para o diálogo entre os representantes e a as esferas dos poderes legislativos e executivos (AIDAR, 2016, p. 227-228).

Grosso modo podemos deduzir a partir das conclusões presentes nestes estudos acerca da participação e da deliberação inerentes aos órgãos colegiados que eles se enquadram dentro de um contexto teórico relacionado a teoria crítica da democracia na vertente deliberativa. Os órgãos colegiados funcionam como entidades que reconfiguram o processo de gestão do Estado ao promover uma maior participação e funcionar como espaços públicos de deliberação com a presença de representantes dos diferentes grupos da sociedade civil.

De acordo com os apontamentos teóricos por Nancy Fraser observa-se que pelos órgãos colegiados nacionais há a possibilidade de a sociedade repensar as pautas a ser deliberada, e fomenta a ampla participação de diferentes grupos nas deliberações que abrangem, por exemplo, questões de gênero, bem como a possibilidade discursiva em influenciar a opinião pública. A sistematização das categorias de públicos fortes e públicos fracos realizadas por Fraser é útil ao permitir esquadriñar a efetivação das decisões tomadas no âmbito destes órgãos. Os órgãos colegiados aqui existentes representam um novo fundamento para as relações entre Estado e

sociedade civil, com contornos participativos, deliberativos e de controle. Por outro lado, à luz das contribuições de Seyla Benhabib é possível identificar que a legitimidade democrática das decisões públicas estão vinculadas a um modelo de deliberação coletiva.

Portanto, o debate existente no âmbito dos órgãos colegiados corrobora com o avanço da qualidade democrática das decisões tomadas. Assim, as deliberações realizadas nestes órgãos pelos diferentes grupos favorece a democracia deliberativa. Seguindo um ponto favorável para este modelo proposto por Benhabib, há menção inclusive da possibilidade da sociedade civil deliberar acerca das pautas de debate no interior do colegiado, como houve no caso do estudo sobre a Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO).

4 UMA LEITURA DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS NACIONAIS À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO

Neste tópico tem-se como objetivo refletir sobre a participação em órgãos colegiados de políticas públicas acerca dos aportes teóricos da doutrina do pluralismo jurídico. A participação e deliberação dos diferentes atores coletivos nos órgãos colegiados é uma forma de projetar o pluralismo jurídico. Parte-se da importância da participação plural dos diferentes grupos sociais na formação e na formulação da agenda das políticas públicas, como também no processo da tomada de decisão e posteriormente no acompanhamento, no controle e na avaliação das políticas públicas.

A doutrina do pluralismo jurídico é uma vertente da teoria crítica no Direito, a qual reconhece a existência de um Direito não oficial e que nasce das práticas sociais. Problemas como a morosidade da justiça e o acesso a ordem legal tem como solução a construção de um modelo jurídico pluralista. Uma nova ética jurídica que atenda as necessidades de vários seguimentos sociais de diferentes realidades (culturais, políticas, econômicas) criando uma realidade jurídica normativa diferenciada.

Jesus de la Torre Rangel, Oscar Correias Rangel; Germam Palacio; Carlos Cárcova; Luis Fernando Coelho; Luis Alberto Warat; Antônio Carlos Wolkmer; Manuel Antônio Espanha são alguns dos teóricos da doutrina do pluralismo jurídico. De modo genérico a aproximação teórica entre estes fundamentadores do pluralismo jurídico é que eles reconhecem a existência de distintas ordens jurídicas no direito além daquela oriunda do Estado e que também tem a capacidade de normatizar as relações sociais. Ou seja, a doutrina do pluralismo jurídico assevera que há um direito paralelo que decorre das práticas sociais, de modo que o Estado não possui o monopólio da produção normativa (CARVALHO, 2013, p. 16). O fenômeno jurídico não é visto como um sistema unitário estatal, mas sim por meio das práticas sociais dispersas em diferentes espaços sociais.

A noção de distintos direitos existentes numa sociedade não ocorreu com o pós-

modernismo. Hespanha (2005, p. 502-503) menciona o período da colonização europeia e os estudos sobre as práticas jurídicas dos povos colonizados para que estes se regulassem a partir de suas tradições com a supervisão do poder colonial. Posteriormente, com a independência formal das colônias, houve a formação de Estado com um arranjo institucional e jurídico baseado no Estado europeu a partir da teoria da modernização, que significou um reducionismo da pluralidade dos processos de evolução.

Diante do quadro de conflitos da modernidade, Wolkmer (2007, p. 103-104) advoga para que haja o deslocamento do fenômeno jurídico de um ambiente individualista e patrimonialista para o reconhecimento de uma produção normativa difusa, participativo e multidisciplinar.

Com um contexto de desigualdades e crise de representação política decorre o debate sobre alternativas que surjam dos debates e práticas sociais e voltadas para o respeito as necessidades humanas e a justiça social. Nesse sentido, pluralismo (jurídico) comunitário-participativo visa estabelecer uma nova legitimidade estabelecida pelo consenso na sociedade (WOLKMER, 2013, p. 41-44). Parte-se da crítica ao monopólio do Estado na produção do Direito, isto é, o monismo jurídico, pelo qual o Estado é quem legitima e centraliza o processo de produção normativa. Como crítica a esse contexto decorre as teses do pluralismo jurídico, que examinam o contexto da incapacidade do tradicional monismo em solucionar os problemas da sociedade, na medida em que vinculados a modelos conservadores que não possibilitam a emancipação social (CARVALHO, 2013, p. 14-16).

Wolkmer (2007, p. 96-98) busca repensar o significado da legitimidade e da legalidade no marco do pluralismo jurídico. A atitude tradicional realizada no direito é a equiparação dos conceitos ou mesmo privilegiando a legalidade em relação à legitimidade. A legitimidade adotada pelo pluralismo jurídico substitui o panorama fundado na legalidade tecno-formal para se basear num consenso comunitário. Desse modo, a legitimidade passa a se dar de maneira horizontal, democrática e plural, com a ação de novos atores sociais na participação e reconhecimento de suas causas.

No pluralismo jurídico há a ação de novos sujeitos como, por exemplo, movimentos sociais e organizações não governamentais, que são atores com potencial para a luta política e a produção de novos direitos. A criação de direitos não está restrita às instituições estatais e nos órgãos representativos, e sim é ampla, a partir de diferentes núcleos, “num permanente e dialético processo de descentralização e recriação de direitos” (WOLKMER, 2007, p. 102).

Vale registrar que o reconhecimento do pluralismo jurídico não significa que haverá a perda da importância do direito estatal. Na leitura que Carvalho (2013, p. 24) faz de Santos, com o pluralismo direito que decorre das instituições tradicionais tem a tendência de ter maior

legitimidade democrática diante de seu processo de construção. Nesse mesmo sentido Rubio (2013, p. 60) observa em Wolkmer, ao afirmar que esse fenômeno não é contrário ao direito estatal, mas uma proposta partir da insuficiência observada em sociedades periféricas.

Outra questão é a composição e implementação das necessidades do homem como pauta de legitimação do fenômeno jurídico no pluralismo. Essas necessidades são complexas e possuem variações entre as diferentes sociedades (WOLKMER, 2007, p. 102).

Em síntese, a doutrina do pluralismo comunitário-participativo se dá a partir de dois fundamentos: o primeiro deles é a efetividade material, que é basicamente o surgimento de novos sujeitos coletivos e as necessidades humanas fundamentais estimuladas pela ação desses movimentos. O segundo fundamento é o da efetividade formal, que diz respeito rearranjo e alargamento do espaço público através de uma política democrática, descentralizadora e participativa, e na construção de uma epistemologia de alteridade (empatia) e na formação de técnicas de emancipação (CARVALHO, 2013, p. 28-29).

A partir do pluralismo jurídico, Berclaz (2003, p. 10) aponta que os órgãos colegiados são “fontes produtoras de juridicidade derivada da ação de novos sujeitos coletivos, capazes de sinalizar as necessidades humanas fundamentais para o reordenamento do espaço político, a partir de perspectiva descentralizada pautada na alteridade”. Assim, compreende que os órgãos colegiados são fontes de juridicidade legítimas capazes de constituir direitos alternativos e colocando limitações aos poderes do Executivo.

Wolkmer (2018, p. 223) afirma que um formato legítimo de participação e deliberação democrática é através do sistema de conselhos. Segundo o autor, a estruturação dos conselhos podem fazer parte de um desenho institucional e político pluralista e descentralizado, que privilegia uma gestão compartilhada em diferentes níveis e grupos. Ademais, Wolkmer (2018, p. 224) defende a necessidade de legitimar o espaço público dentro de um processo participativo e plural de uma democracia direta, como é o caso dos conselhos sociais.

Berclaz (2013, p. 260-261) afirma que os conselhos sociais (órgãos colegiados de políticas públicas) justamente se enquadram dentro de um contexto do princípio (consagrado na Constituição) da democracia participativa e deliberativa. Assim, dentro do paradigma do pós-positivismo os princípios passam a serem normas, é reconhecida a juridicidade destes instrumentos democráticos. Para a identificação dos efeitos jurídicos das decisões tomadas no âmbito dos órgãos colegiados é necessária a viabilização da ação participativa comunitária na deliberação das políticas públicas, e que assim sirvam para o interesse social.

A partir do sentido dado aos colegiados, Berclaz (2013, p. 261) busca identificar esses instrumentos como expressões do pluralismo jurídico, evidenciando que a juridicidade pode ser

construída a partir das práticas sociais. A legitimidade do movimento do pluralismo jurídico em relação aos órgãos colegiados se verifica na medida em que se observa o direito não surge somente das instituições oficiais/tradicionais do Estado na definição das políticas públicas, mas também é verificada – mesmo que de maneira indireta – nos espaços em que há a participação, deliberação e controle da sociedade (BERCLAZ, 2013, p. 276).

Confere-se o alicerce material e formal do pluralismo jurídico aos órgãos colegiado devido por um lado, eles serem compostos por novos atores coletivos responsáveis pela deliberação das necessidades da sociedade. E, por outro lado, os órgãos colegiados são pautados pela ideia de repensar a esfera pública a partir da participação, pluralidade e descentralização que limite o poder Executivo, A análise sobre o papel dos colegiados a partir da doutrina do pluralismo jurídico sugere que eles funcionam como uma esfera pública institucionalizada para deliberações caracterizadas como atos administrativos qualificados de caráter especial, e que as decisões ali tomadas devem limitar o poder Executivo, inclusive a partir da possibilidade de atuação do Judiciário (BERCLAZ, 2013, p. 303-304).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo neste artigo foi refletir sobre o papel dos órgãos colegiados nacionais acerca de alguns pressupostos teóricos pertinentes a teoria crítica da democracia e do Direito. O argumento aqui posto é de que a luz da teoria crítica da democracia e do direito a redução da participação social nos órgãos colegiados nacionais e até mesmo a sua extinção como assevera o governo Bolsonaro por meio dos Decretos nº 9.759/2019, nº 9.806/2019 e nº 10.003/2019 e pela Medida Provisória nº 870/2019 é a ruína do potencial democrático destes colegiados.

A teoria crítica da democracia prega pela criação de canais alternativos de participação e de deliberação popular além dos mecanismos puramente eleitoral. A vertente da democracia deliberativa com destaque para os postulados teóricos de Nancy Fraser (1999) e Seyla Benhabib (2007) revelam o papel crucial dos órgãos colegiados nacionais no processo de aproximação da sociedade com o Estado.

De acordo com os aportes teóricos de Nancy Fraser observamos que os órgãos colegiados nacionais se colocam como um espaço institucionalizado para a expressão da pluralidade social se colocando como um lócus de debate que contempla diferentes discursos sobre um mesmo tema e está acessível a diferentes públicos. Essas características dos órgãos colegiados nacionais são reforçadas pela análise em torno do modelo democrático de Seyla Benhabib. Para que haja legitimidade democrática na tomada de decisões, deverá se priorizar um modelo deliberação coletiva e nesse quesito os órgãos colegiados nacionais se mostram entidade promissora no

cumprimento deste papel conforme os resultados ostentados pela literatura pertinente na análise dos órgãos colegiados como instrumentos necessários para a realização da aproximação da sociedade com Estado.

A aproximação da doutrina pluralismo jurídico em relação aos órgãos colegiados se verifica na medida em que se observa que a definição das políticas públicas não surge somente das instituições oficiais/tradicionais do Estado. Os órgãos colegiados, segundo Berclaz nacionais atuam como uma esfera pública institucionalizada para deliberações qualificadas como atos administrativos e que devem restringir o poder Executivo, provocando se necessário a atuação do Judiciário

Portanto, quando o governo Bolsonaro inicia o cerceamento da participação social nos órgãos colegiados nacionais e até mesmo a sua extinção por meio dos Decretos,. Tais atos corrompem a possibilidade de uma concepção plural na formulação de políticas públicas, na tomada de decisões e no controle social, assim extinguindo o viés de uma democracia participativa e deliberativa.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Adriana Marques. *Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT):* entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas. 279 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2016.

BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: Melo, Rúrion; Werle, Denilson (orgs.) *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

BENHABIB, Seyla. És la democràcia un dels drets humans? *L'Espill*, Valência, n. 34, p. 6-25, 2010.

BERCLAZ, Márcio Soares. *A natureza político-jurídica dos conselhos sociais no brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico*. 357 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2013.

BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.

BORDALO, Rodrigo. *Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília, DF, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341826697&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil*. In:

WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAGAS, Ana Maria de Resende [et al]. *A política de assistência e a participação social: o caso do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)*. Brasília, dezembro de 2003. 51 p. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2696/1/TD_1005.pdf. Acesso em: 28 jul. 2020.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justem Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público; 1).

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Ufpr, 2012.

FRASER, Nancy. Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente. In: Ecuador Debate. Opinión pública. CAAP, Quito, n. 46, p. 139-174, abr. 1999. Disponível em: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5760/1/RFLACSO-ED46-08-Fraser.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 128 p. (Coleção Questões da Nossa Época; v. 32).

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas: democracia, controle social e instituições*. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de informações básicas municipais: perfil dos municípios brasileiros*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf. Acesso em 28. jul. 2020.

IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. *Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas Brasil em Desenvolvimento*. v. 3. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_bd_vol3.pdf. Acesso em 28. jul. 2020.

IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. *O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente na Visão de seus Conselheiros*. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7688/1/RP_O%20Conselho_2012.pdf. Acesso em: 28 jul. 2020.

IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. *Colegiados Nacionais de Políticas Públicas em Contexto de Mudanças: Equipes de apoio e estratégias de sobrevivência*. 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8112/1/td_2340.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

KOZICKI, Katya. Democracia Deliberativa: A Recuperação do Componente Moral na Esfera Pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dec. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LEMOS, Marco Aurélio Cirilo. *Análise das determinantes para as efetividades da Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica*. 202 f., Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2020.

LIMA, Paula Pompeu Fiuza [et al]. *Texto para discussão*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1951.pdf. Acesso em 28.07.2020.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

PIMENTA, Fabrícia Faleiros. *Políticas feministas e os feminismos na política: o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985-2005)*. 312 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília (UNB). Brasília, 2010.

RIBAS, João André Nascimento; MEZA, Maria Lucia Figueiredo Gomes de. Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas: espaços de consolidação da administração pública societal?. *Administração Pública e Gestão Social*, p. 45-54, 1 jan. 2018. Trimestral. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21118/apgs.v10i1.1492>. Acesso em: 28 jul. 2020.

RIBEIRO, Antônio Carlos. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Interseções*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 408-425, dez. 2010.

RUBIO, David Sánchez. *Pluralismo jurídico e emancipação social*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 679 p. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos; 1).

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Thalita Vitoria Castelo Branco Nunes. *O Conselho Nacional de Direitos Humanos como instrumento de fortalecimento da democracia no Brasil (2009/2012)*. 315 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Paraíba (UFPB). João Pessoa, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*. 2. ed. Tradução e estudo preliminar de David Sanchés Rubio. Madrid: Dykinson, S.L.,

2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Seqüência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.