

# **INOVAÇÃO E PRODUÇÃO DE DIREITO**

## CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

**ORGANIZADORES**

EDGAR FUENTES CONTRERAS

KLEVER FILPO

MONIQUE FALCÃO LIMA

# **INOVAÇÃO E PRODUÇÃO DE DIREITO**



**GRUPO MULTIFOCO**

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Edgar Fuentes Contreras, Klever Filpo e Monique Falcão Lima (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

## GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Inovação e produção do direito

FUENTES CONTRERAS, Edgar

FILPO, Klever

LIMA, Monique Falcão

1ª Edição

Setembro de 2018

ISBN: 978-85-8273-543-5

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

I35

Inovação e produção de direito / organizadores  
Edgar Fuentes Contreras, Klever Filpo, Monique  
Falcão Lima. – Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.  
542 p. ; 21 cm.

ISBN 978-85-8273-543-5

1. Direito. 2. Direito – Aspectos sociais. I.  
Contreras, Edgar Fuentes. II. Filpo, Klever. III. Lima,  
Monique Falcão.

CDD 340

# Sumário

Conselho científico do <b>CAED-JUS</b> .....	<b>11</b>
Sobre o <b>CAED-JUS</b> .....	<b>13</b>
O gênero <i>transita</i> : uma leitura da transexualidade a partir dos estudos de Foucault e Butler .....	17
<i>Marina Silveira</i>	
A teoria egológica de Carlos Cossio e sua contribuição para o estudo dos direitos trabalhistas.....	31
<i>Lis Mattos Alves</i>	
Notas sobre a teoria de Robert Alexy .....	49
<i>Alessandra Bentes Teixeira Vivas e Mônica Micaela de Paula</i>	
Direito e a genealogia do Estado de exceção em Agamben .....	63
<i>Daniel Machado Gomes, Filipe Bernardo da Silva e Tiago da Silva Cicilio</i>	
Reflexões sobre o acesso à justiça após lei nº 13.467/2017 .....	81
<i>Vanessa Dias de Oliveira</i>	

**O tenentismo judicial: a insurgência do  
merecimento..... 99**

*Alan Felipe de Oliveira Chagas e Aloán Rosário de Oliveira*

**O papel das normas legais para a transformação  
social: revisitando a teoria da tridimensionalidade  
do direito..... 113**

*Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo*

**A culpabilidade brasileira: uma análise da violência no  
Brasil a partir do pensamento de Karl Jaspers.....135**

*André Gualtieri de Oliveira*

**Notas sobre a relação jurídico-tributária no Brasil  
e o código de defesa dos contribuintes.....153**

*Telson Pires*

**La dicotomía sistema/entorno, desde una perspectiva  
multidisciplinaria, como método de asimilación de la  
ciencia jurídica .....163**

*Edgar Hernán Fuentes Contreras e Luz Eliyer Cárdenas Contreras*

**Mulheres na diplomacia brasileira: breves  
comentários teóricos..... 189**

*Gabriela Soares Balestero*

**O Processo Constituinte Brasileiro sob a  
Perspectiva da Teoria da Democracia  
Procedimental e Participativa ..... 211**

*Aimée Schneider Duarte*

**Confiabilidade e transdisciplinariedade  
em pesquisa jurídica: reflexões e desafios**

metodológicos na pesquisa de mestrado em direito .....	231
<i>Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel</i>	
A oratória forense na “apologia de Sócrates”, de Platão.....	247
<i>Gustavo Oliveira Donato Fernandes</i>	
Experiências empíricas e apontamentos sobre direito e interdisciplinaridade .....	267
<i>Klever Paulo Leal Filpo</i>	
Direito e representações das identidades no método crítico cultural .....	283
<i>Antonio Cláudio da Silva Neto e Michele da Silva Conceição</i>	
As criptomoedas e os desafios regulatórios e fiscais .....	297
<i>Diogo de Castro Ferreira</i>	
O sopesamento da palavra da vítima com a do arguido em crimes sexuais .....	315
<i>Alcides Marques Porto Pacheco e Julio Mariano Fernandes Praseres</i>	
Efetivação do direito à moradia adequada e da inclusão social como ferramentas para o desenvolvimento econômico .....	335
<i>Iasmim Barbosa Araújo</i>	
Necessidade da descriminalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro: breve análise a partir da obra “as intermitências da morte” .....	351
<i>Iasmim Barbosa Araújo e Pedro Higor Silva Oliveira</i>	

O meio ambiente enquanto sujeito  
de direitos: possibilidade constitucional ou vazio  
hermenêutico? ..... 367

*Elson Pereira de Oliveira Bastos e Jaime Leônidas Miranda Alves*

A tecnologia blockchain e seus impactos no mundo  
jurídico ..... 387

*Guilherme Mesquita Estêves*

A relação entre os princípios da razoabilidade  
e da proporcionalidade e a postura criativa no  
âmbito jurisdicional ..... 407

*Thomaz Muylaert de Carvalho Britto*

Eugenesia: la técnica del embrión de los  
tres padres ..... 423

*Ana Claudia Moreira Miguel Philippini e Renato Augusto de Alcântara  
Philippini*

O método de triagem das doações  
sanguíneas dos indivíduos homossexuais do sexo  
masculino: reflexão do preconceito existente na  
sociedade contemporânea à luz dos princípios  
constitucionais da igualdade e da dignidade da  
pessoa humana ..... 441

*Júlia Bezan Campos e Laís de Oliveira Pimentel*

O não acesso das mulheres aos cargos de alta  
gestão nas sociedades empresárias: as capacidades  
não desenvolvidas ..... 461

*Maiara Couto Barreto e Maria Luiza Firmiano Teixeira*

Transgêneros, a nova concepção de direitos humanos, e o direito a alteração do nome nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro .... 483

*Glauco Eduardo Salles dos Santos*

Reflexões acerca dos limites do campo jurídico no combate à homofobia ..... 505

*Rafael Carrano Lelis*

Pessoas transgênero e a divisão sexual do trabalho sob a perspectiva da diversidade sexual: um caminho ou uma exclusão? ..... 525

*Sandra Maria Besso e Gabriel Schütz*



# Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Fuentes Contreras (UTADEO, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -  
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,  
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia](#), Itália)

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

## Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

# **TEORIA E EMPIRIA**



# O gênero *transita*: uma leitura da transexualidade a partir dos estudos de Foucault e Butler

*Marina Silveira*

## Introdução

Diante do contexto de uma sociedade predominantemente patriarcal, machista e sexista (PISCITELLI, 2009), que situa aqueles que não se classificam na bipolaridade à margem da própria sociedade é que a abordagem de gênero merece destaque.

O gênero é concebido a partir de ordens discursivas que se traçam com base nas relações de poder, esse fato influencia na determinação de um mundo binário que, por meio de técnicas da normalização, acabam limitando os espaços de constituição identitária dos sujeitos humanos. Assim, a partir da concepção desses discursos, só são considerados como sujeitos, diferenciados entre homens e mulheres, aqueles que são sexualmente categorizados (macho ou fêmea) e são taxados com as características designadas como femininas e masculinas. Dessa

forma, tudo o que foge a essa regra, acaba sendo considerado como marginal e desprezível, e nesse contexto que se inserem os destinos dos homens e mulheres transexuais.

É a partir do discurso de uma ordem normativa de matriz binária heterossexual, concebida a partir da concepção de sexo-gênero, que funciona como um sistema regulador da sexualidade e da subjetividade que é possível identificar a problemática da insuficiência da categorização sexual. Isso ocorre principalmente ao analisar as pessoas transexuais, pois essas ao não se enquadrarem na concepção binária acabam não tendo sua dignidade preservada, sendo consideradas como abjetas e consequentemente incluídas nos território dos anormais.

Diante do cenário apresentado, o presente artigo pretende fazer uma análise do instituto da transexualidade no contexto da ordem da heteronormatividade, através dos mecanismos do discurso e do poder, a partir da intertextualidade e revisão bibliográfica dos estudos da sexualidade e gênero abordados por Michel Foucault e Judith Butler.

## 1. A transexualidade analisada sob a perspectiva do discurso

A transexualidade é um fenômeno complexo que consensualmente é caracterizado pela incoerência entre sexo e gênero. Sendo que o que define a transexualidade é uma concepção normativa seja dos sistemas de “sexo-gênero”, seja do dispositivo “diferença sexual”. Ambas estão fundadas em uma matriz binária heterossexual que se converte em um sistema regulador da sexualidade e da subjetividade (ARÁN, 2006).

Nessa linha de pensamento, gêneros compreensíveis seriam aqueles em que há uma continuidade entre sexo, gênero, práticas sexuais e desejos, em que a identidade é identificada e adquire efeito de substância. Todos aqueles casos em que

há uma descontinuidade e incoerência acabam por ser serem considerados como uma patologia, tendo em vista o sistema normativo. Nesse sentido, “certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural” (BUTLER, 2003, p. 39).

Em regra, utiliza-se da hipótese de que o sexo é algo definido pela natureza, é um dado natural, a-histórico, fundamentado no corpo orgânico, biológico e genético, e de que o gênero é algo que se adquire por meio da cultura, da construção histórica e social. Essa compreensão, por um lado determinista e, por outro, construtiva, restringe em muito a possibilidade de compreensão da transexualidade (ARÁN, 2006).

Esse pensamento já é bastante debatido por autores como Michel Foucault e Judith Butler. De acordo com Foucault (1990) o dispositivo da sexualidade na modernidade só pode ser compreendido por meio dos mecanismos de poder e saber que lhes são intrínsecos, porque é a partir da imposição dos pontos de vista sobre os demais que se consegue imprimir o significado que é dado as coisas. Nesse sentido ao se referir a sexualidade deve-se também se referir à produção dos saberes que a constituem, aos sistemas de poder que regulam suas práticas e às formas pelas quais os indivíduos podem e devem se reconhecer como sujeitos sexuados. Logo, os saberes são impregnados de poder e a verdade é estabelecida entre técnicas de saber e poder.

Foucault utiliza o termo “dispositivo” para designar os operadores materiais do poder, ou seja, as técnicas, as estratégias e as formas de sujeição. Insta salientar que a concepção foucaultiana do poder considera que este não atua simplesmente oprimindo ou dominando as subjetividades, mas opera de forma imediata na sua construção. Dessa forma, o caráter formativo e produtivo do poder está vinculado aos mecanismos de regulação e pela produção da sujeição

(ARÁN, 2006). Ou seja, para Foucault (1990), poder disciplinar e biopoder têm como propósito controlar e modificar os processos de vida, ações que podem ser encontradas no processo transexualizador.

Nota-se então que de acordo com o filósofo francês, dispositivos são “um conjunto heterogêneo de práticas discursivas e não discursivas que possuem uma função estratégica de dominação. O poder disciplinar obtém sua eficácia da associação entre discursos teóricos e práticos” (FOUCAULT, 1990). Os dispositivos são, assim, a rede que se pode estabelecer entre “discursos, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas” (FOUCAULT, 1990) que capturam indivíduos, assujeitando-os como determinados tipos de sujeitos.

Segundo Foucault, foi por meio de um dispositivo de controle de corpos articulados por diversas estratégias que surgiu uma sexualidade, sendo que essa sexualidade serviu de fundamento para discursos e práticas regulatórias que produziram os próprios sujeitos e uma hierarquização entre eles.

Na sua importante obra *História da Sexualidade I – A Vontade de Saber*, demonstrou como as relações de poder tramadas entre as distintas discursividades sobre o sexo produziram os saberes, instituídos como verdades, e as subjetividades ao longo da história das sociedades (FOUCAULT, 1990). Nesse sentido, o discurso que recebe o valor de verdadeiro é aquele que se sobrepõe sobre os outros, de tal forma que estes sejam considerados falsos, instaurando, através disso, uma ordem. É a ordem do discurso que impõe o critério normativo que engendra as significações, ou seja, é a articulação dominante de forças que sujeita outros saberes. A partir das práticas do discurso e das relações de saber-poder

intenta-se a produção de corpos dóceis, úteis e governáveis (FOUCAULT, 2007). A respeito disso expressa:

Em toda sociedade, a produção do discurso é controlada, sancionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que tem como função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatórios, esquivar sua pesada e terrível materialidade (FOUCAULT, 1990, p. 8 e 9).

Nota-se que na referida obra, o filósofo francês (1990) observa a inserção da sexualidade dentro da economia do saber como estratégia de poder e demonstra como o poder opera na constituição da própria materialidade do sujeito através do instituto da normatividade. Esta atua como ideal regulador, estabelecendo fronteiras entre determinadas práticas tidas como inteligíveis e reconhecíveis e outras consideradas inteligíveis e abjetas, as quais constituem o território dos anormais (FOUCAULT, 2001), nesse contexto é possível incluir as pessoas transexuais.

Nesse sentido a produção do sujeito através da subjetivação ocorre por meio dos diversos lineamentos que contribuem para a criação de corporeidades e de movimentos desejanter. Com muita frequência reproduzem os modelos previamente dados pelas instâncias de saber-poder de produção e manutenção da ordem estabelecida, efetivando-se através do exercício realizado pela subjetivação normatizadora, responsável pela criação das identidades fixas, dos papéis sociais e sexuais bem definidos, da heteronormatividade, dos determinantes binários dos sexos e dos gêneros, dos discursos acéticos e dos corpos úteis, dóceis e disciplinados (PERES, 2011).

Assim gênero não é uma construção social imposta a uma matéria anteriormente estabelecida (o sexo), mas sim um efeito

performático que possibilita a constituição e o reconhecimento de uma trajetória sexuada, a qual adquire uma estabilidade em função da repetição e da reiteração de normas. Dessa forma, é importante pensar através de que normas reguladoras se materializam os sistemas “sexo-gênero” (BUTLER, 2002, p. 18).

De acordo com esse entendimento, os efeitos de gênero, ou mesmo de corpos, entendidos como produção de subjetividades, emergem na modernidade através da reiteração da matriz heterossexual. A força da normatização se dá justamente pelo recalque, pelo repúdio ou mesmo pela conclusão de que este território deve permanecer inteligível, fora das possibilidades de reconhecimento e de simbolização (ARÁN, 2006).

Conforme verificou Butler (2003; 2004; 2010), é a imposição de um mundo eminentemente heterossexual, através de inúmeras técnicas de normalização, a grande responsável pela legitimação da distribuição dos papéis de homens e mulheres como decorrentes de categorias como macho e fêmea. Nessa circunstância, a verdade do sexo, do gênero e da sexualidade se ancora em uma ordem discursiva, historicamente localizada, que determina os sentidos do natural.

## 2. A heteronormatividade e a transição do gênero

A heteronormatividade expressa as perspectivas que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade, implicando na ideia de que a heterossexualidade é compulsória. Dessa forma, a heteronormatividade é uma denominação contemporânea para o dispositivo histórico da sexualidade que evidencia seu objetivo primordial de determinar que todos sejam heterossexuais, tendo em vista que esse seria o modelo supostamente coerente, superior e natural.

A crítica à heteronormatividade exigiu trazer os silêncios como constitutivos das relações de poder, incitando análises críticas na vertente da análise do discurso foucaultiana que ao invés de focar em seus conteúdos – que seriam marcados pelo jogo do verdadeiro e do falso – focam nos próprios discursos como elementos ativos em estratégias de poder, em relações que podem ser instabilizadas. Dessa forma, o trajeto político queer busca trazer à esfera da crítica as normas prescritas, mesmo que frequentemente de forma não-explicitada, mas que marcam a constituição de regimes de verdade com seus valores e moralidades próprias (MISKOLCI, 2011).

Segundo afirma Souza (2015) para Judith Butler (2000; 2003), a heterossexualidade como matriz de significação de corpos, gêneros e desejos realiza um movimento duplo, em que produz os corpos que podem ser considerados sujeitos, como o que também não o são. Para a autora essa construção exige a identificação sexuada e a coerência sexo-gênero-sexualidade para que a inteligibilidade social aconteça. Isso significa que sujeitos inteligíveis são aqueles que ocupam lugar na ordem do discurso, ou seja, homens e mulheres biológicos que performatizam suas identidades em consonância com os estereótipos de gênero, e que direcionam seu desejo uns para os outros. Aqueles que fogem desses padrões, não são considerados sujeitos, fato que lhes reservam lugares nas zonas inóspitas e inabitáveis da vida social onde estão sujeitos a violências diversas. Essas violências retroalimentam um mundo heterossexual e heterossexista, porque punem os dissidentes e reforçam as técnicas de normalização. Para Judith Butler:

[...] [a matriz heterossexual consista na] grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros e desejos são naturalizados [...] [essa matriz é caracterizada por um] modelo discursivo/epistemo-

lógico hegemônico da inteligibilidade do gênero, o qual presume que para os corpos serem coerentes e fazerem sentido (masculino expressa macho, feminino expressa fêmea), é necessário haver um sexo estável, expresso por um gênero estável, que é definido oposicional e hierarquicamente por meio da prática compulsória da heterossexualidade (BUTLER, 2003, p. 215-216).

Com isso é possível notar que a partir de uma matriz heterossexual é estabelecido posições que são consideradas legítimas. Todo o restante acaba tornando-se incompreensível caso não corresponda a este sistema binário hierárquico, e permanece como um excesso impossível de ser inserido no âmbito simbólico. Nesse sentido, aquilo que não é possível de ser simbolizado será estabelecido por uma violenta operação de exclusão (ARÁN, 2006).

Desta feita, a simplicidade binária que se baseia apenas em “feminino-mulher-vagina” versus “masculino-homem-pênis” cega a sociedade e coloca limites na visão social para qualquer coisa que extrapole esse sistema e essa lógica colocada como dogma sexual. Assim, a partir do reconhecimento de algo além do sistema binário, a sociedade se confunde e se perde, chegando a uma conclusão de que ser homem ou mulher não é tão simples ou tão reduzido à padronização pelo nascimento com pênis ou vagina (GROSSI, 2012). Segundo Butler:

Esta matriz excludente pela qual os sujeitos são formados exige, pois, a produção simultânea de um domínio de seres abjetos, aqueles que ainda não são sujeitos, mas que formam o exterior constitutivo relativamente ao domínio do sujeito. O abjeto designa aqui precisamente aquelas zonas inóspitas e inabitá-

veis da vida social, que são, não obstante, densamente povoadas por aqueles que não gozam do status de sujeito, mas cujo habitar sob o signo do inabitável é necessário para que o domínio do sujeito seja circunscrito (BUTLER, 2000, p. 155)

Essa matriz heterossexual investe, por intermédio de redes de saber-poder-controle, tanto sobre os corpos construídos no interior da norma, quanto naqueles fabricados em seu exterior. Entretanto, é na própria demarcação da norma regulatória que surgem possibilidades de escape e de (re)materialização dos corpos, sexos, gêneros e desejos (BUTLER, 2000). Nesse ínterim resta a explanação:

[...] o sexo é produzido e, ao mesmo tempo, desestabilizado no curso dessa reiteração. Como um efeito sedimentado de uma prática reiterativa ou ritual, o sexo adquire seu efeito naturalizado e [sic] contudo, é também, em virtude dessa reiteração, que fossos e fissuras são abertos, fossos e fissuras que podem ser vistos como as instabilidades constitutivas dessas construções, como aquilo que escapa ou excede a norma, como aquilo que não pode ser totalmente definido ou fixado pelo trabalho repetitivo daquela norma. Esta instabilidade é a possibilidade desconstitutiva no próprio processo de repetição, o poder que desfaz os próprios efeitos pelos quais o sexo é estabilizado, a possibilidade de colocar a consolidação das normas do sexo em uma crise potencialmente produtiva (BUTLER, 2000, p. 163-164).

Nessa perspectiva acontecem as performances subversivas de gênero, em que está incluída a experiência da transexuali-

dade, que por se apresentar na ambigüidade, acaba afrontando as fronteiras do sistema binário, desestabilizando algumas das certezas produzidas pelas redes de poder-saber-controle, em especial, naquilo que se refere à diferença sexual e à prática heterossexual naturalizada (SANTOS, 2015).

Essa experiência da transexualidade parece apresentar sentido apenas quando é pensada para fora dos padrões binários, uma vez que os processos de construção dos corpos, gêneros e desejos de transexuais propõem uma desordenação do mundo generificado, ao serem delimitados como corpos abjetos, versando dessa maneira sobre sua própria humanidade (SANTOS, 2015). Para Butler:

Nós vemos isso mais claramente nos exemplos daqueles seres abjetos que não parecem apropriadamente generificados; é a sua própria humanidade que se torna questionada. Na verdade, a construção do gênero atua através de meios excludentes, de forma que o humano é não apenas produzido sobre e contra o inumano, mas através de um conjunto de exclusões de apagamentos radicais, os quais, estritamente falando, recusam a possibilidade de articulação cultural. Portanto, não é suficiente afirmar que os sujeitos humanos são construídos, pois a construção do humano é uma operação diferencial que produz o mais e o menos humano, o inumano, o humanamente impensável. Esses locais excluídos vêm a limitar o humano com seu exterior constitutivo, e a assombrar aquelas fronteiras com a persistente possibilidade de sua perturbação e rearticulação (BUTLER, 2000, p. 161).

Assim, as experiências transexuais, por estarem localizadas na fronteira, no ambíguo e “entre” os gêneros e os cor-

pos possíveis e viáveis, são consideradas como inteligíveis. A partir dessas idéias, Butler (2000, 2003, 2004) propõe que o gênero seja pensado em contornos menos delineados, normativos e definidos. Nesse ínterim, para a autora, o gênero é na verdade, performativo. É a interpretação dos discursos que possibilita que as estilísticas dêem vida e forma ao corpo e à identidade. Assim, nada impede que outras interpretações possam surgir, como acontece com as pessoas trans, ou as identidades que não encontram lugar no sistema binário.

Isto posto, ponderar o gênero performativo possibilita pensá-lo menos como essência, e mais como trânsito. Assim, quando é expresso a máxima de Beauvoir (2000) “não se nasce mulher, torna-se”, o gênero é afirmado como um tornar-se, não parece dizer que ele já se tornou, na verdade, como adverte Salih (2015), ele é um eterno torna-se, nunca cessa e se esgota.

## Conclusão

Diante de todo o exposto, nota-se que os dispositivos da sexualidade são delimitados na modernidade a partir da normatização através dos discursos dos sistemas normativos de sexo-gênero, por meio da heteronormatividade e da naturalização do sujeito. Nesse sentido a transexualidade será sempre excluída das possibilidades subjetivas que são consideradas normais e legítimas.

Por esse motivo a importância da presente análise para demonstrar a necessidade de abalar essas fronteiras excessivamente rígidas e fixas de gênero, tais como as do simbólico e das estruturas de poder, para que assim a transexualidade possa habitar o mundo viável da sexuação e sair do espectro da abjeção.

Nesse sentido, um olhar queer sobre a transexualidade implica um rompimento com a lógica binária de percepção

da sexualidade. Dessa maneira na linha de pensamento foucaultiana, seria um passo na desconstrução discursiva sobre si e, conseqüentemente, na recusa a qualquer forma de normalização, buscando uma aceitação social da pessoa transexual.

## Referências

ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Ágora (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 49-63, June 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151614982006000100004&lng=en&nr-m=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151614982006000100004&lng=en&nr-m=iso)>. Acesso em 22 ago. 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**. Sexualidade e gênero na experiência transexual. – Rio de Janeiro: Gramond, 2006.

\_\_\_\_\_. **O que é a transexualidade**. São Paulo: Brasiliense. 2008.

BUTLER, Judith. Corpos que pensam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, Guacira (org). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 151-172.

\_\_\_\_\_. **Cuerpos que importan: Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”**. Buenos Aires: Paidós. 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão de identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Undoing Gender**. New York: Routledge, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1993. (Original publicado em 1990).

\_\_\_\_\_. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GROSSI, Naiara S. Lua e Estrelas: a transexualidade analisada por uma perspectiva de desconstrução do gênero. In MARCHETTO, Patricia Borba et al. **Temas fundamentais de direito e bioética**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Pro-Posições**, v. 19, n. 2 (56), maio/ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Um corpo estranho: ensaios sobre a sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

MISKOLCI, Richard. Não ao sexo rei: da estética da existência foucaultiana à política queer. In: SOUZA, Luís Antonio Francisco; SABATINE, Thiago Freitas; MAGALHÃES, Bóris Ribeiro (Orgs.). **Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

PERES, William Siqueira. Travestis: corpos nômades, sexualidades múltiplas e direitos políticos. In: SOUZA, Luís Antonio Francisco; SABATINE, Thiago Freitas; MAGALHÃES, Bóris Ribeiro (orgs.). **Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

- PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, H. B. (Org.); SZWAKI, J. E. (Org.). **Diferenças, Igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009 – (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais), p.116-149.
- SALIH, Sarah. **Judith butler e a teoria queer**. 1. ed. 2. reimpr. trad. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- SANTOS, Dayana Brunetto Carlin dos. A biopolítica educacional e o governo de corpos transexuais e travestis. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v. 45, n. 157, p. 630-651, Sept. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010015742015000300630&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742015000300630&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 03 set. 2017.
- SOUSA, Tuanny Soeiro. Justiça?! O nome, o sexo e a liberdade trans. In: **Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica** [Recurso eletrônico on-line] CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (org.); GONÇALVES, B.; FERNANDES, A.; COSTA, I. G.; SARTORI, V. B. (coords.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

# A teoria egológica de Carlos Cossio e sua contribuição para o estudo dos direitos trabalhistas

*Lis Mattos Alves*

## Introdução

Em busca de uma transformação da concepção normativista do direito, Carlos Cossio (1903-197) desenvolveu a Teoria Egológica do Direito, a qual aborda de forma humanista o direito enquanto conduta, evidenciando a liberdade através do seu intersubjetivismo, delineando algumas bases para a interpretação e valorização jurídica.

O egologismo de Cossio possui raízes nos pensamentos de Husserl, através da concepção de fenomenologia, do existencialismo de Heidegger, e ainda da teoria dos valores e da teoria pura do direito de Kelsen, sendo explicado através da referência do Direito enquanto um fenômeno incorporado na vida do ego, decorrente de relações entre diversos sujeitos sociais.

Cossio, em suas obras, demonstra a preocupação de uma busca por aplicação social e adequado do Direito através de uma interação entre seus valores pessoais, os valores do Direito – que seriam segundo sua concepção, a justiça, a solidariedade, a paz, o poder, a segurança e a ordem, e os anseios da sociedade.

Desta maneira, inicialmente o artigo contextualizará, a vida de Carlos Cossio, seu pensamento filosófico dando enfoque para a teoria egológica, para ao final, demonstrar a importância e contribuição do egologismo no estudo dos direitos trabalhistas.

## 1. A vida de Carlos Cossio

Carlo Cossio nasceu em San Miguel de Tucumán, Argentina, no dia 03 de Fevereiro de 1903, onde viveu até a conclusão dos estudos secundários, se deslocando para Buenos Aires para estudar na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

Como estudante da Faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires, Carlos Cossio aderiu ao movimento reformista, sendo um dos líderes do Centro de Estudantes. Em 1927, publicou sua tese de doutorado, que teve como tema “A Reforma Universitária ou o Problema da Nova Geração”.

Nos anos de 1934 a 1948 ensinou na Universidade Nacional de La Plata, e passou a desenvolver a Teoria Ecológica do Direito. Em 1948 teve acesso à cátedra de Filosofia do Direito na Universidade de Buenos Aires, onde terminou de definir sua concepção do Direito.

Em 1956, Carlos Cossio foi destituído do seu emprego e cargo pelo governo militar em razão dos laços que mantinha com o peronismo, sendo reincorporado apenas em 1974.

Durante a ditadura militar argentina, entre os anos de 1976 a 1983, Carlos Cossio difundiu os ideais da Reforma

Universitária, vindo a falecer em 24 de agosto de 1987, em Buenos Aires, Argentina.

Por fim, ressalta-se que Carlos Cossio é autor de diversas obras científicas, dentre as quais se destacam: *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho* (1941), *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de la Libertad* (1944), *El Concepto Puro de la Revolución* (1936), *El Fundamento Filosófico de los Métodos Interpretativos* (1940), e *El principio en la axiología ecológica* (1947).

## 2. O pensamento de Carlos Cossio

Para compreender o pensamento de Carlos Cossio é imperioso esclarecer, de início, que sua teoria foi desenvolvida através do conceito de fenomenologia de Husserl, que consiste em um método de investigação com propósito de apreender o fenômeno indo ao encontro das coisas em si mesmas. De forma mais clara elucida o professor Dante Augusto Galeffi (2000, p. 14):

[...] a fenomenologia é um método, o que significa dizer que ela é o “caminho” da crítica do conhecimento universal das essências. Assim, para Husserl, a fenomenologia é o “caminho” (método) que tem por “meta” a constituição da ciência da essência do conhecimento ou doutrina universal das ciências.

Ademais, a fenomenologia pode ser compreendida também como um método filosófico destinado a obter o *eidós*, a essência pura do objeto estudado.

Destarte, a abordagem fenomenológica da experiência vê o Direito por meio de uma percepção da essência dos fenômenos

jurídicos, isto é, revelando essências provenientes de atos sociais e da estrutura normativa que disciplina os acontecimentos.

A partir daí, Cossio passa a refletir sobre a essência do Direito, chegando à conclusão de que o Direito não pode ser compreendido apenas enquanto norma, mas a princípio como conduta humana, vez que ali está a sua essência.

Em sua obra, *La valorización jurídica e la ciencia del derecho*, Cossio defende que a valorização jurídica é o método dogmático ideal para a interpretação judicial da lei, assim, a verdade jurídica seria encontrada através do método que mostre ao jurista maiores argumentos para a causa (verdade) que defende.

Dessa forma, o fenômeno jurídico não é visto por Cossio somente como uma norma, como defendia Kelsen, mas também como conduta, a ser interpretada como direito e como relações humanas.

Além disso, Cossio destaca que a conduta humana enquanto fenômeno jurídico deve ser analisada em determinado contexto temporal, haja vista que diante da finitude temporal, os valores atinentes a cada época histórica não são imutáveis, pelo contrário, são maleáveis de acordo com a realidade humana.

Sob o ponto de vista metodológico, Carlos Cossio (1954, p. 9) cita os ensinamentos de Kelsen, reafirmando a existência de três eixos para entender o problema, quais sejam: a dogmática jurídica, a lógica jurídica e a estimativa jurídica, concluindo que esses três eixos incidem sobre o fenômeno positivo do direito, afirmando que:

A esta altura nos parece necessário recalcar que estas três coordenadas incidem sobre el fenómeno positivo del Derecho em su teorización. No se trata del ideal jurídico ni de la sociología jurídica, sino de la ciencia del Derecho; son três territorios independientes e inequívocos que se fundamentan del siguiente

modo: mientras la sociología jurídica considera el deber ser de la conducta em tanto es um deber ser, la ciência del Derecho considera el ser de la conducta em tanto es um deber ser. Y sólo com aquella triple perspectiva que comprende la Dogmática jurídica, la Lógica práctica y la Estimativa positiva podremos realizar este programa de posesionarmos del tercer território. La tarea de um jurista em nuestra época consiste, precisamente, em trabajar com estos três elementos dándole a cada uno la participación que le corresponde por su naturaliza; y la concepción actual de la ciência del Derecho depende, no tanto de la beligerância que a cada uno ya se le há reconocido em los âmbitos estudiosos por la fuerza de las circunstancias, sino de la posición respectiva que cada uno ocupa y del papel que cada uno juega em el objeto unitário que ellos três reconstituyen al sintetizarse.

Assim, a partir dos conceitos trazidos por Kelsen, Cossio conclui que a tarefa de um jurista ao estudar o direito consiste em trabalhar com esses três eixos, fazendo com que cada tenha uma participação correspondente à sua natureza.

Então, partindo do pressuposto de que o direito não consiste em enunciar verdades, pois o direito simplesmente imputa um ato como consequência de outro ato antecedente, Cossio trata de seis erros metodológicos possíveis e frequentes na ciência do direito. Quais sejam:

ERRORES METODOLÓGICOS

Tratando como:	Casos
lógica jurídica	{ el contenido dogmático: 1
	{ la valoración jurídica: 2
experiencia contingente	{ la estructura lógica: 3
	{ la valoración jurídica: 4
experiencia necesaria	{ la estructura lógica: 5
	{ el contenido dogmático: 6

O erro da lógica jurídica como: a) conteúdo dogmático, consiste no excesso de formalismo dos juristas que tomam os conceitos legais em toda sua extensão lógica pelo fato da lei os enunciarem necessariamente dessa maneira, trazendo todas as suas consequências e crendo que estas possibilidades são a realidade jurídica que deve ser, isto é, há uma confusão entre possibilidade e realidade; b) valorização jurídica, vê a lei como um ideal jurídico, ou seja, acredita-se que o valor ideal é aquele que se realizam os atos.

O erro da experiência contingente como: a) estrutura lógica, enxerga que os dados de uma determinada realidade jurídica são todas as possibilidades de sua estrutura; b) valorização jurídica, entende que a existência de um dado basta para justificar seu valor.

O erro da experiência necessária como: a) estrutura lógica, ocorre quando elabora-se uma noção de direito subjetivo como uma realidade que não constitui um objeto de imputação de conhecimento; b) conteúdo dogmático, ocorre quando acredita-se que o valor que se realiza os atos é um valor ideal.

Nesta senda, Carlos Cossio (1954, p. 122-123) chega às seguintes conclusões:

1º) La decisión judicial en el derecho legislado no puede alterar la calidad contenida en la ley: cuando ésta dice mamífero, no se puede entregar un pájaro. En este sentido la ley se refiere a los casos que comprende.

2º) la cantidad lógica no está determinada, de modo que cualquier especie, en su carácter de parte respecto del todo genérico, puede ser lógicamente escogida sin alterar la calidad. En este sentido la ley está referida a los casos por el juez, como sucede en los cambios de jurisprudencia en que casos antes comprendidos quedan excluidos o viceversa.

3º) La elección de la especie por el Juez es una operación lógica respecto del contorno externo o límite del concepto jurídico-legal, es decir, respecto de lo que él no abarca; pero es un acto de voluntad respecto de lo que abarca o comprende.

4º) La elección legítima es una cosa diferente de la elección correcta. La esfera de corrección es un pequeño círculo dentro de la esfera de legitimidad.

5º) La elección correcta es aquella que escoge la especie que realiza la valoración jurídica, lo cual es ajeno a las pretensiones de los litigantes.

6º) La corrección de la elección no le quita a ésta su carácter de acto de voluntad judicial, pues cualquier elección es siempre in acto de voluntad y aquella corrección sólo se refiere al fundamento del acto.

7º) Este fundamento, referido a lo que el concepto jurídico comprende dentro de su contorno, siempre

es estimativo, a este respecto, la diferencia entre la elección correcta y las incorrectas consiste en que aquélla se determina por la valoración jurídica, es decir por el orden, la seguridad, la justicia, etc., en tanto que éstas se determinan por valoraciones de diferentes contenidos (intereses, sentimientos de tipo personal, creencias, convicciones de clase, e.g.).

8º) La valoración jurídica, en cuanto fundamento de la elección correcta, es una realidad subjetiva porque es la lealtad, en la conciencia, de un sentido (de orden, de seguridad, etc.) vivido por el Juez y no una realidad de otra especie.

9º) Esto no obstante la corrección de la elección, y con ella el valor objetivo de la valoración, se verifica en la experiencia jurídica porque allí aparece su efecto, es decir, porque allí aparece con ella el orden o el desorden, la seguridad o la inseguridad, etc., como un dato estimativo que es un modo de vida real.

Sendo assim, para um bom pesquisador e jurista, não basta apenas enxergar o direito como norma, mas, segundo Cossio a verdade jurídica e da pesquisa a ser realizada será atingida através da interpretação da conduta humana enquanto fenômeno jurídico constante e inevitável em cada caso judicial (COSSIO, 1954, p. 132).

### 3. A teoria egológica

Para compreender a teoria egológica de Carlos Cossio, cumpre, inicialmente, esclarecer o seu significado. A palavra egologia tem sua formação axiológica constituída pelas palavras *ego* (eu) e *logos* (conhecimento).

Assim, a nomenclatura da teoria de Cossio tem a finalidade de remeter que o objeto do conhecimento é o próprio sujeito em uma visão fenomenológica e existencialista. Em outras palavras, Carlos Cossio vê o Direito enquanto um fenômeno incorporado na vida do ego, decorrente de relações entre diversos sujeitos sociais.

Além disso, segundo a teoria egológica do Direito desenvolvida por Carlos Cossio, o objeto do Direito seria a conduta humana em interferência intersubjetiva, e não apenas a norma em si, como antedito, e defendido por Kelsen.

Aqui, o conhecimento jurídico é, logicamente, visto como um conhecimento normativo. Entretanto, isso não quer dizer egológica, que o objeto do conhecimento jurídico seja apenas a norma, mas que através da conceituação normativa se conhece o objeto da Ciência Jurídica: a conduta humana em sua interferência intersubjetiva.

A conduta é entendida como o objeto de estudo do Direito, que é dotado de liberdade, vez que é recriado constantemente em razão do seu caráter mutável, de acordo com o contexto histórico e cultura. Assim, a norma é compreendida como uma representação intelectual da conduta.

Pode-se dizer ainda que a conduta é uma ação humana, e pelo fato do ser humano estar sempre diante de diversas possibilidades de ações, Carlos Cossio fala em conduta humana em interferência intersubjetiva.

Dessa forma, o estudo da ciência do direito e daria tanto pela interpretação da lei como elo estudo de outros fatores a ela diretamente ligados, haja vista que não só a interpretação judicial deve ser analisada, mas a totalidade do fenômeno em estudo, ou seja, deve ocorrer um contato com sua razão de ser.

Segundo Cossio (1954, p. 83) a interpretação deve ocorrer a partir de uma valorização jurídica, isto é, pautada em uma série de valores essenciais para a aplicabilidade da norma.

Procediendo a un análisis de la valoración jurídica, nosotros encontramos en ella la siguiente serie de valores: Justicia, Solidaridad, Paz, Poder, Seguridad, Orden. Todos estos valores a que nos estamos refiriendo son las valoraciones leales y efectivas existentes en una sociedad humana en un determinado momento; no nos referimos al ideal de cada uno de esos valores con los que trata la axiología pura, por mucho que ese ideal, de una u otra manera, contribuya a formar el valor positivo. Por ejemplo, no nos referimos al ideal de Justicia, sino a la estimación o preferencia que constituye la justicia aceptada y que se traduce en una determinada distribución. De la misma manera no nos referimos al ideal de Solidaridad, sino a la estimación aceptada que señala en qué medida los demás soportan lo que le sucede a cada cual.

E ainda que essa valorização deve ocorrer de acordo com os interesses da teoria egológica/interpretativa (COSSIO, 1954, p. 87-88):

Esto mismo hace comprender dos cosas del más alto interés para la teoría de la interpretación. En primer lugar, que la valoración jurídica es totalitaria en el sentido en que toma a todas las figuras jurídicas positivas y de que no hay ninguna que se escape a ella o le sea ajena. [...]. Podemos decir, en consecuencia, que la estructura lógica de la valoración jurídica coincide con el ordenamiento jurídico; [...]. La valoración jurídica pone, así, en contacto material las diversas figuras del derecho positivo, al propio tiempo que la estructura lógica del Derecho las pone en contacto sistemático. En segundo lugar, que la valoración jurídica

dica es común, aunque no única, en un sentido muy particular. La valoración jurídica no está superpuesta a las normas y recortada sobre cada figura del ordenamiento positivo como cuando se duplica un modelo de papel; no hay, pues, una valoración jurídica independiente para cada figura del Derecho positivo.

Dessa forma, a valorização jurídica, enquanto objeto do espírito, é um sentido ou significação: é o sentido positivo da ordem, da paz, da justiça, de modo que sua existência é a existência desse sentido. É conduta efetiva, é dizer, vida humana vivente, ela não é um sentido posto pelo homem nos produtos que este crê e que ali está latente, porque nesse caso o sentido se sustenta no criado, pelo contrário, ela é um sentido que se sustenta na vida vivente do homem e que por isso se historializa com a vida do homem.

Conclui-se assim que na teoria egológica os valores jurídicos não são fins a serem alcançados, mas valores que devem ser realizados, inerentes a qualquer conduta, e que indicam a necessidade de mudança de mentalidade do jurista no que concerne ao seu posicionamento do jurista diante da interpretação do Direito.

#### 4. A aplicação da teoria egológica no estudo dos direitos trabalhistas

A história das relações trabalhistas surgiu no momento em que os seres humanos sentiram a necessidade de realizar tarefas, criando ferramentas e usando ao seu favor a sua força, com a finalidade de sobrevivência. No entanto, essas relações existentes desde a Pré-História passaram por diversas modificações, não possuindo mais as mesmas características.

Há alguns séculos atrás, a concepção de trabalho era diretamente vinculada aos escravos e pobres, que eram destinados a isso. Com o passar do tempo, o homem, foi diversificando suas formas de trabalho, bem como sua concepção.

A partir dos séculos XVII e XIX, com a Revolução Industrial, passa a se falar em direitos trabalhistas, em razão de que esse marco histórico trouxe uma grande transformação nas condições de trabalho.

A atividade laboral, que antes, em sua maioria, era realizada pelo homem, passou a ser realizada por máquinas, gerando desemprego; a qualidade de vida dos trabalhadores se tornou mais precária, vez que possuíam jornada de trabalho extremamente excessiva; mulheres e crianças eram discriminadas e não recebiam uma remuneração justa; o índice de acidentes no ambiente de trabalho era bastante alto.

Assim, com o grande desequilíbrio e precariedade das relações de trabalho, passou-se a se preocupar em regulamentar as condições de trabalhos, surge então os direitos trabalhistas através desse novo contexto histórico, marcado por revoltas e protestos contra a exploração do trabalho humano que acompanhou a revolução industrial. Sobre o surgimento do Direito do trabalho nos esclarece Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2010, p. 4):

De todo modo, os diversos problemas decorrentes dessas relações de trabalho, como o desemprego, os acidentes contínuos, a insalubridade, as doenças endêmicas, as mortes, enfim, os intermináveis conflitos decorrentes de péssimas condições gerais de trabalho que acabavam por se estabelecer quando as partes interessadas eram deixadas livres para fixar as cláusulas dos contratos de trabalho, levaram ao

reconhecimento da necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho.

Logo, as primeiras normas acerca dos direitos trabalhistas começaram a surgir no início do século XIX na Inglaterra, limitando a jornada de trabalho dos menores a 12 (doze) horas por dia, e em seguida, os sindicatos passaram a ser reconhecidos. Assim, aos poucos as leis trabalhistas foram sendo criadas, conquistando o mínimo de proteção do proletariado.

Cumpramos aqui citarmos mais uma vez Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2010, p. 4-5):

Observamos que se trata de uma situação em que a realidade social conformou o Direito. O fato subjacente e iniludível foi o enorme abismo econômico existente entre trabalhadores e empregadores. Nessa situação, de imensa superioridade econômica destes últimos sobre aqueles, o Direito produzido pelo Estado incumbiu-se de proteger o lado economicamente mais fraco. Dessa forma, o Direito do Trabalho surgiu como um instrumento capaz de assegurar uma superioridade jurídica ao empregado, a fim de compensar sua inferioridade econômica.

A partir do século XX, as Constituições Federais de diversos países passaram a reconhecer os direitos dos trabalhadores, sendo a do México do ano de 1917 a pioneira, seguida de Alemã (Weimar) de 1919.

No mesmo ano da promulgação da Constituição de Weimar, com a consagração do fim da Primeira Guerra Mundial, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) como parte do Tratado de Versalhes, com a convicção pri-

mordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social.

Destarte, com o passar dos anos os direitos trabalhistas ganharam mais força, se expandindo continuamente, e ganhando espaço no cenário brasileiro.

A primeira previsão constitucional de direitos trabalhistas no Brasil ocorreu na Constituição de 1934, quando passou-se a assegurar ao trabalhador a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas e férias anuais remuneradas. Em seguida, a Constituição de 1937 fortaleceu a presença do Estado nas relações de trabalho, criando a contribuição sindical, estabelecendo a unicidade sindical, os tribunais do trabalho, entretanto, vedaram o direito à greve, causando um retrocesso trabalhista.

No ano de 1943, as leis trabalhistas existentes foram compiladas, surgindo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). As Constituições seguintes, de 1946 e 1967 retomaram a evolução dos direitos trabalhistas, afastando a intervenção estatal exacerbada imposta pela Constituição de 1937.

Enfim, a Constituição de 1988 foi promulgada, reconhecendo de forma ampla os direitos trabalhistas, que além de direitos sociais, são reconhecidos como direitos fundamentais, e que são postos à discussão continuamente perante os tribunais, os quais são legalmente adeptos ao princípio da condição mais benéfica para o trabalhador, a fim de combater condições de trabalho degradantes, protegendo a dignidade humano e o direito a um trabalho decente.

Observa-se que, ao trazer à baila todo esse contexto acerca do surgimento dos direitos trabalhistas, inúmeros foram os acontecimentos históricos que deram causa à evolução do direito do trabalho, bem como que a cada época o direito estava diretamente ligado, além do contexto histórico, à cultura, à política e ao desenvolvimento de cada sociedade.

Dessa forma, ao pensarmos em direito do trabalho não há como não vincularmos ao seu estudo o conceito de conduta humana trazido por Carlos Cossio em sua teoria egológica do direito.

Vimos que Cossio vê o Direito como conduta humana intersubjetiva, ou seja, como objeto cultural, fruto das experiências, que devem ser analisadas de forma temporal e valorativa, através do método empírico-dialético pautado na vivência e na compreensão.

Assim, cumpre reiterar que apesar da teoria egológica de Cossio reconhecer o Direito como norma, relativiza o papel central da sua estrutura normativa, vez que ao considera a norma como estrutura lógica do Direito, reconhece na “conduta humana em interferência intersubjetiva” a verdadeira fenomenologia/essência do Direito.

Portanto, a contribuição da teoria egológica de Cossio consiste no fato de que a análise dos direitos trabalhistas deve voltar-se para o contexto histórico, político, social e cultural em que foram criados. Todavia, a utilização dessa teoria para o estudo dos direitos trabalhistas não se esgota aqui.

É preciso também ver o direito como instrumento que confere uma certa margem de liberdade de conduta, por mais que determinada norma venha instituir determinações e proibições, surgindo, assim, a necessidade de interação entre os valores pessoais e do Direito.

Nas relações trabalhistas essa interação é mais que necessária, seja nas relações entre empregado e empregador ou na aplicação da norma pelos órgãos jurisdicionais. Um grande e amplo exemplo da necessidade dessa interação seria a própria vivência do princípio da condição mais benéfica para o trabalhador, em que a liberdade das partes é maior do que ao quanto disposto em lei, é claro que, desde que seja para benefício para o trabalhador.

Desta maneira, para que se possa estudar os direitos trabalhistas é necessário que se compreenda o fenômeno como um todo, analisando a experiência em toda a sua multiplicidade, em todos os seus elementos formais e materiais, a fim de encontrar a essência do Direito, que é sempre proveniente da conduta humana.

## Conclusão

O Direito é a conduta humana em interferência intersubjetiva, que dá origem a norma através de uma plenitude lógica extraída de sua essência. Assim, as circunstâncias de cada caso possibilitam a vivência da valorização jurídica, levando os advogados, juízes e pesquisadores do direito a relativizar a norma de forma a leva-la a interação entre os valores pessoas e do Direito. É pela valorização jurídica que a lei tem que ser interpretada, por mais claro que seja seu texto ou terminante que seja seu conteúdo.

A valorização deve se intercalar entre a interpretação da lei e as determinações provenientes dela mesma, haja vista que a interpretação busca o sentido jurídico das determinações/conduta. Logo, o sentido da lei e da conduta são recriados através da vivência e da consciência do jurista, a qual é constitutiva de sua atividade, e os valores compartilhados através da conduta.

Assim, a contribuição da teoria egológica de Cossio para o estudo dos direitos trabalhistas consiste na análise da conduta humana enquanto Direito através da observância do contexto histórico, político, social e cultural em que foram criados, e ainda como instrumento que confere margem de liberdade de conduta, surgindo a necessidade de interação entre os valores pessoais e do Direito.

## Referências

- GALEFFI, Dante Augusto. O que é isto – A fenomenologia de Husserl?. *Ideação*, Feira de Santana, n. 5, p. 13-36, jan./jun.2000. Disponível em: <http://pablo.deassis.net.br/wp-content/uploads/dante5-fenomenologia.pdf>. Acesso em: 26 de mar. 2018.
- COSSIO, Carlos. *La varolizacion jurídica y la ciência del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.
- CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Paulo. *Manual de Direito do Trabalho*. 14. Ed. São Paulo: Método, 2010.
- OIT BRASIL. *História da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 27 de mar. 2018.
- LUNA, Diego. Carlos Cossio: pinceladas iusfilosóficas y biográficas de uno de los más eminentes representantes de la cultura latino-americana. Disponível em: [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Carlos%20Cossio-nuestros%20clasicos%20\(Diego%20Luna\).pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Carlos%20Cossio-nuestros%20clasicos%20(Diego%20Luna).pdf). Acesso em: 28 de mar. 2018.
- CARLOS COSSIO. Carlos Cossio (1903 – 1987) - Homenaje al filósofo del derecho latinoamericano más destacado del siglo XX. Disponível em: <http://www>.

carloscoissio.com.ar/1975-profesor-carlos-coissio-curriculum-actualizado/. Acesso em: 27 de mar. 2018.

JUNQUEIRA, Thereza de Jesus Santos. Carlos Cossio e a experiência jurídica. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2846/2069>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

# Notas sobre a teoria de Robert Alexy

*Alessandra Bentes Teixeira Vivas e Mônica Micaela de Paula*

## Introdução

Buscamos fazer uma análise do Trialismo Jurídico de Robert Alexy que se desenvolve a partir dos elementos; conceito de Direito relacionado à moral, da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica. A intenção é a de que, estabeleça um entendimento básico dos três elementos e a forma pela qual eles se relacionam.

Assim, serão elencados alguns aspectos do conceito de Direito relacionado à moral, estabelecendo suas dimensões fática e ideal, bem como a importância da correção moral para que se supere o conceito de Direito Positivo. Alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais que é composta por princípios e regras e também da teoria da argumentação jurídica que justifica a máxima da ponderação do princípios, pois justifica as decisões tomadas na escolhas dos princípios no caso de conflitos.

## 1 A estrutura da teoria jurídica de Robert Alexy

Para sistematizar o que é denominado de Trialismo das obras de Robert Alexy é necessário seguir um caminho e articuladamente definir alguns pontos importantes, que são: o conceito de Direito relacionado à moral, estabelecer uma teoria dos direitos fundamentais e elaborar uma teoria da argumentação jurídica.

Três são as principais obras de Robert Alexy que fundamentam a sua teoria do Trialismo; Teoria da Argumentação Jurídica -1978, Teoria dos Direitos Fundamentais- 1985 e O Conceito e a Validez do Direito-1992.

Para unir esses pontos, Alexy vincula conceitualmente Direito e moralidade, isto quer dizer que para ele Positivismo legal falhou enquanto uma teoria compreensiva. A moral que até então era separada do Direito, adentra ao Direito como máxima da proporcionalidade (no momento da ponderação). Neste momento existe a possibilidade de discussão quanto ao conteúdo e valoração dos princípios jurídicos, por meio da argumentação jurídica.

O Trialismo tem como elo de ligação de seus elementos a razão prática, e assim, “Não é suficiente conectar a teoria dos direitos fundamentais com a teoria da argumentação jurídica. É preciso uma razão que torne a conexão necessária”. (ALEXY,1992, p,143). Essa razão prática seria a capacidade de obter julgamentos práticos de acordo com um sistema de regras do discurso.

### 2.1 O direito relacionado à moral

O direito para Alexy possui uma dupla natureza, contendo uma dimensão real ou fática, que se manifesta na validade

formal/legalidade autoritativa da norma e na sua eficácia social e, uma dimensão ideal ou crítica que se manifesta na sua correção moral.

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. [...] Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais (ALEXY, 2009, p, 3-4)

A legalidade e a eficácia social são considerados fatos sociais que avalizam as teorias positivistas. Mas, a correção moral como um terceiro parâmetro é agregado a norma pelo autor alemão ao lado da validade e da eficácia social, conferindo legitimidade e a vinculando a um conteúdo de moralidade.

“O Direito é um sistema de normas que (1) formula uma ‘pretensão de correção’, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e que não são extremamente injustas, como igualmente à totalidade das normas promulgadas consoante a Constituição, as quais também possuem um mínimo de eficácia social e não são extremamente injustas e (3) ao qual pertencem os princípios e os outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e

deve se apoiar a fim de satisfazer a ‘pretensão de correção’.” (ALEXY,1994, p,123)

A correção moral se manifesta no mundo do Direito sob a forma de justiça, que ocorre na dimensão ideal – pretensão de correção moral –, uma vez que não existe dimensão moral sozinha, está sempre atrelada a dimensão real, deste modo o Direito está vinculado com a moral.

Assim ALEXY (1994), aquele que diz que alguma coisa é justa, assevera sempre, ao mesmo tempo, que é correta, refutando a ideia de Kelsen de que tudo pode ser direito, o que daria lugar à possibilidade de uma normatividade sem moralidade.

Ele apresenta que a tripartição do significado de Direito corresponde a três argumentos norteadores que motiva a ligação entre moral e Direito: o “argumento da correção” que é alicerce dos demais argumentos, que é uma pretensão de justiça, assim, por exemplo, quando uma norma que não é justa entra em choque com tal pretensão imanente e necessária superar o limite da injustiça.

O “argumento da injustiça” parte da premissa de que “a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto ‘Direito injusto’, tenha que ceder ante a justiça.” (ALEXY, 1994, p,34) Sempre que se tratar de uma norma injustiça, insuportável, a norma injusta deixa de ser jurídica e o “argumento dos princípios” que é aquele que liga o Direito e a moral. Levando em consideração os “hard cases”, em que não existem regras pré definidas para serem aplicadas, o julgador recorrerá aos princípios, por meio da ponderação dos princípios fundamentais conflitantes e resolverá o “caso difícil”.

A definição tríplice de Direito, composta dos argumentos da injustiça, correção e princípios, constitui um sistema jurídico, do mesmo modo tripartite, estabelecido pelo siste-

ma de regras, princípios e procedimentos, os quais trazem para o interior do mundo jurídico valores morais, legitimando o Direito a partir da observância de um procedimento discursivo, que se dá por meio da “teoria da argumentação jurídica”, que motiva as escolhas quando ocorre a “ponderação”, evitando uma maior arbitrariedade das decisões.

## 2.2 Teoria dos Direitos Fundamentais

O autor define os direitos fundamentais, segundo parâmetros de juridicidade, levando em consideração um paradigma teórico constituindo uma teoria jurídica dos direitos fundamentais.

ALEXY (1993) é taxativo ao dizer que a teoria dos direitos fundamentais não é analisada a todos os possíveis direitos fundamentais, mas só aqueles que se encontram dispostos na Lei Fundamental, não é discutida questões acerca de quais deveriam ser os direitos fundamentais, mas os avalia exclusivamente na sua acepção jurídica. E por fim, que trata-se de uma teoria geral dos direitos fundamentais que se encontrem dispostos na Constituição.

Ele identifica a norma de direito fundamental como aquela disposição normativa expressa presente nas Constituições, mas também aquelas com conteúdo de direitos fundamentais que não estão expressas nas Constituições, que foram pelo autor denominadas de “normas de direitos fundamentais atribuídas”. Importando agora distinguir o que compõe a sua estrutura, que no caso são as regras e os princípios.

“Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas de deber del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concre-

tos de deber ser, aun cuando sena razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas” (ALEXY,1993, p.83).

Os princípios são como mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus a depender das possibilidades reais e jurídicas. São instrumentos para efetivar a justiça nos casos difíceis através do “procedimento de ponderação”. São normas semanticamente abertas que quando colidentes, por meio da “ponderação” não precisam eliminar a incidência da outra norma.

“[...] los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.” (ALEXY,1993,p,86).

Já as regras por sua vez, são mandados definitivos, não podem ser realizadas na maior medida possível. Elas ou podem ser cumpridas ou não, “[...] las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” (ALEXY,1993, p,87). São orientadas pela técnica do tudo ou nada, não existe a possibilidade de aplicar a ‘ponderação’ nos conflitos aparentes de regras, uma vez que proporcionam um critério objetivo do que se deve ou não fazer, do que é permitido e o que não é permitido.

## 2.2 .1 Conflitos de normas

Quando ocorre o conflito entre regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade, ou seja, no que se faz é a subsunção, uma vez que elas contêm determinações no contexto fático e jurídico, são aplicáveis ou não.

Já na colisão entre princípios acontece um afastamento de um pelo outro no momento da resolução do caso, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro, mas sempre partido do pressuposto que todos os princípios a priori têm o mesmo peso e valor.

ALEXY (1993) determina que constitua uma relação de precedência condicionada entre os princípios, mas para isso é preciso que seja aplicado ao caso concreto a técnica da “ponderação”, que está inserida no conceito da máxima da proporcionalidade.

A máxima da proporcionalidade contém três máximas, que precisam ser analisadas; a máxima adequação, a máxima da necessidade e a máxima ponderação.

A máxima da proporcionalidade é verificada primeiro pelos critérios da adequação do meio utilizado para perseguição do fim, ou seja, verificação se este fim é de fato apropriado para atingir o fim desejado. No que tange à necessidade, significa que não existe outro meio menos gravoso para chegar ao fim desejado e a ponderação, em linhas gerais, é análise se as vantagens são superiores as desvantagens, ou seja, quanto maior o grau de não execução de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da execução do outro princípio.

A condição de adequação do meio é, destarte, necessária para a consecução do fim, mas não é suficiente, devendo-se recorrer à segunda máxima do princípio da proporcionalidade. Em outros termos: o que é necessário é adequado, mas o que é adequado nem sempre é necessário (TOLETO, 2003, p,67).

Quando estamos diante de um conflito de princípios, primeiro é analisado se aplicação de ambos é adequada e necessária, e se verdadeiramente for, aí sim passa para análise da máxima da ‘ponderação’.

A ponderação também chamada de proporcionalidade em sentido estrito é a máxima que expõe que, “quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância de satisfação do outro.” (ALEXY,1993, p,161). É importante analisar a cada princípio o seu peso no caso concreto, e para isso o autor utiliza a teoria do discurso, mas adaptada ao direito.

Assim, para analisarmos esta máxima é necessário que adentremos no conteúdo dos princípios para que examinemos a precedência de um em relação ao outro, e essa precedência depende das consequências jurídicas dos princípios (TOLEDO, 2003), porém, para isso a ‘ponderação’, faz-se uso de argumentos que, em seu aspecto discursivo, admitem a discussão dos valores dos princípios empregados.

Para o que o juiz decida qual princípio possui a precedência no caso concreto, ele examina os princípios e o resultado, ou seja a decisão de qual será aplicado deve ser fundamentada, os argumentos contra ou contra os princípios devem ser avaliados e apreciados de forma imparcial, neste momento o discurso deve ser contemplado devidamente.

Os usos dos argumentos se dá por meio da teoria da argumentação jurídica, respeitando as regras do discursos, que busca adquirir uma saída para os conflitos de colisão de princípios jurídicos.

### 2.3. Teoria da argumentação Jurídica

Na teoria da argumentação jurídica Alexy busca não uma única solução, até mesmo porque isso é impossível, uma

vez que, os princípios são semanticamente indeterminados, mas busca por decisões justificadas racionalmente por meio de procedimentos argumentativos.

A teoria da argumentação jurídica está diretamente ligada a teoria do discurso, e tem como objetivo “questionar e demonstrar a *possibilidade* e a *validade* de uma fundamentação racional do discurso, especificamente jurídico, estimulando-lhe algumas *regras e formas*.” (TOLETO, 2003, p,48).

Várias são as características possíveis de serem destacadas da teoria da argumentação jurídica, entretanto, é de grande importância que destaquemos aquelas que representam a submissão à lei, aos precedentes e a dogmática jurídica, as chamadas de condições restritivas (ALEXY,1993, p,530).

O discurso jurídico é *prático*, por se constituir de *enunciados normativos*. É *racional*, por se submeter à pretensão de *correção* discursivamente obtida. É *especial*, por se subordinar a *condições limitadoras* ausentes no discurso prático racional geral, a saber – *a lei, a dogmática e os precedentes*. Essas condições, que *institucionalizam* o discurso jurídico, reduzem consideravelmente seu campo do seu campo do *discursivamente possível*, na medida em que delimitam mais precisamente de quais *premissas* devem partir os participantes do discurso, fixando ainda as *etapas da argumentação jurídica*, mediante as *formas e regras* dos argumentos jurídicos. (TOLETO, 2003, p,54).

A tese principal da compreensão da argumentação jurídica é a consideração de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral. O discurso prático racional geral compõe o embasamento do discurso jurídico. E é desenvolvida como uma teoria procedi-

mental e, a teoria do discurso é qualificada pelo fato de que “as convicções fáticas e normativas (assim como seus interesses) poderem ser modificadas, em virtude dos argumentos utilizados no curso do procedimento.” (ATIENZA,2004, p,159)

Várias são as regras que definem o discurso prático racional, algumas permitindo, proibindo, obrigando e outras definindo. Contudo, existe uma limitação das regras que suscitam a necessidade de se constituir um sistema jurídico que possa preencher esta lacuna de racionalidade. Deste modo, devem ser somados as regras do discursos pratico geral os procedimentos jurídicos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial. (ALEXY,1993).

Com efeito, o fato do discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral e, o um dos elementos que distingue eles é que a argumentação jurídica possui a sua vinculação com o direito positivo vigente.

No discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou ‘claim’, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente. (ATIENZA, 2004, p,172)

Assim, o discurso jurídico utiliza a regras gerais mais as regras específicas do discurso jurídico,- direito à lei, os precedentes judiciais e à dogmática-, e também a aplica a pretensão de correção nas teses que são discutidas.

A necessidade da correção se dá pelo fato está motivado no que toda pessoa que venha a explicar algo, está, ainda que implicitamente, exigindo que não somente esta justificação, mas que a própria afirmação seja correta. “A tese segundo a qual justiça é correção, conduz diretamente a ideia da justiça

como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões.” (ALEXY,2003, p,163)

A teoria da argumentação jurídica atinge três momentos; o da produção de normas que é fase legislativa, o da aplicação de normas e o da dogmática jurídica oferecendo aos agentes envolvidos na aplicação de normas nos órgãos jurídicos, critérios de decisão nos casos concretos. Partindo do pressuposto que todas as decisões necessitam de fundamentação, assim a teoria da argumentação procura a justiça dos enunciados normativo no discurso jurídico.

Para orientar a argumentação jurídica outros três elementos também devem ser considerados; O primeiro deles é a necessidade de fundamentação normativa capaz de embasar as decisões tomadas pelos juízes e tribunais. Segundo elemento é a necessidade de respeito à integridade do sistema, ou seja as decisões devem ser universalizáveis todos os casos em que estejam presentes as mesmas situações, bem como guiadas pela razão pública, respeitando os precedentes, as jurisprudência, contudo fazendo frente a novas realidades sempre de forma justificada e como terceiro elemento o peso –relativo- a ser dado às consequências concretas da decisão, assim as decisões devem ser tomadas com a preocupação das consequências práticas sobre o mundo real.

Quando ocorre uma colisão de princípios a teoria da argumentação é utilizada para dar uma solução fundamentada na racionalidade argumentativa, que vai ocorrer por meio da técnica da ponderação, na qual o julgador realizará a ponderação entre os valores em conflito, fazendo concessões recíprocas e/ou escolhas.

Para o que o juiz decida qual princípio possui a primazia no caso concreto, ele examina os princípios e o resultado, ou seja a decisão de qual será aplicado deve ser fundamentada, os argumentos a favor ou contra os princípios carecem ser

avaliados e apreciados de forma imparcial, neste momento o discurso deve ser contemplado devidamente.

## Conclusão

A teoria do Trialismo jurídico de Robert Alexy se desenvolve a partir da sistematização três de suas obras, a Teoria da Argumentação Jurídica- 1978, a Teoria dos Direitos Fundamentais-1985/2002 e O Conceito e a Validez do Direito- 1992.

Ele delinea a teoria a partir da definição do conceito de Direito relacionado à moral, estabelecendo suas dimensões fática e ideal, bem como a importância da correção moral para que se supere o conceito de Direito Positivo.

Estabelece uma teoria dos direitos fundamentais, no qual ele define como sendo um sistema composto de normas e princípios de direitos fundamentais, que quando entram em conflitos são solucionados no caso das normas por meio da subsunção e, os princípios por meio da proporcionalidade que possui três partes, adequação, necessidade e ponderação, empregado o uso de argumentos, se dá por meio do terceiro elemento do Trialismo que é a teoria da argumentação jurídica, que justifica a máxima da ponderação do princípios, pois fundamenta as decisões tomadas na escolhas dos princípios no caso de conflitos de colisão de princípios jurídicos.

Observa-se que o une os elementos do ‘trialismo’ é a razão prática e que não importa em qual elemento a análise no caso concreto começa, será obrigatoriamente levado a sopesar os outros dois elementos, devido ao aspecto circular do pensamento alexiano.

## Referência

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la funda-

- mentación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- \_\_\_\_\_. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. The argument from injustice; a reply to legal positivism. Oxford University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: UNB Editora, 1999.
- \_\_\_\_\_. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_. El concepto y la validez del derecho y otros ensaios. Barcelona: Gedisa, 1993.
- \_\_\_\_\_. “Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse”. Ratio Juris, Oxford: Blackwell Publishers, vol 5, no.2, 1992.
- ATIENZA, Manuel. Argumentacion jurídica y Estado constitucional, *Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, vol. 9, janeiro/abril 2004, p. 9-20.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr/jun, 2003, p. 141-176.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003.

# Direito e a genealogia do Estado de exceção em Agamben

*Daniel Machado Gomes, Filipe Bernardo da Silva e Tiago da Silva Cicilio*

## Introdução

Em Filosofia o problema metodológico é inerente a qualquer estudo porque o método configura o âmago do pensamento filosófico. Desta forma, justifica-se a importância de uma análise metodológica da obra de Agamben, como, por exemplo, o estado de exceção, objeto do presente texto. Através da genealogia do estado de exceção, Agamben revela a existência de uma ligação entre suspensão do ordenamento jurídico vigente e a suposta garantia da ordem política colocada como necessidade estatal. No fundo, subjaz um espaço vazio entre o estabelecimento e a aplicação da norma, que Agamben define como anomia e que ele indica ser inerente ao exercício do poder nas democracias ocidentais atualmente.

O principal problema do presente estudo é indicar a relevância da investigação genealógica como chave que possibilita o acesso a uma ontologia do presente enquanto construção contínua do passado. Para tanto, o texto se vale da pesquisa bibliográfica, tendo como fonte principal a obra *Estado de Exceção*, de Agamben, além da obra *Microfísica do Poder*, de Foucault e de fontes secundárias de comentadores da obra do autor italiano.

O objetivo da primeira parte do trabalho é expor as ideias de Nietzsche e de Foucault sobre o sentido do método filosófico genealógico, pois Nietzsche funda um modo original de emprego do termo genealogia, diverso da visão tradicional que se remete à preocupação com uma historicidade original. Ele busca respostas alternativas que não têm relação com a fabulação mítica. Nesta mesma linha de entendimento, Foucault investiga práticas de poder para descortinar os processos de formação dos discursos e das regras que forjam nossa noção de verdade. Apesar de o método filosófico de Foucault ter grande influência sobre o trabalho de Agamben, existem diferenças entre eles. Agamben retrocede até a época romana para tratar do estado de exceção, indicando que a suspensão da ordem jurídica sempre serviu ao poder.

Na segunda parte do presente trabalho será introduzido o conceito que Agamben confere ao estado de exceção, vinculando-o com a noção de anomia ou supressão da ordem jurídica. O objetivo desta seção é discorrer sobre a perspectiva de Agamben a respeito da generalização da exceção no mundo contemporâneo e analisar a tese de Carl Schmitt que relaciona exceção com necessidade estatal. Agamben rebate os argumentos da chamada “tese da necessidade” através da tese do vazio jurídico (anomia), segundo a qual a exceção decorre da inaplicabilidade do Direito ou o afastamento da ordem jurídica.

Na terceira e última seção deste estudo serão apresentados os argumentos de Agamben para comprovar a tese da

anomia que se valem do método genealógico. Assim, o objetivo da parte final é demonstrar que Agamben apresenta um nexos entre institutos arcaicos do direito romano e a nossa experiência política. Nesse sentido, o autor aponta que a exceção sempre se configurou pela inaplicabilidade do Direito ou pelo afastamento da ordem jurídica em determinadas circunstâncias. Para comprovar esta tese, será apresentada a genealogia do estado de exceção, segundo Agamben, a partir das seguintes figuras jurídicas de Direito Romano: o *iustitium*, o *nomos empsychos*, a *auctoritas* e a *potestas*.

## 1. O método de investigação filosófico genealógico

Ao comentar o método filosófico de Nietzsche, Deleuze (1976, p.4) sintetiza que o filósofo não é um juiz de tribunal à maneira de Kant, nem um mecânico à maneira utilitarista, mas sim um genealogista. Nietzsche, no século XIX, põe em questão o conceito de verdade, que se encontrava intacto. Para isso, apropria-se do conceito de valor, que adquire um novo e importante significado, opondo-se à verdade e ao sentido. Com isso, o filósofo alemão entra em um novo terreno: a história.

Ao preconizar uma filosofia histórica, Nietzsche vai de encontro ao problema dos valores – história dos valores – e não mais do valor que tem a história. A questão que surge é: “como ser um filósofo historiador sem ser um filósofo da história?”. Para o filósofo alemão é sendo genealogista (BINOCHE, 1962, p.37), mas a partir de um novo conceito de genealogia, uma nova espécie de historicidade. Em suma, o método de pesquisa de Nietzsche é, ao mesmo tempo, valor da origem e origem dos valores, opondo-se ao caráter absoluto dos valores. Um método genealógico que busca a origem e o nascimento e, também, a diferença e a distância na origem.

Segundo Binoche (1962, p.57), em Nietzsche, constatamos que o termo genealogia sempre se remeteu à mesma preocupação com uma historicidade original que supera as alternativas. Entretanto, o sentido que o alemão confere ao termo genealogia não tem relação com a fabulação mítica, mas com a narrativa que reivindica o cinza do arquivo, as memórias do evento.

No século XX, em sua obra “*Microfísica do Poder*”, Foucault investiga o conceito de genealogia empreendido por Nietzsche, destacando o emprego de três palavras: *Ursprung*, *Herkunft* e *Entstehung*. Inicialmente, Foucault (1989, p.19) descobre que Nietzsche recusa, pelo menos em certas ocasiões, a pesquisa da origem (*Ursprung*), porque a pesquisa da origem busca a essência exata da coisa, como se tudo fosse encontrado imaculado e perfeito. E o genealogista, ao saber dos acontecimentos históricos e suas singularidades, aprende que por detrás das coisas há algo completamente distinto.

Nesse giro, o autor francês reconstrói a articulação própria dos outros dois termos empregados por Nietzsche que, apesar de serem traduzidos como origem, se colocam em melhor posição ao definir o método de pesquisa genealógico. A palavra *Herkunft* é traduzida como proveniência. A análise da proveniência perpassa pelo tronco de uma raça ou tipo social. Demarca os desvios microscópicos, os erros, os maus cálculos que fizeram surgir o que existe. Revela que na base não existe a verdade e o ser, mas apenas o acidente. Abandona o reencontro das características gerais que permitem a assimilação de um a outros. “A genealogia, como análise de proveniência, está, portanto, no ponto de articulação do corpo com a história. Ela deve mostrar o corpo inteiramente marcado de história e a história arruinando o corpo” (FOUCAULT, 1989, p.23).

O outro termo, *Entstehung*, significa emergência, “o ponto de surgimento”. Se proveniência diz respeito ao corpo, a emergência se produz em um determinado estado de

forças, isto é, a entrada em cena das forças; um lugar de confronto. Não há um responsável por uma emergência, porque a emergência é a força contida na cena e a própria cena. Não se trata da figura mais forte ou a mais fraca que colide na cena e sim o universo que as divide e abre entre elas. Em consequência, as diversas emergências que demarcam ou podem demarcar, não tem a mesma significação. E nesse ponto, se interpretar é apoderar-se de um sistema de regras que não tem significação essencial, impondo uma direção, haverá inúmeras interpretações. Logo, a genealogia deverá ser sua história, como emergências de interpretações diferentes.

Outrossim, a produção filosófica de Nietzsche influencia a abordagem da obra de Foucault que faz uso da metodologia filosófica de pesquisa empreendida pelo autor alemão. Foucault, além de fazer uma distinção entre os três termos alemães empregados para relatar a problemática da genealogia, sentencia que os dois últimos são os que melhor definem a genealogia como método filosófico de investigação, pois a origem por si só é contraditória.

Conforme Decothé (2017, p.59), Foucault tem a intenção de escavar as práticas de poder que se estabelecem na vida e nos corpos e procura descortinar os processos de formação dos discursos e das regras que forjam a verdade, bem como as condições de validade destes discursos com suas variações históricas, valendo-se de uma metodologia de investigação genealógica. Essa postura irá influenciar a leitura genealógica de Agamben, que tem como ponto de tangência a questão metodológica, a genealogia, o único meio que permite o acesso a uma ontologia do presente.

Apesar de o método filosófico empregado por Foucault ter grande influência sobre a metodologia de trabalho investigativo de Agamben, este dedica especial atenção a dois campos de investigação: o Direito e a Teologia. Tal objetivo

segue o caminho aberto pelas investigações de Foucault, entretanto a grande diferença é que Agamben se dedica à análise histórica dos séculos iniciais da teologia cristã. A partir desta genealogia teológica, ele pretende elucidar os desdobramentos históricos dos primeiros séculos do cristianismo na perspectiva do poder econômico. No caso do estado de exceção, Agamben retrocede até a época romana para indicar como a suspensão da ordem jurídica sempre serviu ao poder.

## 2. O Estado de exceção em Agamben

Na obra de Giorgio Agamben, o estado de exceção se vincula à falta de eficácia da lei, caracterizando-se como um estado de coisas “fora-da-lei” que explica a realidade política contemporânea nas democracias ocidentais europeias e nos Estados Unidos. Agamben se vale do método genealógico para demonstrar que a relação entre supressão do Direito e exceção remonta à Antiguidade, apesar de só ter se generalizado na modernidade com a exacerbação dos poderes do Executivo em relação à esfera legislativa. Foi o que ocorreu, sobretudo, a partir da Primeira Guerra Mundial com a generalização dos dispositivos governamentais de exceção.

Esses atos normativos do Executivo que não são lei, mas detêm força, decorrem da ampliação dos poderes governamentais, dos plenos poderes que caracterizam o estado de exceção, quando é atribuído ao poder Executivo a autoridade para promulgar decretos com força de lei. A menção ao sintagma “força de lei” faz referência a decretos que podem ser promulgados pelo poder executivo em situações que deveriam ser excepcionais e que, apesar de não serem lei em sentido formal, possuem poder de obrigar.

Na visão de Vera Chueri (2011, p.802), Agamben considera que na modernidade a capacidade de obrigar do Direito

se diferencia da eficácia ou capacidade de produzir efeitos jurídicos da lei. Para ela, “força de lei” além de sugerir a superioridade hierárquica da lei em face dos demais atos normativos, relaciona-se na tradição do direito ocidental aos atos do poder executivo que não se constituem em lei e, por isso, necessitam da atribuição de “força de lei” para que possam obrigar.

Segundo a concepção de Agamben, no estado de exceção é possível se dissociar lei e força de lei, pois há uma situação na qual a norma jurídica está em vigor, mas não tem aplicabilidade, não tem força, ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas sem qualquer conteúdo normativo ou de lei, sendo certo que para Agamben prevalece na exceção a aplicabilidade da “força de lei”.

Assim, no estado de exceção existe um divórcio entre a aplicação da lei e a lei, da lei em relação à sua força. Segundo Chueiri (2005, p. 141-142) a lei existe, está em vigor, mas não se aplica (porque carece de força) ou a lei não existe formalmente e já tem força. Isto é, no estado de exceção há *força de lei sem lei*.

Ao indagar sobre a origem do estado de exceção, Agamben (2004, p.16) sustenta que ela se liga com a tradição democrático-revolucionária, porque a suspensão de direitos surgiu durante a Revolução Francesa com o decreto da Assembleia Constituinte de 08 de julho de 1791. O autor (2004, p. 42) defende que no mundo medieval não existia a ideia de que a suspensão do Direito fosse algo necessário ao bem comum. Para ele, é a modernidade que tenta incluir a exceção na ordem jurídica, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.

Apesar da ampla utilização do estado de exceção na modernidade, Agamben demonstra pelo método genealógico que existe um nexos entre institutos arcaicos do Direito Romano e a nossa experiência política atual. De acordo com o autor (2004, p.41), o fundamento para autorizar a exceção vem expresso pelo adágio *necessitas legem non habet* (a necessida-

de não tem lei), mencionado no *Decretum* de Graciano que se refere ao estado de necessidade estatal. Nesta situação, o Estado não reconhece lei alguma, suspende a aplicabilidade do ordenamento jurídico para inserir regramento diverso para circunstância específica. Assim, a análise do conceito jurídico de necessidade é pressuposto para o estudo do estado de exceção.

### 3. Necessidade e exceção

Alguns autores, como Carl Schmitt, defendem que a necessidade serve como fundamento de validade para os decretos editados com força de lei pelo Executivo no estado de exceção. Para eles, a exceção integra o ordenamento jurídico como parte do direito positivo, pois a necessidade é considerada fonte autônoma do Direito ou do direito subjetivo do Estado pautado pela necessidade de sua conservação. Santi Romano (apud AGAMBEN, 2004, p.43), por exemplo, sustenta que a necessidade não é estranha ao ordenamento jurídico, pois o antecede, não podendo ser disciplinada normativamente.

Nestes casos, o reconhecimento da anterioridade da necessidade em relação ao ordenamento jurídico serve de justificativa para a prevalência do estado de exceção sobre a lei, como alega Carl Schmitt. Para Schmitt (2006, p.41), a necessidade serve de fundamento para a exceção e para o poder de autoconservação do Estado. Logo o ente político não depende da vinculação à normatividade, a necessidade estatal justifica a suspensão do ordenamento jurídico.

Seguindo a linha de raciocínio de Schmitt, conclui-se que, enquanto consequência da necessidade, o estado de exceção representa um espaço temporal e uma zona de indiscernibilidade entre fato e Direito - os fatos extrajurídicos convertem-se em Direito, e o que era jurídico transforma-se em mero fato sem tutela estatal. O grande perigo da teoria

da necessidade está no alto grau de subjetividade que define o que é necessário para a invocação do estado de exceção.

Agamben (2004, p.41) discorda que a necessidade seja fonte de lei ou que sirva para suspendê-la. Ele (2004, p.48) explica que, normalmente, o estado de necessidade é interpretado como uma lacuna no Direito Público que deve ser remediada pelo Poder Executivo, contudo a lacuna é apenas fictícia porque não existe falta de lei na realidade. Nestas situações ocorre a suspensão do ordenamento jurídico vigente sob a justificativa de lhe ser garantida a existência e a aplicabilidade à situação normal – a exceção se refere a um espaço vazio entre o estabelecimento da norma e a sua aplicação na realidade. Por isso, Agamben conclui que o estado de exceção não é interior nem exterior ao ordenamento jurídico, mas se situa em uma zona de indiferença e de indeterminação entre dentro e fora.

Nessa linha de entendimento, o maior desafio do panorama jurídico atual é que o estado de exceção tem-se tornado o paradigma de governo da modernidade. Com isso, estabeleceu-se uma relação limiar de indiferença entre Direito e ausência de Direito, entre Direito e violência, entre jurídico e político. A possibilidade de uma decisão estatal suspender o Direito com base em circunstância fática emergencial, mas não objetivamente pré-definida, coloca toda a coletividade em risco de violação de seu patamar civilizatório mínimo. Por isso, Agamben alerta para o fato de que, desde o totalitarismo moderno:

“a criação voluntária de um estado de emergência permanente [...] tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (AGAMBEN, 2004, p.13) .... “não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma

medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (idem, p.18).

A exceção serve para suspender a aplicabilidade do Direito em dada situação fática, entretanto os que estavam inseridos nesta situação ficam desprovidos de proteção jurídica, porque a decretação da exceção autoriza (ou não proíbe) a prática de atos que violam os seus direitos. Assim, o estado de exceção aparece como um vazio jurídico (anomia) para Agamben, já que é a inaplicabilidade do Direito ou o afastamento da ordem jurídica que definem o modelo político e jurídico que acabou se tornando generalizado no panorama contemporâneo ocidental, devido à adoção do paradigma da segurança como técnica normal de governo. Agamben confirma a tese do vazio jurídico através do método genealógico, conforme será apresentado no texto que segue.

#### 4. Genealogia do estado de exceção

Utilizando como guia a existência de um nexo entre institutos arcaicos do direito romano e a nossa experiência política, Agamben apresenta a genealogia do Estado de Exceção a partir das figuras jurídicas do *iustitium*, do *nomos empsychos*, da *auctoritas* e da *potestas*.

O *Iustitium* pode ser considerado um arquétipo ou um ancestral do estado de exceção. No Direito Romano, o *iustitium* correspondia à proclamação da suspensão do direito pelo Senado, após consulta aos côsules ou aos pretores ou aos tribunos da plebe, para que fossem tomadas medidas necessárias para a salvação do Estado, em caso de situações de emergência em Roma, decorrente de guerra externa ou ci-

vil. Tratava-se da criação de um vazio jurídico sob o fundamento da necessidade estatal (AGAMBEN, 2004, p.67).

Nota-se que essa suspensão do Direito não se restringia aos que não fossem cidadãos romanos. Em outras palavras, “o poder conferido aqui é o poder comum de um comandante e é indiferente que se exerça contra o inimigo que sitia Roma ou contra o cidadão que se rebela” (MOMMSEN, 1969, vol.I, p.695, apud AGAMBEN, 2004, p.71). Porém, cabe ressaltar que o *iustitium* era precedido pelo *senatus consultum ultimum* por se tratar de situação extrema na ordem romana constitucional.

Partindo da análise da monografia de NISSEN, Agamben destaca que:

... o *iustitium*, enquanto efetua uma interrupção e uma suspensão de toda ordem jurídica, não pode ser interpretado segundo o paradigma da ditadura. Na constituição romana, o ditador era uma figura específica de magistrado escolhido pelos côsules, cujo *imperium*, extremamente amplo, era conferido por uma *lex curiata* que definia seus objetivos. No *iustitium*, ao contrário [...], não existe a criação de nenhuma nova magistratura; o poder ilimitado de que gozam de fato *iusticio indicto* os magistrados existentes resulta não da atribuição de um *imperium* ditatorial, mas da suspensão das leis que tolhiam sua ação (AGAMBEN, 2004, p.74/75).

Além disso, “o magistrado ou o simples particular que age durante o *iustitium* não executam nem transgridem nenhuma lei e, sobretudo, também não criam direitos [...] aquele que age durante o *iustitium* não executa nem transgride, mas *inexecuta* o direito” (AGAMBEN, 2004, p.78). Tal afirmação embasa a tese de vazio jurídico ou de

inaplicabilidade do Direito ou, ainda, de afastamento da ordem jurídica em determinadas circunstâncias, em razão da ausência de vedação, de permissão ou de obrigação jurídica.

Ao término de seu estudo sobre o *iustitium*, Agamben (2004, p.78/79) apresenta quatro conclusões. Primeiro, conclui que o estado de exceção não é uma ditadura, mas um espaço vazio de Direito, onde falecem quaisquer determinações jurídicas. Ou seja, o autor nega a veracidade de qualquer teoria que vincule o estado de exceção ao Direito. Desta forma, Agamben rechaça a teoria de Schmitt de inserção do estado de exceção em um contexto jurídico através das dicotomias normas de direito *versus* normas de realização do direito, poder constituinte *versus* poder constituído e decisão *versus* norma.

Em segundo lugar, na visão de Agamben, a anomia correspondente a esse espaço sem direito é essencial para o próprio Direito, de maneira que este deve buscar manter uma relação com aquela. Em terceiro lugar, a suspensão do Direito deixa os atos praticados durante esse período sem qualquer definição quanto à natureza jurídica, pois não são transgressivos, executivos nem legislativos e situam-se em um “não lugar absoluto” quanto ao Direito. E essa ausência de definição e esse não lugar levam à quarta conclusão que é a percepção da existência de “força de lei” separada da lei, vigência sem aplicação e de aplicação de atos sem conteúdo normativo.

Posteriormente, na mesma obra, Agamben (2004, p.104/105) retoma a análise do *iustitium* para questionar como esse termo de Direito Público, utilizado para representar a suspensão do Direito, adquiriu o significado de luto público com o fim da República romana. Segundo Agamben (2004, p.106), Augusto Frascetti tem o mérito de demonstrar que a ligação entre os dois aspectos do *iustitium* não está num pretensível caráter de luto da situação extrema ou da anomia, mas no

tumulto que os funerais do soberano podem provocar. Em outras palavras, a morte do soberano cria a situação excepcional.

Essa situação mostra que, a partir do principado romano, houve “uma incorporação direta do estado de exceção e da anomia diretamente na pessoa do soberano, que começa a libertar-se de toda subordinação ao direito para se afirmar como *legibus solutus*” (AGAMBEN, 2004, p.106). Assim, revela-se o legislador absoluto, aquele que detém o poder para legislar, mas que não se submete à lei, à semelhança da imagem do soberano em Schmitt que inaugura a ordem jurídica através de uma decisão política, mas permanece anterior à lei e a ela não está submisso ou subordinado, por ser ele a própria lei viva (*nomos empsychos*).

Há, assim, relação de identificação entre o soberano e a lei, indicando seu vínculo com a ordem jurídica, ainda que como fundamento anômico, como coincidência entre anomia e *nomos*. Nas palavras de Agamben, “o *nomos empsychos* é a forma originária do nexo que o estado de exceção estabelece entre um fora e um dentro da lei e, nesse sentido, constitui o arquétipo da teoria moderna da soberania” (2004, p.107). Portanto, a relação entre soberania e estado de exceção equivale à identidade entre soberano, enquanto lei viva, e anomia.

Agamben (2004, p.115) aponta que a suspensão do Direito pelo Senado através do *senatus consultum ultimum* e a consequente proclamação do *iustitium*, decorre de sua função específica na constituição romana, indicada pelo sintagma *auctoritas patrum*. A palavra *autoritas* tem origem no verbo *augeo*: *auctor* é *is qui auget*, aquele que aperfeiçoa o ato ou a situação jurídica de outro.

No Direito Privado, identifica-se a *auctoritas* com a propriedade do *auctor* de conferir validade jurídica a ato de outro sujeito que, isoladamente, não pode praticar ato jurídico válido, a menos que o ato jurídico fosse praticado por quem

já detém a *auctoritas*; trata-se de aperfeiçoar o ato que já existe, por ter o *auctor* o poder impessoal de ser fundamento para o ato jurídico praticado por outro.

No Direito Público, a *auctoritas patrum* se refere à prerrogativa por excelência do Senado no exercício de sua função constitucional, que age em ligação com o magistrado, como no caso do *consultum*, que não é vinculante de modo absoluto, ou para ratificar e tornar válidas as decisões dos comícios populares, assemelhando-se à *auctoritas* do âmbito privado (AGAMBEN, 2004, p.119/120).

Percebe-se, portanto, que a *auctoritas patrum* do Senado não representava o exercício de um poder absoluto e independente. Antes, pelo contrário, dependia de consulta ao magistrado ou de reivindicação dos comícios populares, sendo atrelada ao exercício da atividade política. E a *potestas* dos magistrados e do povo representava um poder que poderia ser exercido com independência na sociedade romana na atividade executiva.

Conforme Agamben (2004, p.121), no *senatus-consulto* último e no *iustitium* se encontra a figura extrema da *auctoritas*, a qual age como uma força que suspende a *potestas* onde esta age para reativá-la onde não estava mais em vigor, e essa figura extrema de suspensão do direito não tem vigência formal como direito.

E essa relação binária *auctoritas versus potestas* também estaria presente no instituto do *interregnum*, no qual os *patres auctores* (senadores de família consular) nomeavam um *interrex* para dar continuidade ao poder em caso de vacância ou inexistência de cônsul ou outro magistrado na cidade. Nessa situação, havia suspensão da *potestas*, pois no *interregno* não havia magistrados, Senado nem assembleias populares, cabendo a *auctoritas* assegurar o funcionamento da República e reativar a *potestas* (AGAMBEN, 2004, p.122).

Agamben (2004, p.123) destaca também um terceiro instituto do Direito Romano em que a *auctoritas* promovia a suspensão do Direito: a *hostis iudicatio*. Através desta o Senado declarava que um cidadão romano era considerado inimigo público por ameaçar a segurança pública por meio de conspiração ou traição. Nessa situação, o cidadão era destituído de todo estatuto jurídico, podendo ser privado de seus bens e condenado à morte. Nota-se que, nessa situação, a suspensão do ordenamento jurídico era seletiva, pois inaplicável ao *hostis iudicatus*, que representava uma exceção.

Cabe destacar, ainda, a *auctoritas principis*, que parece ser o nexó entre o direito romano e a nossa experiência política da modernidade. Por isso, Agamben (2004, p.124/127) rememora que, no principado romano de Augusto, o imperador era uma forma extrema da *auctoritas*, pois ele havia recebido do povo e do Senado todas as magistraturas, mas reivindicou a *auctoritas* como fundamento do seu *status* de *princeps*, vinculando-a à sua pessoa. Ou seja, o soberano passou a expressar em sua própria pessoa a *auctoritas*, apesar de o *imperium* e a *potestas* permanecerem vinculadas à magistratura. E essa tradição biopolítica da *auctoritas* como poder personalíssimo do soberano pode ser identificada modernamente no *Duce* e no *Führer*, em que o poder autoritário era inerente à pessoa física.

Por essa razão, o exercício da *auctoritas* na suspensão da *potestas* assemelha-se à decisão do soberano sobre a suspensão da ordem jurídica ou, em outras palavras, sobre o estado de exceção na modernidade ocidental. Nesse sentido, Agamben leciona que:

o sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito - ...

*potestas* -, e um elemento anômico e metajurídico - ... *auctoritas*” (AGAMBEN, 2004, p.130).

Esse sistema jurídico seria estruturado em uma relação dialética entre o elemento normativo, a *potestas*, cuja aplicação dependeria do elemento anômico, a *auctoritas*, o qual para poder ser aplicado dependeria de uma relação de validação ou de suspensão da *potestas*. Para o filósofo italiano, essa relação dialética entre *auctoritas* e *potestas* exprime a implicação entre Direito e vida numa fundação recíproca:

E o estado de exceção é o dispositivo que promove essa articulação entre os elementos normativo (*potestas*) e anômico (*auctoritas*), pois está embasado na ficção de que a anomia (*auctoritas* ou lei viva) mantém relação de validação com o direito, enquanto o poder de suspender a norma mantém contato com a vida, ao determinar hipóteses de ausência de sua tutela.

## Conclusão

O presente estudo buscou explicitar a perspectiva de Giorgio Agamben acerca do estado de exceção, demonstrando a maneira como autor se utiliza do método genealógico para comprovar a tese da anomia, segundo a qual a exceção é uma situação de vazio de Direito determinado pela ausência de efetividade jurídica, pela supressão da lei. Nestes casos surge uma separação entre lei e força, de modo que há lei sem força e força de lei em atos que não são legislativos.

Na primeira parte do texto, foram expostas as ideias de Nietzsche sobre o método filosófico genealógico, pois ele foi o primeiro a conferir o atual sentido de genealogia que difere da preocupação com uma historicidade original, buscando respostas alternativas à fabulação mítica. Nesta seção inicial também foram apresentadas as ideias de Foucault sobre o

método genealógico que buscavam descortinar os processos de formação dos discursos e das regras que forjam nossa noção de verdade e a grande influência que o método genealógico teve sobre o pensamento de Agamben.

A segunda parte do presente trabalho tratou do sentido que Agamben confere ao estado de exceção e que se interliga com a noção de anomia ou supressão da ordem jurídica. Para Agamben, o estado de exceção se generalizou no mundo contemporâneo, de modo que as democracias ocidentais europeias e os Estados Unidos da América são exemplos do emprego da exceção em nome da ordem política, militar e econômica. Agamben demonstra que, por detrás desta ideia de necessidade estatal na defesa da ordem, subjaz o vazio jurídico (anomia) no manejo do poder.

A terceira divisão do texto percorreu a utilização do método genealógico por Agamben, a fim de comprovar a tese da anomia, estabelecendo um nexos entre institutos arcaicos do direito romano e a nossa experiência política. Pelo emprego da genealogia, percorrendo a respeito de algumas figuras jurídicas do Direito Romano, Agamben demonstrou que o estado de exceção sempre se configurou pela inaplicabilidade do Direito ou pelo afastamento da ordem jurídica em determinadas circunstâncias, em razão da ausência de vedação, de permissão ou de obrigação jurídica.

Percebe-se que o método genealógico serve atualmente aos objetivos de Agamben para comprovar paradoxos relativos ao poder, ao Estado e ao Direito. É o caso da genealogia do estado de exceção que explica a forma de governo contemporâneo das democracias ocidentais cujas raízes se estendem ao mundo romano, que trata de afastar a ordem jurídica em benefício do poder que suprime os direitos mais fundamentais de certos grupos.

Por fim, pode-se concluir que Agamben utiliza o método genealógico para demonstrar a existência de um estado de anomia que serve ao exercício do poder desde sempre, confirmando, com isso, que a investigação genealógica permite o acesso a uma ontologia do presente na medida em que este se apresenta como construção contínua do passado.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BINOCHE, Bertrand. Do valor da história à história dos valores. *Cad. Nietzsche*, São Paulo, n. 34 - vol. I, p. 35-62, 2014.

CHUERI, Vera Karam de. *Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma)*. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 795-824, jul./dez., 2011.

DECOTHÉ JUNIOR, Joel. Sobre o Método: Continuidade e descontinuidade entre as genealogias de Giorgio Agamben e Michel Foucault. *Kalagatos*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 59-75, maio-ago, 2017.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a Filosofia*. Trad. de Ruth Jofily Dias e Edmundo Fernandes Dias. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. São Paulo: Graal, 1989.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

# Reflexões sobre o acesso à justiça após lei nº 13.467/2017

*Vanessa Dias de Oliveira*

## Introdução

O direito do trabalho constitui-se como direito social fundamental, previsto essencialmente nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal (CF). É de extrema importância que os direitos conferidos ao trabalhador sejam efetivamente respeitados, tendo em vista que o trabalho é ferramenta que assegura uma vida digna.

Diante da hipossuficiência<sup>1</sup> do obreiro esta justiça especializada conta com uma vasta gama de princípios que têm por finalidade precípua resguardar os direitos dos trabalhadores. Entre eles, destaca-se o Princípio da Proteção, o qual era igualmente aceito no processo do trabalho.

---

1. Refiro-me à desigualdade socioeconômica entre empregador e empregado que, como consequência, gera desigualdade processual. Por isso, o processo do trabalho é regido igualmente pelo princípio da proteção, cuja função é proteger o empregado, parte mais fraca desta relação, pois se encontra em situação de inferioridade.

O objetivo deste artigo é fazer com que o leitor possa refletir acerca do discurso da efetividade do processo, bem como o de demonstrar que algumas das inovações trazidas com a Reforma Trabalhista constituem verdadeiros óbices ao acesso à justiça. O texto é dividido em quatro partes. Num primeiro momento será tratado o conceito de efetividade e sua importância para o acesso à justiça. Depois, o foco volta-se à justiça trabalhista. Num terceiro momento, serão abordados alguns novos dispositivos da lei nº 13467/2017<sup>2</sup> e seus reflexos no acesso à justiça do trabalho. Após, as reflexões conclusivas. Para tanto, serão feitos comentários sobre alguns novos artigos expondo o reflexo deste novo regramento, que auxiliou a queda significativa de processos iniciados entre janeiro e fevereiro de 2018, conforme dados obtidos no site do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

## 1. A efetividade do processo e sua concepção instrumentalista

O Direito do trabalho visa assegurar condições de trabalho mais benéficas, por meio da garantia de direitos inerentes ao próprio obreiro enquanto ser humano, tendo como finalidade a Justiça social:

A própria sobrevivência deste direito como ramo jurídico autônomo está condicionada à preservação de seu princípio básico, qual seja a preocupação com a Justiça Social. Um direito do trabalho,

---

2.Lei nº 13467 de 13 de julho de 2017, que 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.

que na aplicação concreta, produza resultados injustos, perde, plenamente, o seu sentido (SOUTO MAIOR, 2011,p.558).

O princípio da proteção encontra suporte na dignidade da pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil prevista no artigo 1º desta, bem como na própria valorização do trabalho. Este princípio evidencia o caráter protecionista também no direito processual do trabalho que, ao reconhecer a desigualdade jurídica existente entre empregador e empregado, trata de conferir superioridade jurídica a este último, para que obtenha maior igualdade durante a relação processual laboral.

Na seara processual este princípio deve ser observado e respeitado com o intuito de favorecer o acesso à justiça pelo trabalhador, ao menos era esse o entendimento antes da reforma trabalhista.

Dentro deste cenário de valorização da pessoa, destaca-se, cada vez mais, o caráter instrumental do processo trabalhista. Conforme Cândido Rangel Dinamarco (2009) o processo passou a ser visto como um conjunto de elementos éticos que se entrelaçam de forma harmônica com finalidade comum de garantia de objetivos a serem alcançados nos planos social, político e econômico.

Toda a preocupação que se tem atualmente a respeito do conteúdo da norma não é tão recente assim. Na época denominada de “Estado Legislativo” a validade da norma era levada em conta apenas sob o aspecto formal, ou seja, se elaborada por autoridade competente. Observado o princípio da legalidade, questões tais como a justeza de uma norma não constituía objeto de discussão. Foi com o advento do Estado Constitucional de Direito, durante o século XX, que a validade das normas passou a ser observada não apenas pelo aspecto formal, mas também pelo substancial. Neste sentido:

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de Direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. (...) Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é sua legitimidade e sua justiça (BARROSO, 2010, p. 41)

Como já defendido por Chiovenda (1969,p.46) “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

No Brasil esta nova concepção é recebida em maior escala com o advento da Constituição Federal de 1988, que traz em seu corpo máxima proteção à pessoa, prevista artigo 1º, inciso III, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana. A finalidade precípua de nosso Estado Democrático de Direito não é outro, portanto, senão a valorização da pessoa. Para tanto, a Constituição elenca inúmeros direitos e garantias a todos os indivíduos. Neste sentido, a previsão dos direitos sociais no artigo 6º e, dentre eles, o direito ao trabalho.

Aplicado ao processo do trabalho, o princípio da instrumentalidade o concebe como meio para a garantia de uma ordem cujas decisões sejam realmente justas, quando os trabalhadores tiverem seus direitos violados:

Nessa linha, sendo o Direito Individual do Trabalho um campo jurídico que busca concretizar os diversos princípios constitucionais humanísticos e sociais no mundo laborativo, inclusive o princípio da igualdade em sentido material, torna-se lógico e natural que o Direito Processual do Trabalho ostente regras e princípios que visem garantir, realmente, o amplo acesso à justiça à pessoa humana trabalhadora e lhe assegurar, no plano processual, condições de efetiva igualdade material, reequilibrando a forte desigualdade que existe entre as partes trabalhistas no plano concreto da vida socioeconômica e laborativa. (DELGADO; DELGADO, 2017,p. 288)

E o que a doutrina entende por decisão justa?

Ada Pellegrini Grinover (2009) entende que o juiz deve basear-se no critério da justiça ao analisar a prova, ao interpretar os textos do direito positivo. Neste sentido, não deve o juiz requer provas à exaustão impossibilitando que o direito material seja exercido pela parte. Havendo mais de uma interpretação deverá prevalecer aquela que proporcione um resultado justo, mesmo que teoricamente a vontade do legislador pareça ser em direção oposta “e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade em prol da justiça é que deve conformar-se” (GRINOVER, 2009,p. 41).

As leis trabalhistas, como outra qualquer, necessitam de mudanças para se adequarem à realidade social. Tanto é verdade que os estudiosos e operadores do direito se deparam constantemente com novas súmulas, Orientações jurisprudenciais e precedentes normativos expedidos.

A lei nº 13467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista veio à tona com o escopo de gerar mais empregos, bem como de atualizar as leis existentes, tendo em vista que a

Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943 não mais conseguiria atender aos anseios de todos os setores da economia. Mas, apesar de ser esta sua finalidade, o certo é que cada vez mais há posicionamentos no sentido de considerar inconstitucionais diversos dispositivos desta reforma.

## 2. Acesso efetivo à justiça trabalhista

O princípio do acesso à justiça se constitui como direito fundamental e encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito”. Além disso, é previsto também nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

A garantia de acesso à justiça visa a proteção do indivíduo contra abusos cometidos pelo próprio Estado. Durante o Estado Liberal, o acesso à justiça era entendido apenas como o direito formalmente previsto do cidadão de propor ou contestar uma demanda e, sendo considerado direito natural, não havia preocupação do Estado com vistas a sua proteção. Com o reconhecimento dos direitos sociais a questão do acesso à justiça passou a se relacionar com a noção da efetividade do processo. Assim, tornou-se necessária atuação do Estado para garantia desses direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A doutrina brasileira defende o acesso efetivo à justiça não apenas por uma concepção estritamente formal, ou seja, o meio pelo qual os indivíduos reivindicam seu direito. Defendem, especialmente, um acesso a uma ordem jurídica justa que permita aos indivíduos, em paridade de armas<sup>3</sup>, parti-

---

3. Visa à garantia de maior efetividade possível ao processo, assegurando às partes do processo tratamento isonômico, observando-se, para tanto, os aspectos formal e material de igualdade.

cipar da formação do convencimento do juiz. Ada Pellegrini defende um modelo processual cuja finalidade maior seja o de garantia de efetividade em suas decisões:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa (GRINOVER, 2009, p.39).

Com as mudanças processuais trabalhistas que entraram em vigor no mês de novembro de 2017, os indivíduos, e em especial os trabalhadores se depararam com dispositivos que parecem contrariar toda essa visão de justiça, caracterizando-se como obstáculos ao acesso à justiça.

### 3. Comentários a alguns dispositivos da lei nº 13467/2017: avanço ou retrocesso de direitos?

A história demonstra que os direitos conquistados pelos trabalhadores, numa perspectiva mundial, foram fruto de intensas lutas e reivindicações por melhores condições de emprego. No Brasil, a Constituição de 1988, considerada como advinda de um processo de redemocratização foi grande marco na afirmação dos direitos dos trabalhadores. E o direito processual do trabalho tem a incumbência de devolvê-los aos empregados quando desrespeitados estes direitos.

Com a intensificação dos debates em relação aos direitos humanos, o acesso à justiça passou a ser visto “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p.12).

A lei nº 13467 de 13 de julho de 2017 que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, observada a *vacatio legis* de 120 dias, alterou diversos dispositivos da CLT, bem como criou outros, tanto no que concerne ao direito individual do trabalho, quanto a normas de direito coletivo e normas de direito processual. Alterou também algumas leis, tais como a lei nº 6019/1974, sobre o trabalho temporário.

A sociedade brasileira é marcada por grandes desigualdades sociais. Por conseguinte, não são todos os indivíduos que conseguem arcar com as despesas advindas de um processo. Então, a gratuidade de justiça procurou permitir que o cidadão que não pudesse arcar com as custas do processo não tivesse prejudicado seu direito constitucional de ação.

Antes da reforma, o benefício seria concedido àqueles que percebam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, bem como àqueles que declarassem, sob as penas da lei, a ausência de condições para pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Com a reforma, a justiça gratuita será concedida àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, sendo necessária a comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, consoante artigo 790, parágrafos 3º CLT. O parágrafo 4º deste artigo prevê que isto não impede que o juiz defira a gratuidade a quem “comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

A necessidade de comprovação de insuficiência de recursos caracteriza-se como verdadeiro retrocesso de direitos, e segundo lição de Bezerra Leite:

Essa exigência de comprovação do estado de hipossuficiência econômica constitui violação ao princípio da vedação do retrocesso social e obstáculo direito/princípio fundamental do acesso à Justiça (do Trabalho) para o trabalhador, especialmente aqueles mais pobres, analfabetos ou de baixa qualificação profissional (LEITE, 2017, p.14).

Ressalta-se que o conceito de assistência judiciária gratuita está mantido e abrange os honorários do advogado e perícias, o que o torna mais protetivo do que as novas regras do processo do trabalho, em uma dicotomia histórica nunca vista antes neste país.

Conforme se vê a nova norma fere o princípio da proteção ao trabalhador e ainda vai de encontro ao sistema constitucional de garantia ao acesso à justiça. Ao tratar-se de direitos fundamentais a norma específica só será utilizada quando mais benéfica que a geral. Nesta linha de pensamento, os doutores Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo:

Uma norma geral, aplicável a todos, tratando de direito fundamental, cria um patamar mínimo que, portanto, não pode ser diminuído por regra especial, sob pena de inserir o atingido na condição de sub cidadão. (Revista eletrônica TRT 9ª região, 2017, p. 80)<sup>4</sup>

---

4. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/#page/6>>. Acesso em 20 de nov. de 2017.

O novo artigo 790-B da CLT fixou ser da parte sucumbente na pretensão a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que esta seja contemplada pelo benefício da justiça gratuita.

Antes da reforma, se a parte sucumbente neste pedido estivesse sob a proteção da justiça gratuita caberia então à União arcar com as despesas relativas ao honorário pericial. Parece que este dispositivo fere o estipulado pela Constituição Federal, no já mencionado artigo 5º, inciso LXXXIV que assegura assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Corroborando com este entendimento Vólia Bonfim:

A gratuidade de justiça atinge não só as custas, mas também as despesas processuais e dos honorários periciais. Assim, não tem sentido impedir a realização da prova daquele que não tem condições de arcar economicamente com ela, o que importaria em afastamento da jurisdição, que é inconstitucional. Além disso, contraria a regra contida no artigo 95, p. 3º do CPC, que garante a gratuidade inclusive para honorários periciais. (CASSAR,p.43)

Em benefício do empregado reclamante, estando a parte sob o abrigo da assistência judiciária gratuita o mais correto seria a inaplicabilidade deste dispositivo. Continuando, apenas no caso em que o beneficiário não tiver créditos em juízo, mesmo que em outro processo de outra natureza, suficientes para o pagamento dos honorários periciais é que estes caberão à União, conforme novo artigo 790-B, parágrafo 4º, CLT.

Pelo artigo 100, parágrafo 1º, da CF o crédito trabalhista possui natureza alimentar, pois advém “de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios

previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez” e, sendo eles insuscetíveis de compensação, como então poderá haver compensação que tenha objeto crédito trabalhista?

Tais dispositivos caracterizam-se como redução do direito fundamental de acesso à justiça, “além de desestimularem os pedidos concernentes à tutela do meio ambiente do trabalho, pois nessas demandas há, muitas vezes, obrigatoriedade de produção de prova pericial (Leite, 2017, p.15).

Este novo regramento desestimulará o empregado a ingressar com ação pleiteando direitos, caso estes dependam de prova pericial, ainda mais quando constatamos que o ativismo judicial traz inúmeras jurisprudências em torno de um mesmo tema, por vezes, favoráveis ao trabalhador, outras nem tanto. Então as demandas controvertidas chegarão com menos intensidade ao judiciário trabalhista, dada a barreira de acesso à justiça que se operou na reforma.

Ainda, conforme o novo artigo 844, parágrafo 2º, CLT o beneficiário da gratuidade de justiça deverá ser responsabilizado pelo pagamento das custas processuais na hipótese de ausência à audiência inaugural, sendo o pagamento de tais custas condicionado à possibilidade de se propor nova demanda. Este pagamento apenas não será obrigatório caso se comprove, dentro de 15 dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Com a reforma trabalhista passam, também, a serem devidos honorários sucumbênciais (artigo 791- A e parágrafos, CLT) na justiça do trabalho, com valor entre 5% e 15% sobre o valor da liquidação da sentença, o proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa.

Antes desta reforma os honorários sucumbências, na área trabalhista, não decorriam apenas de mera sucumbência. Era necessário que se observassem dois requisitos cumulativos: ser beneficiário da justiça gratuita e estar assistido por sin-

dicato da categoria, conforme súmulas. E, agora, diferentemente de como ocorria, a mera sucumbência é capaz de gerar a obrigação do pagamento desses honorários.

Ressalta-se que serão devidos ainda que o advogado atue em causa própria e quando a parte estiver assistida pelo sindicato pertencente a sua categoria. Caberá, igualmente, nas ações em face da Fazenda Pública e na reconvenção. Quando se tratar de procedência parcial, será arbitrada pelo magistrado sucumbência recíproca. Se a parte vencida tiver o benefício da justiça gratuita e não adquirir proveito econômico, o crédito ficará suspenso e decairá após o decorrer de dois anos do trânsito em julgado.

A fim de alcançar um acesso efetivo à justiça devem ser combatidas as diferenças entre as partes. Entretanto, as mudanças trazidas em alguns dispositivos da CLT, ao invés de combater essas desigualdades, demonstram em verdade que terão efeito diametralmente oposto.

Na obra *Acesso à Justiça* Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978) identificam alguns obstáculos a esse acesso dito efetivo. Dentre eles interessante ressaltar três: as custas judiciais, o tempo e a possibilidade das partes.

As custas judiciais criam obstáculos ao acesso ao judiciário. Interessante lição de Cappelletti e Garth demonstra que em países que adotam o princípio da sucumbência, a penalidade para o sucumbente é duas vezes maior em relação aqueles que não o adotam, já que este deverá arcar com custas de ambas as partes.

Com a adoção dos honorários sucumbenciais trabalhistas as lições trazidas por Cappelletti e Garth encaixam-se perfeitamente à realidade brasileira. Neste sentido, a penalidade para o sucumbente no processo trabalhista será duas vezes maior, se levados em consideração os ensinamentos acima trazidos.

O tempo também seria uma grande barreira, tendo em vista que em vários países o processo demora anos para che-

gar ao seu fim, aumentando as custas para as partes e fazendo com que a parte mais frágil economicamente acabe aceitando acordos com valores muito menores ao que teriam direito.

A prática forense brasileira demonstra que essa afirmação se faz presente em nosso judiciário. Por vezes, o empregado reclamante, diante da excessiva morosidade que paira sobre a justiça de nosso país e, somada a natureza alimentar do salário, firma acordos com valores bem inferiores ao que faria jus.

A possibilidade das partes significa que algumas pessoas possuem certas vantagens. Dentre as hipóteses previstas, encontra-se o recurso financeiro: pessoas físicas ou jurídicas que possuem grandes recursos financeiros possuem vantagens quando da propositura ou para se defender em alguma demanda, vez que podem suportar as custas do processo e gastar mais, afim de melhor demonstrar seu ponto de vista.

Esta situação agrava-se quando se trata da justiça trabalhista. Em regra, o empregador possui maiores recursos financeiros, que o possibilita suportar melhor os gastos de um processo. Esta condição se intensifica quando estamos diante de grandes empresas. E é por isso também que o princípio da proteção acima mencionado deve (ou ao menos deveria) servir de norte para a criação de leis trabalhistas.

O novo artigo 840, parágrafo 1º da CLT passa a prever a necessidade de liquidar a petição inicial agora também no procedimento ordinário.

Antes da reforma, a reclamação trabalhista já havia previsão na CLT, no artigo 840, parágrafo 1º. A alteração se deu em relação ao pedido da petição inicial, que deverá, a partir da reforma, conter a indicação de valor referente a cada pedido, sob pena de extinção dos pedidos sem resolução de mérito (parágrafo 3º).

Diante desta situação, surgiram diversos posicionamentos sobre a necessidade de liquidação ou não dos pedidos na inicial. Neste sentido, alguns magistrados entendem pela ne-

cessidade de liquidar os pedidos e outros defendem a desnecessidade, uma vez que a lei não se refere de forma expressa à exigência de liquidação, mas apenas a indicação de valor.

Grandes discussões e por que não dizer tormentos, ocorre e continuará a ocorrer com o debate da doutrina e jurisprudência em torno da regra do artigo 507- A, que assegura que nos contratos individuais de trabalho, cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada a cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

Ou seja, o acesso à justiça poderá ser suprimido neste momento em que, sabidamente, ocorre a subordinação jurídica do empregado ao empregador, por necessidade vital de se manter vivo com sua família, pois é do trabalho que todo obtém o bem da vida em matéria de sobrevivência. Ainda é o salário a maior fonte de permanência de vida.

E se ainda não bastasse tal norma inconstitucional o artigo 507-B da CLT faculta a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria, com eficácia geral, o que também poderá representar uma negativa de acesso à justiça trabalhista na medida em que se dá quitação a direitos sem a possibilidade de discussão de tais valores quitados.

Agiganta-se, assim, um afastamento de acesso à justiça do trabalho. Ao menos, essa foi a intenção da reforma trabalhista e não a proliferada por seus idealizadores.

E mais. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já havia consagrado que as dispensas coletivas somente poderiam ser realizadas com apoio da entidade sindical da qual pertence os supostos empregados dispensados.

Era pacífica a tese no TST de que era imprescindível a negociação coletiva antes da dispensa em massa de trabalhadores de uma empresa. E contra isso, o que fez a reforma trabalhista contra tal entendimento constitucional: trouxe à baila o artigo 477-A da CLT que, explicitamente, permite a dispensa coletiva sem apoio sindical, ao estabelecer que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Diante disso, um fato recente chamou a atenção: uma Universidade privada iniciou, em 05 de dezembro de 2017 a dispensa de cerca de 1200 professores sem qualquer negociação coletiva, vindo o sindicato, SINDPRO RIO, ingressar com ação para suspender essas demissões, obtendo uma liminar até que a Instituição de Ensino cumpra exigências estabelecidas em tutela antecipada.

Logo, tudo está a indicar que a reforma trabalhista alterou eixos centrais do direito do trabalho, mas também mitigou o acesso à justiça do trabalho com práticas empresariais de supressão desse meio de acesso. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, afirmam que

Trata-se, sem dúvida, de um constrangedor complemento à lógica das mudanças promovidas pela lei nos campos do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho, agora dirigidas ao Direito Processual Trabalhista. E nessa direção processual trabalhista, a nova lei evidencia uma estrutura concertada e brandida no sentido de comprometer o patamar civilizatório processual garantido pela Constituição da República e pelo Direito Processual do País às pessoas humanas simples e destituídas de

poder e de riqueza na realidade brasileira. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 48).

Não é à toa que as Varas Trabalhistas do país registraram<sup>5</sup>, na fase de conhecimento, 210.195 processos entre janeiro e fevereiro de 2018. Conforme a coordenadoria de estatística e pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a quantidade de ações recebidas teve uma redução de 45% por cento em comparação ao mesmo período do ano anterior.

## Considerações finais

Diante de tantas mudanças trazidas com a Reforma Trabalhista parece que o caráter protecionista do direito do trabalho perde força, obstaculizando o acesso à justiça e prejudicando com maior intensidade a parte mais fraca do vínculo trabalhista, o trabalhador.

Por tantos novos dispositivos, outra questão surge e que diz respeito ao aspecto temporal da lei: será ela aplicada a todos os processos em curso? Por ser novidade legislativa haverá diversos entendimentos a respeito desta questão e certamente a segurança jurídica restará prejudicada.

Por todo o exposto fica a sensação de que a tão almejada efetividade do processo está bem longe de ser alcançada na prática.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

---

5. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica>> Acesso em 18 de maio de 2018.

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

BRASIL. Decreto-lei nº 5452 de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo**, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11984

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Reforma Trabalhista**: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. Revista eletrônica OAB/RJ. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/?artigo=reforma-trabalhista-comentarios-ao-substitutivo-do-projeto-de-lei-678716&HTML>>. Acesso em 27 de nov. de 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, nº. 12.

Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual das Varas do Trabalho no TST**. Disponível em: <<<http://www.tst.jus.br/web/estatistica>>. Acesso em 18 de Maio de 2018

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. 6a ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Reforma Trabalhista (lei 13467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho**: Breves comentários sobre alguns Institutos de direito processual do trabalho. Revista eletrônica Unifacs. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087>>. Acesso em 18 de nov. de 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Reforma Trabalhista**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, Paraná, v. 06 n. 61, p. 57-92, jul/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/#page/6>>. Acesso em 20 de nov. de 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho – Teoria Geral do Direito do Trabalho – Volume I Parte I**. LTR, 2011.

# O tenentismo judicial: a insurgência do merecimento

*Alan Felipe de Oliveira Chagas e Aloán Rosário de Oliveira*

## Introdução:

Datados aproximadamente cento e vinte e nove anos de nossa proclamação da República, identifica-se um longo período de mudança de nosso pacto Constitucional atravessando por cinco Cartas Magnas, até o atual Diploma, a Constituição de 1988. Deste texto se brindou um novo momento da política brasileira, ao qual, de forma principal se consagrou a criação e proteção de três Poderes, harmônicos e independentes entre si (BRASIL, 1988).

Portanto, para garantir uma ação idônea no ato de agir destes poderes foi regimentado o entendimento de que cada Poder teria sua função típica e atípica, sendo o último utilizado somente em casos extremos. Conforme ressalta José Afonso da Silva (2017), o legislador constituinte teve por interesse principal evitar a utilização contínua da atipicidade, do direito de intervir.

Todavia o que se identifica é a constante utilização do Princípio da Inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, como modo de satisfazer a má qualidade de produção legislativa ou sua constante abstinência sobre assuntos com pontos delicados, que trariam ao legislador ou ao chefe do executivo a perda de votos. Por outro lado há também interesses diversos, que fazem legisladores aprovar leis mediante loteamento de cargos públicos ou de benesses aos seus partidos.

Sendo assim, instiga-se a responder as questões-problema: a constante utilização do Poder Judiciário para as funções de fiscalização e produção normativa, quanto aos Poderes Legislativo e Executivo, causam uma anomalia em nosso pacto republicano, através do ressurgimento do Poder Moderador? A Judicialização demasiada não seria uma insurgência política do Judiciário quanto ao acesso, manutenção e utilização de um poder republicano?

Para sanar estas questões, será utilizada a pesquisa bibliográfica, no intuito de analisar instrumentos que comprovem, durante os quase 30 anos da Carta de 1988, a escalada da utilização do Poder Judiciário para a mitigação destes problemas, assim como também a observação do momento político-social atual, que mitiga atuação dos Poderes políticos que ao invés de proteger grande parte do povo, se detém a pequenos grupos.

Além disso, utilizaremos a observação e análise da atuação do Juizado Especial Cível no Rio de Janeiro, como forma de validar as questões acima, nas quais se identifica atuação do Judiciário como legislador, evitando a postulação judicial, o acesso à justiça.

E por fim, entender esta insurgência na qual o Poder Judiciário, através das provas, títulos, jurisprudências e leis, pretende se tornar um Poder acima de todos os outros. Compreendendo como a renúncia política da população brasileira é um problema, junto com o assistencialismo, vem causan-

do um tumor na evolução de nossa sociedade e danificando nossa República.

## 1. O fator histórico:

Alguns motivos históricos nos permitem entender a ineficiência de nossa produção legislativa. Somos herança de uma cultura de estrutura administrativa centralizadora, na qual em muitas vezes nos impede de crescer como sociedade, pela rigidez da estrutura criada. Tal estrutura foi uma consequência da Monarquia, e logo depois de incrementado pelo governo populista de Vargas. Em suma, somos uma nação que sempre dependeu de uma força superior para indicar nosso norte, nossa melhor condição de vida e esta dependência de um poder supremo é um ponto crucial a ser compreendido.

Com o fim do regime militar e a reestruturação democrática, o que seria o momento correto para fragmentarmos o poder centralizador, elegendo uma mudança em nossa forma de União, dando fiel independência aos estados-membros, de nossa estrutura organizacional estatal. Portanto, é decidido manter a rigidez, causando à dependência das unidades federativas a mesma.

Ao elaborar o texto Magno poderíamos ter optado por grandes e substanciais mudanças políticas, em tornar a participação popular mais efetiva, gerando em uma responsabilidade na utilização de recursos públicos e na manutenção legislativa de nossa sociedade. Mas somos temerosos ao novo. Tanto que nossa Constituição é o recorte e costura de diversas positavações de diversos países, como Polônia, Portugal, Itália. E até o atual momento segue em contínua alteração, numa crescente transformação por suas inúmeras emendas.

Desta forma, nós brasileiros, em sua grande maioria, ainda detemos do pensamento de não acreditar em políticos, e

de que eles não são capazes de resolver nossos problemas, por outro lado não os relacionamos com o Estado (GARSCHAGEN, 2015), depositando extrema confiança de que esta personificação isoladamente solucionará nossos problemas.

Esta personificação que não sofreu uma aculturação, e ainda encontra-se enxertada em nossa população que vislumbra a vanguarda do governo pai-de-todos. Esta endemia institucional se deve ao populismo do passado.

Devemos aliar ao pensamento anterior, que o paternalismo eleitoral funciona fora das fronteiras dos cargos políticos. A compra de votos de eleitores por pequenos favorecimentos seja por dinheiro, tratamento médico ou dentário, ou simplesmente por extremo partidarismo voluntário e promessas políticas, assim como também pactos políticos, nos ajuda também a perceber algumas motivações para chegarmos ao atual quadro.

## 2. Abstinência legislativa e o voluntarismo judicial:

O Poder Legislativo e Executivo se distanciam ao máximo dos problemas populares. Desta forma, evitam, de forma clara e franca, legislar sobre o objeto de temas sensacionalistas, como: fim do foro privilegiado, redução de maioria penal, prisões em segunda instância, aborto, a reforma do código penal. Estas escusas da tipicidade do órgão causam defasagens na sociedade.

A abstinência em fiscalizar as necessidades sociais se deve ao paternalismo eleitoral. Como acabar com a assistência social que causa dependência? Como evitar a depreciação e incentivar o emprego? Como incentivar o investimento empresarial, com extensivas cargas tributárias, legislações que prejudicam a evolução organizacional, onde o empresário é visto como vilão? Em muitos dos quadros é preferível investir em ativos acionários a iniciar um novo negócio.

É este hiato que deve ser visto e identificado para que torne clara a compreensão de que um conjunto político ineficiente causa mazelas gigantescas na sociedade, transformando-a em passivos agentes a depender da agenda social política. Muitas das vezes esta ineficiência administrativa governamental causa problemas sérios na economia e no repasse de recursos às pastas da administração pública.

Sendo assim, nesta forma recorrente de atuação política e diversas lides recorrentes, tais questões são encaminhadas ao Judiciário, embasados no princípio da inafastabilidade de apreciação judicial.

O progresso do voluntarismo judicial permite perceber que a baixa qualidade de nossos políticos tem provocado uma extensão na atuação natural do Poder Judiciário. O que deveria ser uma eventualidade está se confirmando como regra. Conforme Cittadino (2002):

“A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.”

Daí percebe-se que o Poder Judiciário está absorvendo o papel de Poder Moderador, seja pela crescente demanda da decisão judicial por questões políticas, por descrédito legislativo ou por uma maior participação da sociedade, mesmo que tímida, na relação ética e política.

Apesar dos tribunais constitucionais serem responsáveis pela limitação da atuação da Constituição, observa-se que existe um desgaste nos meios de comunicação quanto a constante atuação do Judiciário, em diversos temas. Este passo para trás do Poder Legislativo causa uma ruptura, uma mudança, que aparenta ser desejada, seja para reafirmação do poder ou pelos interesses ocultos que subitamente impedem ao Congresso Nacional de analisar certas questões.

### 3. Caso prático da legislação judicial: mero aborrecimento:

Enriquecimento sem causa é a proteção dada pelo nosso Código Civil (2002), em seu artigo 884, o qual visa impedir o crescimento assustador de bens de uma das partes em detrimento a outra, ou seja, o mesmo é caracterizado em três principais formas: ausência de justa causa, enriquecimento ilícito e o efetivo nexos causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, entre as partes.

Quando atentamos aos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, percebemos que em diversos casos o *periculum in mora* é recorrente. Porém além da demora processual há temas recorrentes e as ações muitas vezes são petições semelhantes, as quais só se alteram a parte autora.

Para termos uma ideia fática, de 2014 até 2018, duas empresas de telefonia encabeçam o ranking de acionadas do TJ-RJ, com 435.439 postulações, no somatório total de ambas, em Juizados. Após segue uma operadora de energia elétrica, com 168.426 processos. Do total do ranking, em cinco anos temos um total de 1.850.055 processos provocados aos juizados (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018).

O Código de Defesa do Consumidor, grande advento criado através de nossa Constituição de 1988, ajudou em divulgar os dados acima, permitindo observar como as pessoas não conseguiam se manifestar de forma objetiva contra as atitudes das diversas empresas de serviços e produtos.

Além do mais, fica claro observar que a qualidade no serviço das empresas prestadores de serviços ou produto pouco mudou, portanto identifica-se uma queda entre 2014 a 2018, quanto aos processos provocados. Em 2014 o primeiro colocado do ranking possuía 81.145 processos postulados, já em 2017 o mesmo réu em epígrafe na lista possuía somente 21.238 ações.

Tal redução justifica aplicação do gargalo chamado: “mero aborrecimento”. Tal instituto, não é positivado em nosso ordenamento. Portanto esta anomalia foi absorvida pelo TJ-RJ como um filtro para reduzir o número de postulações adentradas contra estas empresas, sendo aplicada de forma evidente por seus juízes leigos.

Ademais, a recorrente aplicação do instituto citado, causa um benefício ao réu, pela existência de uma tabela, que pré-define como será procedido o julgamento, no tocante ao *quantum* indenizatório. Tal pensamento é fundamentado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça do RS no Acórdão do RE 1.152.541-RS, no qual o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino esclarece o problema que vivenciamos (2011):

“Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira. Assim, se o agente ofensor é uma grande empresa que pratica reiteradamente o mesmo tipo de evento danoso, ele-

va-se o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato. “

Ou seja, o Ministro de forma cautelosa pontua a necessidade de cuidado ao indenizar o autor por dano moral, portanto alerta que o perigo é muito maior se o agente ofensor de forma reiterada pratica o mesmo ato, ou atos semelhantes, nos quais as indenizações não são acrescidas pelo seu dolo eventual.

#### 4. A insurgência em andamento

Ao debruçarmos sobre o caso prático da questão do tópico acima, verifica-se uma mudança na forma de interpretação da aplicabilidade da lei. Anteriormente, utilizávamos a forma ascendida pelo Direito Romano (NADER, 2015), no qual se vale o escrito. Portanto, é observada uma mudança da aplicabilidade do direito quanto à interpretação da lei por critério do Magistrado.

Esta mudança deve-se principalmente a recorrente necessidade de utilização do Judiciário para tomar decisões sobre aspectos ainda não legislados. Os temas são variados e muitas das vezes encontram um travamento por parte do Congresso para sua apreciação. Como consequência desta falta de ação legislativa o Judiciário é colocado em ação como forma de decidir o problema em si.

Veja, que quando falamos em tribunais constitucionais estamos utilizando a presunção constitucional de aplicação do poder de moderação para resolver os conflitos entre os Poderes. A partir deste momento é radiada aos Juízos inferiores a mesma capacidade de interpretação de acordo com a Constituição.

Daí surge uma nova classe brasileira, que urge por poder. A classe do tenentismo judicial, a qual diversos Magistrados e Promotores Públicos são adeptos. Vamos compreender um pouco mais.

Tenentismo foi um movimento contra o governo Vargas, no qual alguns militares se opuseram ao governo no intuito de através das armas alcançarem o poder e assim facilitar a democratização, evitando a influencia das oligarquias, à época dominante.

Por outro lado, chama-se de Tenentismo Judicial o movimento promovido por Promotores e Magistrados, os quais através do merecimento de terem passado em um certame público e exercerem a progressão de cargo, de através da caneta, determinar pontos a serem cumpridos pela sociedade, intervir na atuação dos poderes republicanos, aplicar novas condições processuais, entre outras ações. Toda a forma de aplicação do poder desta nova classe média, a qual sente orgulho pelos seus feitos, promove uma preocupação quanto à legalidade de todos os seus atos.

Como exemplo do caso em concreto acima, o do mero aborrecimento, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, no qual é transferida ao consumidor, na maioria das vezes a problemática da relação obrigacional, quando na realidade precisávamos de uma ação mais enérgica do Judiciário quanto à reincidência na falta de execução dos mesmos serviços.

A dosimetria da pena em questão se deve única e exclusivamente do autor, pois há diversos casos de mero aborrecimento em diversas fontes, porém quando praticados a parentes ou próximos de Magistrados, o valor da condenação se sobrepõe ao normal. Há uma segmentação, um protecionismo, uma anomalia em andamento, que compromete a legalidade, o direito de ação e por fim o acesso à justiça.

## Conclusão:

Ao analisar nossa estrutura histórica percebemos que nós brasileiros fomos condicionados a criar vínculos com a

personificação estatal. Esta proteção tem como interesse o resultado de que o Estado é responsável por todas as ações e deve responder pela melhoria da condição de vida do seu povo. Perceba que, em nenhum momento de nossa história posterior a instauração da democracia esta visão é repassada aos políticos diretamente eleitos.

Esta cultura credita problemas éticos aos nossos políticos, porém não se encontra uma solução para os problemas, uma vez que a sociedade civil organizada permanece desorganizada, e quando intenta pela luta de seus direitos, a cobra de forma equivocada a uma instituição rígida e única.

É importante a sociedade compreender que o Estado é composto de políticos, inseridos nos poderes: Legislativo e Executivo. A relevância de saber em quem se vota e o porquê se vota será de suma importância para reconhecer o que motiva a estes representantes a direcionar o país por um caminho.

Ao observar e identificar a abstinência legislativa, nos últimos anos, o ativismo judicial tem sido uma ferramenta brindada na Carta de 1988, que tem protegido diversos grupos sociais, com decisões oponíveis a todos, que visam a verificar a legalidade de certo ato, tanta das vezes não reconhecido em lei.

Então, o Poder Judiciário que deveria ser atuante de forma excepcional nestes casos, torna-se protagonista na intenção de legislar. Tais atuações são cobradas pela sociedade, com vigor e paixão de uma partida esportiva, desgastando o Poder e a sua proteção constitucional.

Enquanto isso, o Legislativo permanece inócuo e se nega a prestar sua função fiscalizadora. Projetos de leis são deixados de lado, e só há votação mediante interesses pessoais ou partidários. Apequena-se o Poder Legislativo para que este não chame atenção popular e passe despercebido perante os eleitores, repassando assim, os casos de importância aos tribunais constitucionais.

Como resultante, o Poder Judiciário sofre uma anomalia, a de absorver as características do Poder Moderador, diante das constantes provocações sociais, seja por ética, por condições de melhor atendimento em serviços médicos e assim sucessivamente. O Judiciário se expande. Mas, por que motivo?

Podemos vislumbrar a resposta desta pergunta por dois prismas: o primeiro pela baixa capacidade de produção legislativa de nossos políticos. Infelizmente, política no Brasil ainda é um tabu entre os eleitores. Votos são vendidos, a rebeldia em votar em artistas ou populares, muitas vezes desqualificados à função tornam impossível à melhoria do Estado de Direito. Este ponto, também pode ser estendido ao Executivo, principalmente quando se fala em cidades do interior.

O segundo é de que esta realidade pode ser intencional, pois o Poder Legislativo se mantém inerte e o Judiciário é colocado à prova constantemente a se pronunciar, decidindo questões obscuras de nossa legislação, ou a sua falta, preparando assim o terreno ao interesse de aplicar o paradoxo de derrubar o Presidencialismo, e instaurar um regime Parlamentarista.

A partir deste fato, surge a constante atuação judicial, um ativismo crescente que é identificado em diversas searas do Direito. No caso fático aplicamos o instituto do mero aborrecimento utilizado pelos Juizados Especiais do TJ do Rio de Janeiro, é claro identificar a tendência de dificultar o acesso à Justiça, nos casos de conflito que envolva as relações com o consumidor. Sob o interesse claro de que ocorra um numero limitado de postulações.

Além do claro ativismo judicial por parte do Tribunal carioca, há uma má interpretação do dispositivo judicial elencado pelo Código Civil, no qual se ignora a produção legislativa e se aplica uma regra fundada em um entendimento que corrobora o dano na relação consumerista.

Desta forma, há a inversão do enriquecimento ilícito, pois o ofensor sempre seguirá beneficiado com atitude danosa que cometeu, pois além de ter um longo tempo para pagar o dano moral, se assim houver, o mesmo também será limitado mediante uma “tabela”, de correlação dúplce do que é justo para tal caso.

Ou seja, não há equidade na relação, sempre satisfazendo a urgente e necessária eliminação dos autos do Juízo, para que a sentença do Juiz Leigo seja homologada o mais breve possível. Assim, o Judiciário elimina um problema, a empresa ofensora não investirá em melhoria em suas relações obrigacionais e o consumidor pensará antes de manifestar seu direito, seja pela demora ou tratamento, ofertado pelo Judiciário.

Desta relação, de constante manifestação, nasce o insurgente tenentismo judicial. São funcionários públicos do Poder Judiciário que possuem o poder legal de aplicação da lei. Portanto, em uma intenção de justificar a superioridade de suas ações em comparação ao pleito político, o qual é sacramentado pelo voto, este coloca o merecimento, por suas provas e títulos como justificativa de legalidade de suas ações, deixando de lado a lei, em sua ação lato.

Sendo assim, é urgente repensarmos toda atuação do Judiciário, e a responsabilidade dos Poderes quanto a esta prática usual, inclusive inicia-se a discussão sobre a necessidade de uma nova Assembleia Constituinte no Brasil, para reformar completamente a Constituição de 1988, a qual segundo matéria do Jornal do Brasil (2017) possui 100 emendas em vigor e 1.500 propostas de emendas tramitando na Câmara e no Senado.

É latente a percepção de que nossa carta Magna está defasada, necessitando de uma Constituinte mais ativa em que se aprecie o interesse da população. A adaptabilidade de ação de

dois poderes essenciais e a supremacia de um poder sobre todos os outros, o que deveria ser uma exceção, torna nossa sociedade dependente, atônita e não atuante na forma de produção legal.

Seria este o momento de um novo recomeço? Acreditamos que sim, pois se vislumbramos as relações consuetudinárias, o Estado mínimo, a independência dos estados-membros em se autogerir, devemos dar espaço ao novo e concentrar esforço em criar uma nova nação. Pois a atual República apresenta sinais claros de ruínas.

### Bibliografia:

BRASIL; Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal, Brasília: 1988.

BRASIL; Lei 10.406, Senado Federal, Brasília: 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial 1.152.541, Rio Grande do Sul: 2011, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipo-PesquisaGenerica&num\\_registro=200901570760](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipo-PesquisaGenerica&num_registro=200901570760)>, acesso em 14 maio 2018.

CITTADINO, Gisele; Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In* A democracia e os três poderes no Brasil. Organizador: Luiz Werneck Viana, Belo Horizonte, Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2002.

GARSCHAGEN, Bruno; Pare de acreditar no governo: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

JURISTAS e ex-presidentes se reúnem para articular assembleia constituinte. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 14 abr. 2017. País. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/14/juristas-e-ex-presidentes-se-reunem-para-articular-assembleia-constituente/>>, acesso em 07 maio 2018.

NADER, Paulo; *Introdução ao estudo do direito*, 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, José Afonso da; *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed., São Paulo: Malheiros: 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, *Fornecedores de produtos e serviços mais acionados*, Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>>, acesso em 14 maio 2018.

# O papel das normas legais para a transformação social: revisitando a teoria da tridimensionalidade do direito

*Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo*

## Introdução:

O ponto inicial desta reflexão é compreender o papel das normas legais para a transformação da realidade social. De um lado, o estudo visa analisar as normas legais como instrumento do Estado, que através do atributo do uso legítimo da força emana normativas coercitivas sob aqueles que se encontram vinculados à sua soberania. Por sua vez, o poder de enunciação da norma encontra-se vinculado ao capital acumulado pelas classes dominantes que passam a impor sobre uma pluralidade de modos de vida uma visão legítima da realidade (BOURDIEU, 2009). A questão encontra-se em pensar o processo dialético de elaboração e aplicação das normas legais como instrumento de inclusão das pluralidades de pontos de vistas presentes no espaço social. Este processo que envolve a relação

dialética entre fato, valor e norma é denominado Teoria da Tridimensionalidade do Direito (REALE, 2000).

A escolha de uma teoria positivista funda-se no reconhecimento de que a cultura jurídica no Brasil ainda se mantém tecnicista e formalista, e que mesmo dentro desta perspectiva pautada na racionalidade o professor Miguel Reale (2000) chama a atenção para o caráter dialético das normas legais. O primeiro ponto a ser estudando será a formação do Estado como fonte única e legítima da produção legislativa. Visa compreender como a formação do Estado pautado no uso exclusivo e legítimo da força busca e se fortalece a partir da fundamentação moral e também legal para a dominação da classe política (BOBBIO, 2007). A força das normas legais se estabelece então como instrumento pacificador de uma multiplicidade de modos de vida, que passam a se submeter a uma visão de mundo legítima imposta pelos grupos dominantes (BOURDIEU, 2009).

O segundo ponto busca entender como diferentes grupos sociais, principalmente os marginalizados, passaram a constituir modos de vida que, por vezes, se confrontam com as normas legais impostas pelo Estado. As normas sociais constituídas pelo hábito social e reconhecidas por dada coletividade passam a ser consideradas então como insurgência às normas legais estatais.

E por fim, o trabalho pretende revisar a Teoria da Tridimensionalidade do Direito com o fim de se pensar nos passos necessários para a compreensão e apreensão por parte das normas legais das intercorrências fáticas do mundo social que propiciam novas e múltiplas exigências axiológicas. Para tanto, o caminho que se aponta pressupõe a superação das desigualdades sociais que impactam na efetividade de uma cidadania política. A necessidade de se horizontalizar a democracia e ampliar os espaços participativos, pensando

a partir do intercâmbio entre as redes informais de comunicação da esfera pública e as instituições formais do Estado de Direito (HABERMAS, 1994). E na construção de novas bases de sociabilidade pautadas em relações sociais igualitárias (DAGNINO, 2005). A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica realizada a partir dos registros disponíveis em fontes impressas e digitais sobre a temática, legislação nacional e dados estatísticos oficiais.

## 1. Os fundamentos da formação da cultura jurídica brasileira

### 1.1 *Gênese da influência monista na cultura jurídica nacional*

A partir do século dezessete, a sociedade europeia começa a passar por um período de transição da Idade Média para o Estado Moderno, em que o poder político que antes era exercido pela Igreja, passa a ser identificado com o uso da força. Desta forma, a construção do conceito de soberania ou *summa potestas*, que atribui o direito e o poder exclusivo de exercer a força física sobre um determinado território e com respeito aos habitantes deste território (*vis coativa*), passa a ser identificado com a ação do Estado, enquanto a Igreja caberia o direito e o poder de ensinar a verdadeira religião e os preceitos da moral, com vistas à salvação da alma (*vis directiva*). O poder político vai então se identificando com o uso da força (BOBBIO, 2007).

A doutrina que vai se afirmando no conflito entre Estado e Igreja estabelece como condição necessária para o poder político a exclusividade do uso da força física nas mãos do soberano. Através do poder coativo um grupo social defende-se dos ataques externos ou impede a própria desagrega-

ção interna. Além disso, a classe política busca também a justificação do poder a partir de bases morais e legais. Este pensamento que fortalece a compreensão do Estado como ordenamento coercitivo encontra grande adesão a partir dos estudos de Hans Kelsen<sup>6</sup>, que atribui ao Estado o monopólio do uso da força (BOBBIO, 2007).

As doutrinas jusnaturalistas tratam o tema da exclusividade do uso da força como característica do poder político, e sinalizam que a pacificação entre os homens seria alcançada por meio de um contrato social (BOBBIO, 2007). De acordo com Arendt (2013), em teoria, o século dezessete conheceu e associou sob o nome de contrato social três tipos de acordos da sociedade civil: 1) o acordo bíblico entre Deus e um povo: em que o povo consentia obedecer às leis advindas de uma divindade; 2) o acordo de Hobbes: em que o indivíduo celebra um pacto com uma autoridade secular em troca de segurança, e em troca de proteção abre mão de todos os direitos e poderes (versão vertical do contrato social); e, 3) o contrato de Locke: que propõe uma aliança entre todos os indivíduos membros de uma sociedade, sendo que depois de estarem comprometidos fazem um contrato de governo (versão horizontal do contrato social).

Tais pensamentos fundamentaram a concepção burguesa de mundo. A racionalidade formal conjugada com a força da univocidade, da estabilidade, da certeza e da segurança jurídica fundamentam-se na moderna cultura ocidental, que a partir do século XVII e XVIII passam a corresponder a uma visão de mundo burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista, com a forma de organização institucional de poder (Estado-Soberano), que passa a ser configurada na dominação racional-legal (WOLKMER, 2001).

---

6. A obra *Teoria Pura do Direito*, escrita em 1934, torna-se primordial para a compreensão do positivismo jurídico.

## 1.2 *O pensamento contratualista e a realidade brasileira*

Ao transpormos os fundamentos do positivismo para a realidade brasileira encontramos algumas questões. A ficção do pacto inaugural funda-se entre outros aspectos no princípio categórico que considera toda pessoa sujeita a um governo e às suas leis como tendo o direito não qualificado de ser membro do *demos* (isto é, de ser um cidadão), isso no que tange ao primeiro momento para o ato inicial de formar a politéia (sociedade, associação, comunidade, cidade ou Estado). O pressuposto seria que nenhuma pessoa deveria ser governada sem o seu consentimento (DALH, 2012).

Para Robert Dahl (2012), o pacto que funda o Estado Moderno, na verdade não garante a real universalidade, sendo excludente e suscetível aos preconceitos da época. Segundo o autor (2012), os critérios de exclusão do *demos* (entendido como direito à participação política) carrega os preconceitos de cada sociedade, por exemplo, Aristóteles conseguiu justificar filosoficamente a escravidão em seu tempo fundamentando que algumas pessoas seriam escravas por natureza e que seria melhor para elas serem dominadas por um senhor.

De acordo com Arendt (2013), a reciprocidade concernente aos acordos e contratos não vai existir quando parte da população é excluída do contrato social, abrindo portas para um direito de desobediência civil, reconhecido quando um número significativo de cidadãos se convence de que os canais formais de mudança não funcionam ou que as suas vozes não serão ouvidas e nem terão qualquer efeito, e pelo contrário, o governo encontra-se em vias de operar mudanças em que a legalidade e constitucionalidade de tais ações estariam expostas a graves dúvidas.

No Brasil, não existe exposto no ordenamento jurídico o direito à desobediência civil, o que não impossibilita a reflexão de como o processo de constituição da sociedade brasileira aconteceu em bases estruturais desiguais, excluindo assim, por exemplo, a parcela negra e indígena. A falta de reciprocidade entre os grupos sociais presentes no território (advinda de um contrato social horizontal) aproxima a formação social do país ao pensamento de Clastres (1978) sobre a formação do Estado, para o autor o que modifica a relação de subsistência e igualdade das sociedades primitivas é uma intervenção externa que divide a sociedade em dominantes e dominados. De acordo com Clastres (1978, p.10),

A relação política do poder precede e fundamenta a relação econômica de exploração. Antes de ser econômica, a alienação é política, o poder antecede o trabalho, o econômico é uma derivação do político, a emergência do Estado determina o aparecimento das classes.

Na verdade fala-se não em um acordo, mas da luta da sociedade contra o Estado, uma vez que a intervenção violenta de Portugal no Brasil desestrutura socialmente os modos de vida presentes no território (indígenas) e também fora dele, a partir da diáspora africana (tráfico negreiro), estabelecendo novas bases de sociabilidades e relações de poder pautadas no privilégio e na hierarquia<sup>7</sup>. Assim, marca-se a construção histórica do Brasil sobre uma matriz econômica latifundiária e escravocrata, com relações sociais marcadas pela hierarquia e o clientelismo, uma administração pública caracterizada pelo

---

7. O Brasil nasceu fundamentado na ideologia católica e no formalismo jurídico, em que o poder e o prestígio diferencial e hierarquizado correspondiam, grosso modo, a diferenças de tipos físicos e de origens sociais (DA MATTA, 1981).

patrimonialismo, e pela reprodução de uma cultura jurídica monista, formal e positivista influenciada por componentes externos e internos (WOLKMER, 2001).

### *1.3 O positivismo e a dualidade jurídica brasileira*

De acordo com DaMatta (1981), o formalismo jurídico faz parte da formação social do Brasil. Segundo Warat (1995 p.59-60),

a razão de Estado fica identificada com a racionalidade do saber jurídico e da lei positiva como uma forma de impor-nos interesses e desejos legalizados, quer dizer, que estes passam a serem os mesmos desejos e interesses que outorgam consistência simbólica ao Estado.

Este poder simbólico<sup>8</sup> do Estado de manifesta através da enunciação de normas generalizantes e impessoais que expressam uma visão de mundo legítima, advinda das classes dominantes. A força simbólica destes princípios de visão se impõe como a normalidade diante de uma pluralidade de modos de vida, que passam a ser identificadas como desviantes e anormais (BOURDIEU, 2009). Por exemplo, no final do século XIX, com a passagem da mão-de-obra escrava para assalariada, um mundo de desordem foi construído no imaginário da elite brasileira, este, nada mais era que o oposto do mundo do

---

8. Compreende-se o poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, transformando ou confirmando os princípios de visão sobre o mundo e a própria ação sobre o mundo. Um poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BORDIEU, 2009).

trabalho. Representava, dessa forma, o elemento fundamental para a reprodução das classes sociais. A existência do crime, da vagabundagem e da ociosidade justificava o discurso de exclusão e perseguição policial às camadas populares pobres e despossuídas. Assim, a segurança pública terminava por ditar a racionalidade do sistema (PEDROSO, 2006).

De acordo com Comparato (2009), no Brasil se verifica um sistema de dualidade jurídica, a norma formal e as normas que efetivamente regulam o mundo da vida, resultado de sistemas múltiplos de distinção social hierárquica em que se fortalecem as relações sociais e os usos e costumes tradicionais, os valores predominantes na sociedade. Duas questões importantes se põem para a reflexão, de um lado, as normas legais que podem acabar por se impor como criminalizadoras dos estilos de vida das populações desprivilegiadas. E por outro lado, nem sempre as normas legais são consideradas como modelo de ação de determinados grupos sociais, ora excluídos do processo de elaboração de tais regras, e que passam a criar suas próprias regras de conduta, normas sociais que influenciam o modo de agir e de pensar de dada coletividade. Estes grupos marginalizados se organizarem a partir de normas próprias como meio de resistência e sobrevivência<sup>9</sup>.

De acordo com Bichieri (2013), o nosso comportamento condiciona-se ao que achamos que os outros aprovam ou reprovam em nossas atitudes, isso estaria baseado na expectativa de que a maioria do grupo age de determinada forma em dada situação, e também na crença de que suficiente número de pessoas espera que obedeçamos a determinadas regras, e podem até estar dispostos a nos punir de forma positiva ou

---

9. De acordo com Mattos (2008), uma releitura tem sido feita por alguns historiadores da História do Brasil reconhecendo a insurgência dos escravos contra a lei formal vigente como ato de resistência e sobrevivência contra a morte, os maus tratos e atrocidades da escravidão.

negativa dependendo da nossa escolha de obedecer ou infringir a norma. Desta forma, outras regras podem surgir no espaço social e até se confrontar com algumas normas legais. Bourdieu (2009, p.240) aponta para uma “confrontação constante entre as normas jurídicas e as práticas sociais”.

Segundo Wolkmer (2001), nas sociedades industriais avançadas ocorre uma preocupação maior com uma ordem normativa caracterizada por funções distributivistas, persuasivas, promocionais e premiais. Já nas sociedades industriais periféricas e dependentes se caracteriza uma ordem normativa com funções coercitivas, repressivas e penais, características estas presentes na cultura jurídica brasileira. É neste sentido que cabe esta reflexão de como as normas legais poderiam se configurar não como princípios de visão da classe dominante, mas como impulsionadoras de uma transformação social no Brasil?

No Brasil, o direito oficial é posto artificialmente em relevo, criando a ilusão de corresponder à realidade (COMPARATO, 2009). De acordo com Wolkmer (2011), na evolução do ordenamento jurídico nacional coexistiu, desde as origens da colonização, um dualismo normativo corporificado, de um lado, o Direito do Estado e as leis oficiais, e de outro, o Direito comunitário não-estatal, obstaculizado pelo monopólio do poder oficial, mas gerado e utilizado por grandes parcelas da população, por setores discriminados e excluídos da vida política.

Cabe ressaltar que desde a década de setenta do século XX uma corrente crítica do Direito começa a reconhecer este direito não-oficial como fonte normativa. O chamado pluralismo jurídico surge da crise do modelo de racionalidade jurídica a partir do final do século XX, em que a cultura moderna ocidental sofre transformações econômicas e sociais geradas pela complexidade dos conflitos coletivos, as demandas sociais e as novas necessidades criadas pela globalização do capitalismo e sua inserção determinante nas estruturas

sócio-políticas dependentes e periféricas<sup>10</sup> (WOLKMER, 2001). O pluralismo jurídico rompe e concomitantemente denuncia os mitos sacralizados do instituído, propondo assim uma expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa histórico-social (WOLKMER, 2001).

Neste sentido, os movimento sociais<sup>11</sup> vão surgir como novas fontes<sup>12</sup> de direito, caracterizados por uma lógica organizacional “democrático-coletivista”, composta pela identidade de “objetivos”, “valores”, “formas de ação” e “atores sociais” (WOLKMER, 2001, p. 138).

As origens destes movimentos estão relacionadas a uma resposta contra a estrutura de exclusão de grande parte da população das forças produtivas e relações hegemônicas, e revelam também a crise de representatividade, institucionalidade e formas de racionalidade formal e os pressupostos de legitimidade do Estado e do Direito Ocidental (WOLKMER, 2001, p.140). Tal corrente possui grande importância uma vez que permanece o desafio em de se pensar o Direito na contemporaneidade complexa<sup>13</sup>, em que as garantias legais, e

---

10. Segundo o autor, entende-se como capitalismo periférico: o modelo de desenvolvimento que estabelece a dependência, submissão e controladas estruturas socioeconômicas e político-culturais locais e/ou nacionais aos interesses transnacionais e das economias dos centros hegemônicos (WOLKMER, 2011).

11. Entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais (WOLKMER, 2001).

12. A fonte primária do Direito seria advinda da dinâmica interativa e espontânea da própria necessidade humana, ou seja, das relações sociais e necessidades humanas desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural (WOLKMER, 2001).

13. Segundo Morin (2013), a complexidade reconhece a parcela inevitável

a igualdade de todos perante a lei prevista na Constituição, encontram grandes desafios quando se fala na necessidade de inclusão de grande parte da população não privilegiada.

## 2. Revisitando a teoria da tridimensionalidade do direito

### *2.1 A importância de se visitar a Teoria da Tridimensionalidade do Direito*

Mesmo reconhecido a complexidade e a pluralidade do espaço social brasileiro, ainda permanece forte uma cultura jurídica positivista no país, o que requer que a luta pelos direitos das minorias ou dos desprivilegiados continue firme também nesta vertente pautada na positivação dos direitos. O que não impede a reflexão de que mesmo se reconhecendo a conquista formal da cidadania ainda não se impede a permanência das misérias e desigualdades sociais que imperam no país, e, além disso, a positivação dos direitos pode fortalecer o surgimento dos cidadãos-servos<sup>14</sup>, ou seja, aqueles “sujeitos dos direitos sem poder” (CAPELLA, 1998, p.147).

A Teoria da Tridimensionalidade do Direito elaborada pelo mestre Miguel Reale (2000) nos dará a direção para compreender que “o direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 2000), e como ciência é dialético e sujeito a complementariedade. Este processo dialético opera-se quando o elemento normativo integra e

---

de desordem e de eventualidade em todas as coisas, ela reconhece a parcela inevitável de incerteza no conhecimento.

14. Para Capella (1998), os cidadão se dobraram em servos quando dissolverem o seu poder, ao confiar só ao Estado a tutela dos seus direitos, ao tolerar uma democratização falsa e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a “vontade estatal”.

supera a correlação fático-axiológica, neste sentido apreendendo as distintas vozes presentes no espaço social e busca transpor as relações desiguais para se estabelecer novas bases de sociabilidade pautadas na igualdade. Esta norma pode converter-se assim em fato dando origem a novas exigências valorativas e mudanças fáticas, advindas de novos interesses e demandas sociais. Desta forma assevera Reale (2000, p.75), “mister é não olvidar que a compreensão do direito como “fato histórico-cultural” implica o conhecimento de que estamos perante uma realidade essencialmente dialética”. Assim, deve-se refletir sobre os caminhos que possibilitem a apreensão dos diferentes pontos de vista e valores advindos do mundo social, ao mesmo tempo em que integrados à norma, a mesma torne-se um instrumento de transformação social.

### 3. As normas legais como caminhos para uma transformação social no Brasil

#### 3.1 *Enfrentando o problema da inclusão*

Um primeiro ponto a ser levantado rumo a uma transformação social relaciona-se ao enfrentamento do problema da exclusão social. A inclusão entendida como direito à participação política aparece como parte integrante e fundamental do processo democrático, que se compõe também pela participação efetiva, a igualdade de voto no estágio decisivo, a compreensão esclarecida dos meios e fins dos interesses dos cidadãos e as consequências das políticas, o controle da agenda política, tendo por base o Princípio Forte da Igualdade que reconhece todos os membros da sociedade como qualificados para participarem das decisões coletivas que se destinarem a tratar de temas de seu interesse. A exclusão histórica das minorias, mulheres, negros, não proprietário de terras, por exemplo, mostra

que estes grupos ficam enfraquecidos na defesa dos seus interesses. Um processo democrático real e não formal pressupõe que sejam levadas em conta as desigualdades dos cidadãos, por exemplo, quanto ao acesso a renda, aos bens (DAHL, 2012).

No Brasil, a desigualdade social<sup>15</sup> acaba por influenciar e prejudicar a concretização de uma igualdade política, que não se perfaz apenas pelo direito de voto. O princípio da soberania popular tem importância fundante em nossa Carta Constitucional que prevê em seu art. 1º, § único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. O caminho de aprofundamento da participação social no Brasil relaciona-se com a diminuição das desigualdades sociais. De acordo com Avritzer (2016), um dos impasses para a evolução da cultura democrática no país está relacionado ao incômodo da classe média educada e de alta renda no Brasil com a inclusão social.

A luta pela efetividade dos direitos sociais passa a integrar o próprio *status* de cidadania<sup>16</sup>, mas o que se observa, mesmo diante dos direitos garantidos na Constituição de 1988 é que grande parte da população não tem acesso aos direitos garantidos. Para Bobbio (2004), a esfera das normas que atribuem direitos ao homem aparece como aquele onde se tem a maior defasagem entre a posição da norma e sua efetividade. O Estado de Direito só terá significado real para a vida dos não-privilegiados na América Latina, quando os governos enfrentarem a necessidade desesperada de reformas sociais (PINHEIRO,

---

15. Relatório das Desigualdades de Raça, Gênero e Classe (GEEMA), de 2017, revelam assimetrias entre brancos e não-brancos no campo da escolaridade, renda, em relação à classe social.

16. As reivindicações pelos direitos sociais fazem parte do *status* de cidadania, constituindo-os como objetivo da redução das diferenças de classe, não se limitando apenas a diminuir o ônus da pobreza, mas modificando o padrão total da desigualdade social (MARSHALL, 1967).

2000). Enquanto isso, a sociedade observa quase que imobilizada os horrores das violências e misérias sociais:

A cidadania contempla, com os olhos prudentemente desentendidos do servo, a proliferação de novas misérias tecnológicas ou sociais: o tráfico de órgãos humanos, as manipulações genéticas, as acefalias por contaminação; o assassinato de crianças abandonadas, o crescimento das máfias, a fome generalizada, os extermínios em massa. O catálogo de horrores do mundo desencantado, contemporâneo, de relações sociais universalizadas, estabelecidas insuportavelmente assim, ante as quais os seres humanos, como cidadãos, carecem de poder, com o perigoso engano de que a cidadania – universalista, ilustrada – chegue a parecer redundante (CAPELLA, 1998, p. 147).

Para a real concretização da cidadania política não basta apenas a sua positivação, que pode expressar-se em letra morta da lei, mas torna-se importante então a superação das desigualdades sociais como preconiza um dos objetivos da Carta Constitucional de 1988 (art 3º, III), *in verbis*, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

### *3.2 A necessária horizontalização da democracia*

Outro entrave a ser superado é a verticalização da democracia. O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea relaciona-se com a sua extensão, entendido como a ampliação dos procedimentos e instituições em que a participação dos interessados de um corpo coletivo aconteça fora dos espaços políticos burocratizados (BOBBIO,

2007). Fala-se do surgimento de novos espaços participativos, locais de escuta e trocas. Um espaço social democratizado que garanta aos seus cidadãos a efetividade de direitos sociais, permite que as relações sociais deixem de se fundamentar no privilégio e passem a ser pautadas na igualdade.

A cidadania social, compreendida como o acesso aos direitos básicos e sociais, quando não concretizada, dificulta uma real cidadania política, livre e autônoma. Para Capella (1998), os cidadãos não decidem as políticas que presidem sua vida, como a qualidade dos serviços da cidade que residem, as comunicações e transportes, o ensino que seus filhos recebem, apesar de votarem, o seu voto não determina nenhum programa de governo. Para uma noção de cidadania plena torna-se necessária a afirmação do reconhecimento dos direitos compreendido em um formato mais igualitário das relações sociais em todos os níveis (DAGNINO, 2005).

A cultura da democracia deve ser estimulada em múltiplas experiências, possibilitando a criação de um espírito de corresponsabilidade pelo que é comum, superando os mitos de autoridade que formam as sociedades que cultuam o mando e não a antecipação (BITTAR, 2014). As decisões políticas estão condicionadas ao que acontece na sociedade civil, mas poderia sobreviver um Estado democrático numa sociedade em que a maior parte das instituições, da família à escola, da empresa aos serviços públicos, não é governada democraticamente? (BOBBIO, 2007).

### *3.3 A participação social como instrumento de apreensão das normas sociais presentes no espaço social*

Para uma democracia plena se requer grandes esforços no campo da educação, formal ou informal, um fator primordial

na esfera pública, para a formação da consciência crítica e participativa. Quando se limita ou restringe-se a participação social o que se fortalece é uma representatividade que nem sempre corresponde aos reais anseios sociais, facilitando a formação de um discurso vinculado às classes dominantes. Todavia, não se pode olvidar que existem formas de violência social que se transmitem também para o discurso. O discurso então passa a refletir as assimetrias socioeconômicas (BITTAR, 2014).

O caminho para a ampliação da participação social no processo de construção das políticas públicas passa pela construção ou reconhecimento de espaço de trocas, saberes e diversidade fora dos espaços institucionalizados. Habermas identifica na troca simbólica dentro da sociedade a intersubjetividade que permite o laço de constituição dos processos de sociabilização e democratização. A democratização então pressupõe que o espírito de comunidade, pautado pela vivacidade da troca social, se coloque no lugar do espírito de individualismo, que significa a morte da vida social (BITTAR, 2014).

Para Habermas (1994) o Estado de Direito forma-se a partir de uma conexão interna entre direito e política. O primeiro desempenha a função de coordenar a ação e solucionar os conflitos de ação entre os cidadãos e o segundo permite aos agentes realizar programas coletivos de ação, uma vez que os cidadãos que interagem divergem sobre a interpretação de valores e normas morais ou jurídicas, e também definem metas de ação que transcendem a capacidade dos cidadãos isolados.

Por um lado, a política permite ao Estado de Direito exercer a violência que subtraiu dos indivíduos privados, enquanto o direito oferece seu próprio meio para constituir o Estado de Direito sendo alimentado pelas relações de solidariedade provenientes do mundo da vida. A teoria da ação comunicativa apresenta o mundo da vida como espaço de integração social, em que os agentes sociais orientam-se pela

racionalidade comunicativa por meio da linguagem ordinária. Este universo pode sofrer a intromissão da política que implica, por exemplo, a redução da cidadania, a juridicização das relações sociais, e a transformação dos cidadãos em clientes das burocracias estatais.

O princípio da soberania popular permite a mediação entre os direitos subjetivos fundamentais e o direito objetivo instituído pelo estado de direito, porque a fundamentação do direito objetivo tem de pressupor a fundamentação simultânea dos direitos subjetivos (HABERMAS, 1994). Assim, todos podem e devem contribuir na identificação dos valores e cultura locais e na aprendizagem e apreensão de novos valores para o fortalecimento da rede de garantias dos direitos.

Em lugar de localizar a soberania popular no povo entendido como um macrossujeito, ele prefere difundir-la por meio do intercâmbio entre as redes informais de comunicação da esfera pública e as instituições formais do estado de direito, com o objetivo de produzir uma figura política anônima ou carente de sujeito (HABERMAS, 1994). Neste sentido, criar espaços de trocas<sup>17</sup> e potencializar habilidades de gerenciamento de ações de desenvolvimento local seria uma estratégia de oportunidade de intercâmbio em que os saberes e conhecimentos são utilizados para produzir melhor qualidade de vida para a comunidade e impulsionem mudanças sociais concretas.

---

17. A autora é fundadora da Ong Gerando Vida, a instituição através de uma Escola de Gestão Comunitária procura atuar em parceria com agentes locais de transformação (referências e lideranças comunitárias que atuem na região do projeto) para instrumentalizá-los na busca pela concretização dos direitos sociais. Ver ARAÚJO, Danielle. Escola de Gestão Comunitária: uma experiência de transformação social no extremo sul da Bahia. Seminário Nacional e Seminário Internacional Políticas Públicas, Gestão e Práxis Educacional. n.06.2017. Disponível: <http://periodicos.uesb.br/index.php/semgepraxis/article/view/7246>. Acesso em: 27 mai. 2018.

A soberania popular, segundo a teoria discursiva, surge inicialmente com base na liberdade comunicativa dos cidadãos no mundo da vida, que consiste na capacidade para chegar ao entendimento, implícita na ação comunicativa cotidiana. Os sujeitos dotados de liberdades subjetivas de ação podem entrar em conflito entre si, porém, a liberdade comunicativa inerente à ação comunicativa permite que cheguem a um acordo sobre as questões controversas (HABERMAS, 1994). Expressar desejos e necessidades, construir argumentos, formular propostas, ouvir outros pontos de vista, reagir, debater e chegar ao consenso são atitudes que transformam a todos/as aqueles/las que integram processos participativos<sup>18</sup>. Todos precisam se sentir parte no processo de aprendizagem para que se potencialize a multiplicação dos saberes em direitos.

A transformação do poder comunicativo em poder administrativo ocorre em razão da tensão interna entre direito e política dentro do Estado de Direito. O sistema político é um sistema funcional especializado no uso instrumental do poder administrativo, enquanto o direito permite a institucionalização do poder comunicativo gerado pelos cidadãos. Habermas observa, contudo, que esta tensão interna nem sempre reflete um intercâmbio equilibrado entre direito e política. A experiência do Estado do bem-estar mostrou que o poder administrativo do Estado de Direito, mais que institucionalizar o poder comunicativo dos cidadãos, possui uma tendência à autoprogramação, a qual se verifica na escolha de programas de ação independentemente da participação dos cidadãos (HABERMAS, 1994).

---

18. Participação Social na Administração Pública Federal. Projeto Apoio a Diálogos Setoriais União Europeia-Brasil. IPEA. p. 8-9. Disponível: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/participacao%20social%20na%20administracao%20publica%20federal.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018.

A participação social como método de governo pressupõe o estabelecimento de uma governança e gestão democrática nas políticas e das instituições públicas, pautada na transparência, *accountability*, prestação de contas, controle cidadão/democrático e co-gestão<sup>19</sup>. Segundo Evans (2012, p.13) “o problema é que a retórica dos tomadores de decisão (gestores/agentes públicos) geralmente enfatizam a importância da participação cidadã quando na prática eles querem dizer “consulta” entre os agentes públicos e os cidadãos (...)”. Superar o engessamento da máquina estatal e transformar os discursos em ações direcionadas/concretas é aquilo que os cidadãos esperam dos espaços participativos. A inclusão dos diferentes atores na democracia pressupõe o aumento da base de legitimação do exercício do próprio poder comunicativo que possibilita sustentação para o funcionamento do poder administrativo. Para tanto se torna necessário que as múltiplas vozes sejam ouvidas (BITTAR, 2014).

## Considerações finais

A importância de se revisitar a teoria da Tridimensionalidade do Direito na contemporaneidade fundamenta-se no reconhecimento que o ordenamento jurídico pátrio permanece arraigado às suas origens positivistas e, portanto permanece a necessidade de se pensar as normas legais como parte de um processo dialético que envolve fatos, valores e normas. Ao mesmo tempo em que se sinaliza uma necessária mudança nesta perspectiva para se atuar em uma realidade complexa. As normas legais como resultado da tomada de decisão legislativa precisa representar a institucionalização jurídica dos discursos negociados a partir de condições equitativas, ou seja, pautados

---

19. Ibid. p.16.

em bases estruturais igualitárias quanto aos direitos sociais e a possibilidade real de voz em espaços participativos, advindos da opinião e vontade dos cidadãos na esfera pública.

Somente neste caminho de superação do problema da inclusão, da necessária horizontalização da democracia e da ampliação dos espaços de participação social que os discursos informais da esfera pública e formais do sistema político poderão propiciar a real fusão de razão e vontade, condições procedimentais que permitem avaliar a validade da lei, mas também possibilitam a maior efetividade dos direitos, passo fundamental para uma verdadeira transformação social no Brasil.

## Referências bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva. 2013.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 84, de 02-12-2014, acompanhada de novas notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais da revisão. 51. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICHIERI, Cristina. **Norms, conventions and the power of expectations**. To appear in *Philosophy of Social Science*, N.Cartwright and E. Montuschi, eds., Oxford University Press. Fev. 2013. Disponível em: [https://sites.sas.upenn.edu/behav-ethics/files/pss\\_oxford\\_feb.2013.pdf](https://sites.sas.upenn.edu/behav-ethics/files/pss_oxford_feb.2013.pdf). Acesso em: 26 mai. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na Pós-modernidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Paz e Terra. 14ª edição. 2007.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz, 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A. 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **Dossiê Crise do Congresso**. Revista Estudos Avançados. v.23.2009.

DAGNINO, Evelina. **Políticas culturais, democracia e projeto neoliberal**. In: *Rio de Janeiro*, (15): 45-65, janeiro / abril de 2005. Disponível em: <[http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista\\_15/15\\_dossie\\_EvelinaDagnino.pdf](http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_15/15_dossie_EvelinaDagnino.pdf)> Acesso em: 26 mai. 2018.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

Evans, Mark. **Social participation in holistic perspective: Lessons from Europe**. Anzsog Institute for Governance. University of Canberra. 2012.

HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

LEÃO, Natália; CANDIDO, Marcia Rangel; CAMPOS, Luiz Augusto; FERES JÚNIOR, João. **Relatório das Desigualdades de Raça, Gênero e Classe** (GEMAA), n. 1, 2017.

MATTA, Roberto da. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Petrópolis: Vozes, 1981.

MATTOS, Wilson Roberto de. **Negros contra a ordem**: astúcias, resistências e liberdades possíveis (Salvador, 1850-1888). Salvador:EDUNEB, EDUFBA, 2008.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

PEDROSO, Regina Célia. **Violência e Cidadania no Brasil**: 500 anos de exclusão. São Paulo: Ática, 2006.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. Campinas: Bookseller, 2000.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega. 2001.

# A culpabilidade brasileira: uma análise da violência no Brasil a partir do pensamento de Karl Jaspers

*André Gualtieri de Oliveira*

## Introdução

Como devemos abordar a responsabilidade da sociedade brasileira frente aos cerca de sessenta mil homicídios anuais que enfrentamos? Segundo o *Atlas da Violência 2017*, coordenado pelo Ipea e pelo Fórum brasileiro de segurança pública,

“a nossa tragédia diária nos últimos anos atingiu contornos inimagináveis: apenas em três semanas são assassinadas no Brasil mais pessoas do que o total de mortos em todos os ataques terroristas no mundo nos cinco primeiros meses de 2017, que envolveram 498 atentados, resultando em 3.314 vítimas fatais.”  
(*CERQUEIRA et al., 2017, p. 04-05*)

O estudo utilizou dados coletados em 2015 pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde, que mostram que naquele ano houve 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa por 100 mil habitantes de 28,9. (CERQUEIRA et al., 2017, p.07). Os homens jovens são os mais atingidos: a participação do homicídio como causa de mortalidade da juventude masculina, pessoas entre 15 e 29 anos, correspondeu a 47,8% do total de óbitos. Porém, “*se considerarmos apenas os homens entre 15 a 19 anos, esse indicador atinge a incrível marca dos 53,8%.*” (CERQUEIRA et al., 2017, p.08) Se somarmos os dados acumulados ao longo de 10 anos, “*mais de 318 mil jovens foram assassinados entre 2005 e 2015*” (CERQUEIRA et al., 2017, p.27).

Entre os jovens, os negros são os mais atingidos: “*de cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras. Jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra*” (CERQUEIRA et al., 2017, p.32). Segundo o *Atlas*, o perfil típico das vítimas fatais no país consiste em homens, jovens, negros e com baixa escolaridade (CERQUEIRA et al., 2017, p.57).

O conhecido machismo brasileiro também contribui para a triste situação de violência contra as mulheres: “*Em 2015, 4.621 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que corresponde a uma taxa de 4,5 mortes para cada 100 mil mulheres*” (CERQUEIRA et al., 2017, p.58). A base de dados, no entanto, não fornece informações que nos permitam identificar que parcela desse todo corresponde às vítimas de feminicídios.

Estamos, portanto, diante de uma tragédia de proporções gigantescas, equivalente às piores guerras. Uma sociedade que oferece esse tipo de ambiente a seu povo é evidentemente injusta no mais alto grau, pois nega a uma parcela expressiva das pessoas o direito fundamental à vida.

No entanto, não há como dissociar a sociedade dos indivíduos que a compõem e endossam os rumos de políticas governamentais errôneas de seus representantes. Em que medida um povo pode ser culpado pela sorte que recai sobre ele próprio? É notório que a maior parte do povo brasileiro almeja a vingança,

“parece clamar cada vez mais pela diminuição da idade de imputabilidade penal, pela truculência policial e pelo encarceramento em massa, que apenas dinamizam a criminalidade violenta, a um alto custo orçamentário, econômico e social.” (CERQUEIRA *et al.*, 2017, p.28)

Tendo em vista o quadro exposto acima, o presente trabalho pretende analisar a questão da responsabilidade coletiva pela tragédia social que enfrentamos. Trata-se, portanto, de um problema eminentemente filosófico-jurídico, pois a intenção desse estudo é tratar do conceito de culpa, seu fundamento e suas modalidades. Esse conceito nos permite tanto apontar a responsabilidade de indivíduos específicos quanto aventar a possibilidade muito mais complexa de uma espécie de culpabilidade coletiva.

O estudo da culpabilidade foi utilizado por Karl Jaspers para lidar com o problema da responsabilização do povo alemão pelo que ocorreu na 2ª Guerra Mundial. Mas numa época como a nossa em que a guerra como era conhecida tornou-se praticamente impossível, as categorias jasperianas da culpa poderiam ser aplicadas a um povo como o brasileiro cuja sociedade produz sessenta mil mortos anuais?

## 1. A culpabilidade alemã

Uma das causas frequentemente apontadas pelos historiadores para a deflagração da Segunda Guerra Mundial foi o Tratado de Versalhes, o acordo que se seguiu à rendição alemã na Primeira Guerra e que impôs sanções draconianas à Alemanha, considerada a responsável pelo conflito. Enquanto o Presidente Americano Woodrow Wilson pregava uma paz sem vingança, o Primeiro Ministro francês Georges Clemenceau “*considerava a Alemanha o inimigo hereditário, responsável pela guerra*” e que devia ser definitivamente neutralizado e colocado em situação de “*nunca mais constituir ameaça para a França*”. (ARARIPE, 2007)

A história mostrou que, ao invés de colocar um ponto final na ameaça representada pela Alemanha, as pesadas reparações e medidas impostas pelo Tratado acabaram gerando o aparecimento de um sentimento de revanche por parte dos alemães humilhados, que serviu como um estopim para uma outra guerra mundial de proporções ainda maiores.

No Tratado em questão, é perceptível o componente de vingança, que, em conjunto com a justiça faz parte do fenômeno da retribuição. (cf. FERRAZ JR, 2003, pp. 148-149; 218-219) Cada uma delas encontra na mitologia grega sua representação na figura de uma deusa: *Têmis*, ligada à vingança, e *Diké*, que representa a justiça. Enquanto a primeira deusa, telúrica, está mais ligada a um aspecto de violência, de destruição, a segunda expressa a pretensão de racionalizar a retribuição, encontrando, assim, a exata medida de pena a ser aplicada ao ofensor. Esta pena deve ser proporcional ao mal cometido. A justiça, portanto, lida com proporções. É assim que a encontramos, por exemplo, na Ética a Nicômaco de Aristóteles, especificamente no seu sentido particular.

O objetivo de destruição da Alemanha, no sentido de que nunca mais ela tivesse os meios para se desenvolver a ponto de ameaçar os países vizinhos, evidencia um propósito de destrui-

ção do outro, que está sempre presente no conceito de vingança. No entanto, com a vingança vem a desforra, o revide. Um traço típico da reparação das ofensas por meio da vingança é o fato de que ela institui um ciclo interminável de violência.

A paz estabelecida ao fim da Primeira Guerra durou apenas duas décadas. A Alemanha foi novamente à guerra, desta vez conduzida por um líder carismático, eleito democraticamente, que instaurou um Estado Totalitário, que levou à morte de milhões entre militares e civis. A guerra representou a ruína de dois terços dos judeus na Europa e de quase a totalidade de sua população cigana, que pereceram nas fábricas de morte dos campos de concentração. Outras populações dos territórios ocupados pelos alemães também foram mortas aos milhões: calcula-se, por exemplo, que tenham perecido cinco milhões de civis russos.

Essa guerra, no entanto, não representou apenas a ruína de populações europeias, mas foi também uma tragédia para o próprio povo alemão, iniciada em 1933 e que perdurou no pós-guerra, momento em que isso ficou mais evidente.

Logo em seguida ao fim do regime nazista, ainda em 1945, o filósofo alemão Karl Jaspers proferiu uma série de palestras cujo objetivo era examinar a questão da culpa do povo alemão pelos atos daquele Estado criminoso. Essas palestras foram reunidas no livro *Die Schuldfrage*, publicado em 1947, traduzido para o inglês com o título *The question of german guilt* (JASPERS, 2000). Ao longo desse artigo utilizaremos a tradução em língua inglesa.

Como filósofo, mas, mais do que isso, como uma reserva moral do povo alemão, Jaspers era provavelmente um dos poucos cidadãos aptos a realizar um estudo da culpabilidade alemã. Desde o início um antinazista declarado, que, durante todo regime, recusou-se a colaborar enquanto boa parte da intelectualidade apoiava ou se rendia à pressão do regime, casado

com uma judia, da qual, recusou-se a se divorciar embora tenha sido pressionado a fazê-lo, Jaspers perdeu seu posto como Professor de filosofia na Universidade de Heidelberg em 1937. Após a guerra, foi convidado pelos aliados para ser o primeiro Reitor da Universidade depois do fim do Estado Nazista.

Terminada a guerra, afirma Jaspers, quase o mundo inteiro acusou a Alemanha e os alemães pelo horror enfrentado. Em face disso, a retribuição era desejada não só pelos aliados vitoriosos, mas também pelos próprios alemães refugiados no exterior e, até mesmo, por cidadãos de países que se mantiveram neutros na guerra. Na Alemanha, havia aqueles que admitiam sua própria culpa, bem como a culpabilidade alemã, mas também muitos que se diziam inocentes, embora apontassem outros como culpados.

O livro de Jaspers é particularmente interessante por chamar atenção para a responsabilidade dos alemães como um todo, ao invés de se limitar a tratar da culpa dos líderes políticos nazistas que governaram a Alemanha de 1933 a 1945. Esses, segundo ele, eram criminosos em relação aos quais a própria possibilidade de um juízo moral inexistia, pois não havia por parte de Hitler e de alguns poucos milhares de membros do partido qualquer tentativa na direção de uma autoanálise moral. Homens assim *“estão além da culpa moral, na medida em que eles não a sentem. Eles parecem incapazes de arrependimento e mudança. Eles são o que são. Apenas a força pode lidar com homens que vivem tão somente pelo poder”* (2000, p. 57).

Se um dos sentidos de justiça envolve o estabelecimento de proporções, de modo a aplicar determinada quantidade de pena de acordo com o tipo de ato praticado, se quisermos ser justos em relação aos eventos da Alemanha Nazista, é preciso determinar diferentes tipos de conduta. Não parece ser apropriado afirmar que a culpa de Hitler, Göring e Himmler é a mesma culpa que pesa, por exemplo, sobre o personagem

Ernest Janning, inspirado no jurista alemão Franz Schlegelberger, Ministro da Justiça do Terceiro Reich, e os demais juízes e promotores retratados no filme *Julgamento em Nuremberg*, de 1961. Aqueles foram os arquitetos do Estado criminoso nazista, esses foram partícipes no sentido de que, como detentores de altos cargos públicos, aplicavam uma legislação intrinsecamente antijurídica e se beneficiavam de suas prerrogativas, de seus salários e do prestígio social que detinham.

A questão da culpa dessas pessoas comuns – mesmo Schlegelberger, que ocupava o cargo de Ministro, não pode ser considerado como parte da cúpula do Partido Nazista que conduzia o Estado – nos leva necessariamente a indagar a respeito da culpa do povo alemão de modo geral, pois, sem um suporte popular, de forma ativa ou mesmo omissiva, o regime nazista não teria sido possível.

Tendo o povo alemão também sofrido horrores, tanto na guerra – como os bombardeios de Dresden, que mataram milhares de civis e os estupros em massa de mulheres alemãs, principalmente por tropas soviéticas – quanto no pós-guerra, com a fome e com a privação dos itens básicos para a vida, a sociedade alemã confrontava-se com a tentação de fugir do exame sobre sua culpa para que tudo isso tivesse ocorrido, pois como afirmava Jaspers:

(...) nós vivemos em extrema privação – grande parte de nossa população está sob tão aguda privação que parece ter se tornado insensível a tais discussões. Seu interesse está em qualquer coisa que alivie a privação, que dê a eles trabalho e pão, abrigo e aquecimento (2000, p.22).

Apesar disso, a questão da culpa permanecia como algo impossível de se desviar, cabendo aos alemães, sem exceção, a

obrigação de compreendê-la. Em primeiro lugar, essa obrigação existia em virtude da dignidade humana: *“nós não podemos ficar indiferentes ao que o mundo pensa de nós, pois sabemos que somos parte da humanidade – somos humanos antes de sermos alemães”* (2000, p.22). Em segundo lugar e, mais importante, a obrigação de examinar a questão da culpa residia na própria vida de cada alemão, a qual, *“em privação e dependência, não pode encontrar dignidade a não ser pela honestidade em relação a nós mesmos”* (2000, p.22). Trata-se de uma questão cuja resposta *“é decisiva para a relação entre o mundo e nós mesmos. É uma questão vital para a alma alemã. Nenhuma outra coisa seria capaz de nos levar a uma regeneração que nos renovaria desde a fonte de nosso ser”* (2000, p.22).

## 2. Os quatro conceitos de culpa

Por entender que as discussões sobre culpa ficam frequentemente sujeitas a uma confusão de conceitos e pontos de vista diferentes, Jaspers considera que para chegar a verdade sobre o tema é preciso fazer certas distinções. Com base nesse pressuposto, a questão da culpabilidade alemã foi tratada a partir de um “esquema de distinções”, que serviria para esclarecer a situação alemã naquele momento. A partir disso, quatro conceitos de culpa foram identificados.

Em primeiro lugar, a culpa criminal. Aqui estamos na seara do direito penal, estamos diante da prática de crimes, entendidos como atos violadores de tipos penais estabelecidos em lei (*nullum crimen sine lege*) e contra os quais se tem provas objetivas do cometimento do delito. A punição de tais atos é de responsabilidade de um juiz ou de um Tribunal, que devem se pautar por um devido processo a fim de conhecer os fatos e aplicar a lei.

Em segundo lugar, temos a culpa política. Ela se aplica aos governantes, bem como aos cidadãos, de um determina-

do Estado, os quais devem suportar as consequências dos atos do regime que os governa e sob cuja ordem vivem. Jaspers enfatiza que todos são corresponsáveis pelo modo como um Estado é governado. Neste nível de culpabilidade, a punição depende da vontade e do poder do vencedor, tanto em termos de política internacional quanto doméstica. O sucesso do vencedor e o insucesso do vencido é o que decide a sorte desse tipo de responsabilização. A responsabilização pela culpa política implica algum tipo de reparação, bem como uma perda ou restrição de poder e direito políticos.

Em terceiro lugar, aparece a culpa moral. Essa é a culpabilidade que diz respeito ao indivíduo e sua consciência. Somos moralmente responsáveis pelos nossos atos, incluindo as ordens de caráter político e militar que porventura venhamos a executar. A culpa moral pertence ao interior de cada um de nós e implica arrependimento e regeneração. O julgamento aqui pertence ao Tribunal da consciência do indivíduo.

Essa espécie de culpabilidade, porém, encontra seu limite no que pode ser concebido como dever moral. Significa dizer que, moralmente falando, nosso dever é agir corajosamente, mas não é possível a imposição de um dever que obrigue à própria destruição.

Daí porque Jaspers desenvolve o inusitado conceito de culpa metafísica. Ela é necessária para lidar com algo que a noção de culpabilidade moral não é capaz de abranger.

Assim, em quarto e último lugar, temos a culpa metafísica. Ela existe em virtude de uma solidariedade entre os homens, enquanto seres humanos, o que faz *“de cada pessoa corresponsável por toda imoralidade e toda injustiça no mundo, especialmente por crimes cometidos em sua presença ou com seu conhecimento”* (2000, p.26).

Nesse sentido, embora haja diferenças entre tipos e graus de culpabilidade, ninguém que tenha vivido na Alemanha do

nazismo pode ser considerado inocente. Ao presenciar ou ao ter conhecimento de um crime:

Se eu falho em fazer tudo que eu puder para pará-lo, eu também sou culpado. Se eu estava presente no momento do assassinato de uma outra pessoa e não arrisquei minha vida para evitá-lo, eu me sinto culpado de um modo que não pode ser adequadamente enquadrado tanto legalmente quanto politicamente e moralmente. Que eu viva depois de uma coisa assim ter ocorrido, pesa sobre mim como uma culpa indelével. (2000, p.26).

A culpa metafísica “*vai além até mesmo da solidariedade em relação a outros homens, a concidadãos, ou a grupos menores, pois ela permanece nos laços humanos mais próximos e secretos — aí reside a culpa de todos nós*” (2000, p.26). Apenas a Deus caberá determinar a medida desse tipo de culpa em cada ser humano.

As distinções acima foram desenvolvidas por Jaspers com a finalidade de tornar possível o estabelecimento de proporções em relação à culpa alemã. Isso é próprio da justiça no sentido de proporção (*Diké*). Diferenciar entre quatro conceitos de culpa evita a abordagem superficial que coloca diferentes tipos de conduta em um mesmo nível.

No entanto, essa diferenciação não deve nos impedir de perceber a íntima conexão entre os conceitos:

Todo conceito de culpa demonstra (ou evidencia) realidades, cujas consequências aparecem nas esferas dos outros conceitos de culpa. Se os seres humanos fossem capazes de se libertar da culpa metafísica, eles seriam anjos, e todos os outros três conceitos de culpa perderiam a importância. (2000, p.27)

Assim, falhas morais, por exemplo, causam as condições para que tanto o crime quanto a culpa política apareçam. Tais falhas podem ser encontradas nas inúmeras vezes em que somos cotidianamente negligentes quando devíamos agir, na adaptação de seus atos conforme a conveniência, nas reivindicações sem fundamento, na imperceptível promoção do erro, na participação em criar uma atmosfera pública que espalha confusão, tornando o mal possível.

Pelas características de cada uma das culpas até aqui expostas, fica claro quais delas podem se tornar matéria jurídica. Com efeito, o direito só pode ser aplicado à culpa no sentido criminal e no sentido de responsabilidade política, pois estas dizem respeito a um âmbito externo, àquilo que já deixou de pertencer apenas à consciência de alguém, atingindo de modo concreto outras pessoas (2000, p.32). Já as culpas moral e metafísica são, por aquilo que as caracteriza, questões que ficam fora do domínio do direito.

Como, portanto, poderíamos compreender a culpabilidade de um povo inteiro? Que tipo de responsabilidade seria possível atribuir a um povo pelos eventos trágicos que porventura ocorram em sua sociedade? Segundo Jaspers, não há sentido em atribuir um crime a um povo inteiro, pois o criminoso é sempre apenas um indivíduo. A mentalidade que considera, caracteriza e julga pessoas coletivamente foi disseminada por séculos, gerando ódio entre nações e comunidades. Ademais, não há de fato isso que chamamos de povo. Embora haja comunidades linguísticas, costumes, hábitos e relações comuns, podem existir, ao mesmo tempo, *“diferenças tão grandes que fazem com que pessoas que falam o mesmo idioma sejam como estranhos uns para os outros como se eles não pertencessem à mesma nação”* (2000, p.34).

Não podemos, portanto, tratar um povo como se fosse um indivíduo. Um povo não pode ser criminoso, não

pode agir moralmente ou imoralmente. Apenas o indivíduo pode agir assim. Assim, “*o julgamento categórico de um povo é sempre injusto*” (2000, p.35). Quando, por exemplo, condenamos os judeus pela crucificação de cristo cometemos esse tipo de injustiça, pois, na verdade, apenas um determinado grupo de judeus – a teocracia do Templo que cooperava com o governo dos romanos – pode ser responsabilizada pela prisão e condenação de Jesus.

Nos Julgamentos de Nuremberg, em que, pela primeira vez na história, um Tribunal foi estabelecido pelos vitoriosos para julgar os vencidos em uma guerra, cuidava-se de julgar indivíduos alemães, acusados pela prática de crimes específicos, expressamente definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional.

Se, por um lado, ao se criar um Tribunal para julgar indivíduos que cometeram crimes, de alguma forma relacionados ao nazismo, o Tribunal de Nuremberg, retirou do povo alemão o estigma de um povo criminoso, por outro lado, não o livrou, evidentemente, da culpa. Na verdade, diz Jaspers, “*a natureza de nossa real responsabilidade apenas aparece de modo mais claro*” (2000, p.55).

De fato, o povo alemão como um todo é culpado, mas sua culpa é tão somente de natureza política. Como explica Jaspers:

Nós eramos cidadãos alemães na época em que os crimes foram cometidos pelo regime que se declarava alemão, que se proclamava como a própria Alemanha e parecia ter o direito de agir assim. Desde que o poder do Estado passou para sua mão até 1943, tal regime não encontrou nenhuma oposição séria.

A destruição de qualquer possibilidade de uma política alemã decente e honesta deve ter raízes também

em modos de conduta da maioria da população alemã. Um povo responde por sua política.

Todo alemão tem sua parcela de responsabilidade pelos crimes cometidos em nome do Reich. Nós somos coletivamente responsáveis. A questão é em que sentido cada um de nós deve se sentir corresponsável. Certamente no sentido político da culpabilidade compartilhada por todos os cidadãos por atos cometidos pelo seu Estado – mas, por essa razão, não necessariamente também no sentido moral de uma efetiva participação em um crime. (2000, p.55. *Os grifos são nossos*)

Desse modo, a única culpa que pode ser atribuída a um povo, coletivamente, é a responsabilidade política. A culpa política atingiria até mesmo pessoas que vivem alheias a toda política como monges, eremitas, acadêmicos e artistas. Mesmo eles estão incluídos entre os politicamente responsáveis, pois também vivem sob a ordem do Estado. Os Estados modernos, afirma o autor, tornaram inconcebível um alheamento em relação ao mundo da política.

## Conclusão: a culpabilidade brasileira

Em face do que foi dito até aqui, cumpre agora examinar como a realidade da violência brasileira poderia ser enquadrada no esquema traçado por Jaspers, separando a culpabilidade individual da coletiva.

Tomando por base os quatro tipos de culpa, podemos delimitar as diferentes responsabilidades pela trágica situação de violência que vitima milhares de brasileiros todos os anos e de impunidade que torna a injustiça ainda maior, ao negar a devida solução ao delito cometido.

A configuração da culpa criminal parece ser a mais evidente de todas. Nela a culpa recai exclusivamente sobre o indivíduo, cuida-se de atribuir punições a pessoas determinadas por atos específicos. No caso brasileiro, há a necessidade de efetivamente punir aqueles que cometem crimes violentos. Segundo o *Instituto Sou da Paz*, que coletou dados referentes a homicídios dolosos cometidos em seis Estados brasileiros (Rio de Janeiro, São Paulo, Pará, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Rondônia) no ano de 2015, apenas 20% do total dos crimes nesses Estados somados se transformaram em denúncias criminais (2017, p. 12).

É na culpa política que encontramos a dimensão coletiva da responsabilidade, na medida em que se identifica uma responsabilidade compartilhada por todos os cidadãos por atos cometidos pelo seu Estado. Este, conforme determinam os princípios que regem nosso ordenamento jurídico, deve reservar um montante do orçamento público para reparar financeiramente pessoas prejudicadas por seus atos ou omissões. Assim, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm assegurado aos presos indenização por danos sofridos por um encarceramento sem as condições que assegurem a dignidade da pessoa humana:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de resarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).

A sociedade e o Estado devem ser responsabilizados pelo tratamento desumano dado a seus presos. Com mais razão ainda por haver um sentimento social de que as condições degradantes oferecidas àquelas pessoas são o que elas merecem receber. Um crime certamente merece a punição condizente, mas esta deve encontrar um limite na dignidade da pessoa humana e no compromisso que toda comunidade política fundada na ética deve ter com a busca por tornar seus cidadãos pessoas melhores. A retribuição justa, além de punir o mal cometido também deve ser orientada para recuperar a pessoa, tornando-a melhor. Essa é a lição do pensamento ocidental desde Platão:

- Quando se faz mal a cavalos, eles tornam-se melhores ou piores?
- Piores.
- Em relação à perfeição dos cães ou à dos cavalos?
- À dos cavalos.
- Mas, se fizer mal a cães, eles tornam-se piores relativamente à perfeição dos cães e não à dos cavalos?
- Forçosamente.
- E quanto aos homens, ó companheiro, não teremos de dizer o mesmo: que, se se lhes faz mal, se tornam piores em relação à perfeição humana?
- Exacto.
- Mas a justiça não é a perfeição dos homens?

- Também isso é forçoso.
- E, se se fizer mal aos homens, meu amigo, é forçoso que eles se tornem mais injustos.
- Assim parece. (PLATÃO, 1980, 335b-335c)

É necessário também notar o papel essencial do poder nas comunidades humanas. Com efeito, todos nós vivemos em meio a relações de poder. Trata-se de um fato da existência humana. Segundo Jaspers, isso traz um dever para cada um de nós no sentido de dar apoio a uma estrutura de poder que esteja direcionada a atingir o que é justo, que seja capaz de promover os direitos humanos.

Por isso o problema da violência policial brasileira é algo fundamental e que enquanto não for solucionado permanecerá como um empecilho à consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito no país. O problema tem sido reconhecido internacionalmente, como na condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 2017, no Caso Favela Nova Brasília, pelas falhas e demora na investigação e sanção dos responsáveis pelas execuções extrajudiciais de 26 pessoas durante operações realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro nessa comunidade do Complexo do Alemão, em 1994 e 1995 (CERQUEIRA et al., 2017, p.22).

Quando falhamos em colaborar para organizar um Estado que respeite os direitos humanos, caímos, ao mesmo tempo, numa situação de culpa política e moral. A primeira acaba se transformando na segunda toda vez que o poder numa comunidade destrói seu próprio sentido de existência: a conquista do que é justo e ético. Pois, *“onde quer que o poder não limite a si mesmo, existe violência e terror, e, ao final, a destruição da vida e da alma”* (2000, p. 28).

## Referências

- ARARIPE, Luiz de Alencar. Primeira Guerra Mundial. In: *História das guerras*. MAGNOLI, Demetrio (org.). 3. Ed. São Paulo: Contexto, 2007.
- CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sergio; BUENO, Samira; VALENCIA, Luis Iván; HANASHIRO, Olaya; MACHADO, Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência – IPEA/ FBSP*. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf).
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. *Onde mora a impunidade? Porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios*, 2017. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/index\\_isdp\\_web.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf)
- JASPERS, Karl. *The question of German guilt*. Trad. E.B. Ashton. New York: Fordham University Press, 2000.
- PLATÃO. *A República*. Tradução e notas Maria Helena da Rocha Pereira. 3 ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral).



# Notas sobre a relação jurídico-tributária no Brasil e o código de defesa dos contribuintes

*Telson Pires*

A relação entre o homem e o tributo sempre foi dramática, desde os períodos insondáveis. Reputou-se o tributo, no limiar dos tempos, como uma imposição arbitrária, exigida por quem exercesse poder sobre os menos venturosos.

A espoliação desmesurada através do tributo e outras arbitrariedades impostas aos mais desfavorecidos fizeram brotar um rico ideário, além de deflagrar memoráveis lutas revolucionárias que quedaram as vetustas monarquias da Europa.

A Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII, despontou como um marco histórico sem precedentes, onde o “homem, lobo do homem”, de Thomas Hobbes, perdeu espaço.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – inspirada no iluminismo e na Revolução Americana de 1776 – simbolizou uma significativa mudança de rumo. Daquele dia em diante, homem e Direito não

seriam mais os mesmos. O aparecimento dos direitos fundamentais foi o fruto deste marco indelével.

Lançaram os franceses as sementes de um novo pacto social, e, por desdobramento, de um novo pacto tributário, no qual o povo passou a ser o legítimo titular do tributo, sob a garantia do constitucionalismo que exsurgia.

Os cânones humanistas, entretanto, perderam vigor nos anos que se sucederam, fazendo retomar a tributação o seu caminho sombrio. Neste interregno a Revolução foi um sonho de tributação consentida, razoável e democrática.

As práticas de espoliação através do tributo estão presentes em boa parte do mundo hodiernamente, em especial nos países menos desenvolvidos como o Brasil. Isto, mesmo após a nova onda humanista deflagrada em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e do consequente processo de transnacionalização dos sumos direitos, através da celebração de inúmeros tratados internacionais.

Os Estados, com maior ou menor intensidade – dependendo do grau de esclarecimento e consciência política do seu povo – têm legitimado com a lei a desproporcionalidade com que os tributos são exigidos dos cidadãos. E o efeito dessa infausta *violência* é que o fardo da tributação continua sendo mais sentido nos ombros dos menos favorecidos, que não têm, em contrapartida, um Estado garantidor do desenvolvimento pleno das potencialidades humanas.

Resta evidente que na relação jurídico-tributária ainda figura a vontade do Estado-Fisco, que se impõe sob o guante das leis. E, do outro lado, protagonizando um verdadeiro duelo atemporal, o cidadão-contribuinte, que por muito tempo restou desprotegido. Hoje, porém, ao ser submetido o ordenamento a uma revitalização perpetrada pela Constituição e pelos tratados internacionais, a luta épica tem se mostrado com novas feições.

Tomada em análise a tributação no Brasil, desde a primeira República, percebe-se que não tem prevalecido o postulado democrático. Nesta toada, também tem se mostrado incipiente a luta pela efetividade dos direitos humanos a partir do tributo como ônus social, o que se deve, principalmente, ao desinteresse de quem mais deveria se interessar, neste caso, o brasileiro.

Este desinteresse – que prostra a nação – permite ao Estado permanecer com a sua antiga política de desmandos tributários, como acontece, por exemplo, com a cobrança dos impostos indiretos, que não permitem uma real percepção do peso dos tributos sobre os preços. O fato gerador é concretizado pelo sujeito passivo da obrigação tributária (devedor do tributo), mas o ônus do imposto é repassado, através do preço, aos consumidores. O propósito dessa prática é mais que claro: manter vendados os olhos dos que se revelam indefesos, e, com isso, não lhes permitir enxergar os “ataques” que seriam naturalmente escudados.

Os impostos indiretos, portanto, operam em desfavor das igualdades, afrontando, num só giro, a capacidade contributiva e a isonomia. É por isso que não se mostra inapropriado considerar que: 1) a tributação permanece injusta e desproporcional, e 2) o princípio da igualdade tem duas medidas, mostrando-se mais igual para os ricos e menos igual para os pobres.

O princípio da capacidade contributiva, desdobrado do princípio da igualdade, cuja orientação é proporcionar ao contribuinte uma exação tributária aquilatada às suas possibilidades tem sido amesquinhado diante das elevadas alíquotas dos impostos indiretos fixadas na federação brasileira. A injustiça nesse tipo de imposto está no fato de não se levar em conta o quanto o contribuinte ganha, mas sim o quanto consome. É perceptível que o Estado lança mão da legislação para dar feições de legitimidade à expropriação de riquezas que opera contra os particulares. Sabe-se que o ordenamento

jurídico pátrio, na Constituição de 1988, veda o tributo com efeito de confisco, e é exatamente isso que acontece, por via obliqua. Somando-se o valor dos tributos pagos pelos contribuintes (diretos e indiretos) tem-se um montante que obsta a efetividade das liberdades e, muitas das vezes, o próprio atendimento das necessidades mínimas, fazendo com que muitos brasileiros vivam em pobreza extrema.

O Estado brasileiro, que deveria proporcionar a satisfação das necessidades básicas do seu povo, como saúde, educação, segurança, previdência, saneamento, dentre outras, não tem conseguido dar cabo desse desiderato. Todos os serviços proporcionados ao seu elemento humano está aquém do esperado, ou melhor, do mínimo exigível.

Não bastasse o precário atendimento das necessidades plurais, os contribuintes ainda são levados a contratar serviços particulares para suprir a ausência do poder público. Assim, portanto, os brasileiros acabam pagando novamente por saúde (planos de saúde), educação (escolas e universidades privadas), previdência (planos privados de previdência complementar), dentre tantos outros exemplos. E cumpre lembrar que para cada serviço contratado junto aos particulares ainda incidirão os impostos respectivos, na modalidade indireta. Paga-se duas vezes pela mesma coisa. E os que não podem contratar esses serviços básicos na ordem privada, ficam à mercê da própria sorte, dependendo exclusivamente dos precários serviços governamentais.

A situação do contribuinte brasileiro frente o Estado é desleal, exigindo uma urgente releitura do quadro.

Há que se reconhecer, no entanto, que o advento da Constituição de 1988 trouxe ares de humanidade para o sistema tributário brasileiro. A vigente Carta, além de fundar uma República democrática, balizou o poder do Estado pelo respeito aos direitos fundamentais.

O exercício da tributação restou fundamente transformado pela circunscrição do poder estatal e pelos freios que lhe impõem a democracia e os direitos humanos. A Constituição Cidadã, por ter proclamado que o poder emana do povo, em proveito dele próprio, estabeleceu um elo com o histórico ideário francês.

O que se tem por lamentável é que a desinformação e o desinteresse tornam o contribuinte indefeso diante dos desmandos tributários, mesmo tendo sido entregue em suas mãos fabuloso rol de garantias constitucionais que poderia utilizar em seu favor.

A cidadania plena, considerada sob o viés do exercício dos direitos civis, políticos e socioeconômicos, na perspectiva de Marchall, propicia o despertar coletivo de uma consciência tributária.

Além dos princípios e regras de proteção ao contribuinte estabelecidos na Constituição da República de 1988, apresenta-se como perspectiva de novo passo rumo à efetivação da cidadania fiscal o denominado Estatuto do Contribuinte, que há anos aguarda ser aprovado pelos congressistas brasileiros.

O Estatuto ou Código de Defesa dos Contribuintes traz consigo um conjunto de normas que, de modo simplificado, reúne os direitos fiscais dos cidadãos, facilitando o seu acesso às informações básicas sobre os tributos e às suas garantias na relação jurídico-tributária, que hoje é disciplinada por um emaranhado de leis, decretos e portarias, que acabam por desnortear até os mais hábeis especialistas neste assunto.

Os países que apresentam democracias avançadas se deixaram guindar pela necessidade de efetivação dos direitos fiscais no processo de consolidação da cidadania. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, Espanha e Itália, que possuem Código de Contribuintes.

Entretanto, as propostas de Lei Complementar tendentes à criação do Estatuto dos Contribuintes no Brasil continuam estacionadas no Congresso Nacional à espera de vontade política. Seu advento representará um significativo avanço – além de novo desdobramento dos direitos fundamentais – sendo consequência desse *status* sua aplicação imediata, já que os direitos fundamentais capitulados na Constituição não são normas programáticas, ou meros aconselhamentos para os legisladores e governantes.

Um dos argumentos apontados para o retardo na aprovação do novel diploma nas Casas Legislativas é a divergência sobre a pertinência do Estatuto, já que a Constituição, no capítulo destinado às limitações constitucionais ao poder de tributar (artigos 150, 151 e 152 da CRFB/88) já contempla o núcleo essencial da cidadania fiscal que, ao ser somado a outros dispositivos espalhados na Lei Maior, como o art. 145, § 1º (princípio da capacidade contributiva), por exemplo, formam uma verdadeira Declaração de Direitos dos Contribuintes. Também refutam o Estatuto os que entendem que sua existência beneficiaria os sonegadores de impostos, o que traria graves empecilhos para a atividade arrecadatória do Estado.

O desejado propósito do Estatuto de Defesa dos Contribuintes é o de propiciar uma melhor interpretação do Código Tributário Nacional, que data de 1966, e das demais leis de ordem tributária, amoldando-os aos cânones humanistas e democráticos esculpidos na Constituição vigente.

Nesta toada, é salutar que o Congresso Nacional aprove – sem tergiversações – o Estatuto dos Contribuintes, para que sejam mais bem protegidos os cidadãos na relação jurídico-tributária, onde as investidas do Poder Público são inegavelmente mais frequentes e lesivas.

Mais agilidade que o Legislativo nacional foi demonstrada por alguns estados federados como Minas Gerais e São

Paulo, que aprovaram, respectivamente, o Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais, criado pela Lei nº 13.515 de 7 de abril de 2000, e o Código de Direitos, Garantias e Obrigações do Contribuinte, instituído através da Lei Complementar nº 939, de 3 de abril de 2003.

Uma dos benefícios que o Código dos Contribuintes poderá trazer para os cidadãos pode ser antevisto fazendo-se um paralelo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que mudou radicalmente (para melhor) a relação entre os consumidores e os prestadores de serviços e fornecedores de produtos. Antes do CODECON, os direitos dos consumidores eram pouco conhecidos, além de serem regulados como contratos convencionais pelo Código Civil. Isso de fato obstava-lhes a defesa diante do poderio econômico daqueles que se colocavam no outro lado da relação.

O Código consumerista estatuiu os direitos básicos do consumidor, determinando a sua vulnerabilidade. Em linguagem acessível e pedagógica, facilitou a democratização do conhecimento jurídico, proporcionando uma série de facilidades para o acesso à justiça dos que anteriormente eram excluídos pelo sistema.

Imaginando-se os positivos desdobramentos com a chegada do Estatuto do Contribuinte, vislumbra-se a instauração, no Brasil, de uma verdadeira cidadania fiscal, onde o contribuinte possa, enfim, lutar por seus direitos, seja exigindo atitude dos legisladores e governantes, seja buscando a tutela jurídica dos seus interesses junto ao Poder Judiciário.

O Estatuto dos Contribuintes, além de se coadunar com a tutela dos direitos fundamentais, comporia, com a Constituição da República e o Código Tributário Nacional, uma trilogia estrutural sobre a qual se consolidaria o poder de tributar legitimamente exercido pelo povo.

Noutro ponto, o direito ao mínimo existencial tem assumido sobrelevada importância no contexto da cidadania tributária, já que a sobrevivência digna exige a satisfação de um direito de condições vitais mínimas a ser salvaguardado pelo Estado.

Não havendo um mínimo de condições que permitam a vida em padrões aceitáveis, o homem sucumbe, e com ele todo o processo de afirmação histórica dos direitos humanos. Trata-se, portanto, de um imperativo categórico a garantia desses direitos mínimos (porque a própria manutenção da sociedade depende disso).

Seguindo a tendência contemporânea de satisfação do limiar mínimo, a Constituição de 1988 elencou garantias para os cidadãos menos favorecidos. Noutro prisma, as imunidades e isenções tributárias também desempenham importante papel na necessária garantia do piso vital.

A nova cidadania que promana da Constituição de 1988 e dos tratados internacionais reclamam a adequada proteção do Estado. Entretanto, a tutela legitimadora que compete ao Poder Judiciário só será possível a partir da modernização dos tribunais, que ainda se mostram carentes de juízes dotados de cultura supranacional, capazes de adaptar o sistema tradicional de tributação à moderna concepção dos direitos humanos.

O respeito à moral também é um passo importante nesse processo de ruptura definitiva com o positivismo aético que ainda predomina nos sistemas tributários do Brasil e alhures. Esse protesto por ética tributária impõe a urgente transparência na relação fisco-contribuinte.

Recentemente houve um movimento de paralização nacional de caminhoneiros insatisfeitos com os reiterados aumentos do preço dos combustíveis, especialmente do óleo diesel. Trata-se de mais uma evidência de que o brasileiro começou a perceber a significativa influência do tributo sobre os preços de produtos e serviços (no caso em comento,

perto de 50% sobre o preço do litro do combustível derivado do petróleo). Também no Rio de Janeiro, há alguns anos, os donos de imóveis urbanos manifestaram-se no sentido do não pagamento da quota única do IPTU, para forçar o governo a reduzir a alíquota do imposto. Fato é que o brasileiro já não tem condições de arcar com tão pesada tributação que promana dos entes federativos.

Países da Europa que promoveram desoneração tributária viram sua economia se desenvolver, com o fortalecimento da indústria, do comércio, o crescimento dos postos de emprego etc. A forma como o Brasil tem conduzido sua política fiscal leva especialistas à constatação de que o país possui uma das maiores cargas tributárias do planeta.

Nunca é demais repetir que o poder de tributar pertence ao povo, sendo, portanto, inconcebível qualquer manobra que o deixe em situação de desvantagem.

A clarividência dos revolucionários franceses, nesse sentido, é perceptível na sua Declaração de Direitos de 1789 (artigos 13 e 14).

*Veja-se, ipsius litteris:*

*Art. 13.º Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.*

*Art. 14.º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.*

Caso fosse possível refundar o pacto federativo fiscal brasileiro – o que é expressamente vedado pela Constituição de 1988, por ser cláusula pétrea – seria imprescindível tomar

como norte os postulados que os franceses, com muita percuciência, enunciaram, de tributação democrática e consentida, notadamente tendo o tributo como ônus social, cobrado para fazer frente aos gastos públicos, com indeclinável respeito à capacidade contributiva (corolário do princípio da igualdade), de tributação permeada por valores republicanos, sendo o tributo, sua coleta e duração aquiescidos pelo seu legítimo dono, assim como a decisão sobre a melhor destinação da receita auferida com a cobrança dos tributos.

O Código Tributário do Brasil, de linhagem alemã, em nenhum momento apresenta aos contribuintes as contrapartidas pelos valores recolhidos. A afirmação pode ser constatada no artigo 3º do CTN, que, em apertada síntese, define o tributo como uma obrigação decorrente de lei, devendo o cidadão recolher o dinheiro aos cofres públicos, e só.

Não é sem propósito que nos países desenvolvidos o Direito Tributário (que se preocupa exclusivamente com a arrecadação do tributo) não sobrepujou o Direito Financeiro cujo debruçar recai sobre a aplicação qualitativa dos recursos públicos.

O tempo da cidadania fiscal se avizinha. Esse novo momento exige que os contribuintes saiam das trevas da ignorância para – através das luzes da democracia – imporem sua vontade soberana.

# La dicotomía sistema/ entorno, desde una perspectiva multidisciplinaria, como método de asimilación de la ciencia jurídica\*

*Edgar Hernán Fuentes Contreras e Luz Eliyer Cárdenas Contreras*

## Introducción

El proceso de transmisión del conocimiento jurídico y su correspondiente asimilación, sin duda, mantiene hasta hoy una deuda con el ámbito social e, incluso, consigo mismo. Desde su aparición, en las primeras universidades occidentales, el proceso de enseñanza jurídica se ha visto influenciado a

---

\* Componentes del presente artículo se presentan como resultado parcial del proyecto de investigación-innovación pedagógica: “Formación jurídica a partir de la metodología de casos”, adscrito a la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia); además, parte del mismo fueron expuestos, como ponencia, en el Foro: “Estudios Interdisciplinarios en Derecho” en la Universidad de los Andes (Colombia, 2017).

partir de una pretensión monodisciplinar. Si bien este proceso no siempre ha implicado un estándar ajeno a las modificaciones, suele haberse habituado a aminorar la interacción disciplinar. Por ello, el presente escrito se ha centrado, de manera breve, en aludir a una postura epistemológica, donde se resalta la dicotomía sistema/entorno, con el fin de observar las posibilidades existentes de generar estudios inter y transdisciplinares.

Así las cosas, mediante una metodología descriptiva-correlacional, se abordarán, después de un marco conceptual, cuatro modelos alternativos, producidos durante el siglo XX, que procuran un carácter interdisciplinar para el conocimiento de lo jurídico, y, con ellos, se presenta una propuesta de asimilación jurídica a través del modelo sistema/entorno y de procesos cognitivos de interpretación. Finalmente, se expondrán las conclusiones respectivas, demostrando la importancia del estudio interdisciplinar en lo jurídico.

## 1. El problema de las dicotomías y las formas de asimilación.

El reconocimiento del Derecho como una construcción del conocimiento estructurada, permiten que, mínimamente, existan dos maneras de asimilación cognitiva que podrían ser nominadas como la convencional y la sistémica. La primera de ellas, bajo la distinción *sujeto/objeto*, tendrá su auge entre los siglos XVI y XVIII, con el surgimiento de las llamadas *revoluciones científicas* (KUHN, 2002) y se fundamentará en la idea de poder conocer objetivamente el *mundo exterior* y la posibilidad de reproducirlo con exactitud en el *mundo interior*. Para ello, se requiere un *método*, el cual permite organizar, sistematizar, jerarquizar y comprobar la correspondencia entre dichos *mundos*. El producto final de este proceso será un *conocimiento* analítico, sistemático, predictivo, explicativo,

dinámico, verificable y especializado. Por consiguiente, en esta formulación aparecen tres elementos básicos: el sujeto, el método y el objeto, que construyen una postura de la *ciencia* bajo los siguientes postulados: 1) la distancia ontológica entre el *objeto* y el *sujeto*; 2) la rigidez metodológica; 3) semejanza metodológica (positivista) entre los distintos saberes; y 4) la existencia de una única verdad, que será la científica (NEGRETE, 2003, p. 85). Partiendo de dichos postulados, se puede decir, como observaciones críticas, que:

- 1) El modelo contribuye a dilucidar una distinción disciplinar basada en que los estatus de las mismas están dados según se acerquen más al patrón descrito;
- 2) Se sintetiza y simplifica al máximo el objeto de las ciencias, ocasionando fragmentaciones de la realidad, que, si bien metodológicamente puede ser útil para la comprensión de la misma, genera desconexiones que en la práctica no son posibles o pueden verse como impertinentes;
- 3) Asimismo, se aminoran los conocimientos contextuales y locales, debido a que estos no compartirían el carácter universal que se pretende del conocimiento científico; y
- 4) El modelo, al procurar que el sujeto no ostente la calidad de participante, genera una imposibilidad de concebir el conocimiento como percepciones y, lo observa, por ende, más como una única verdad de carácter objetiva.

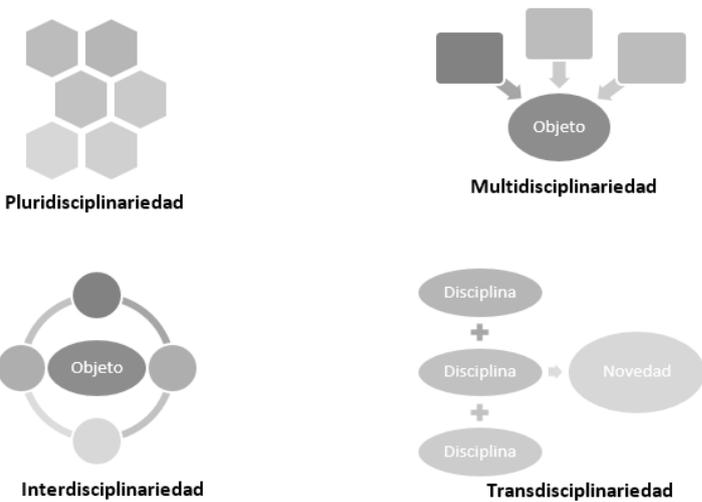
Por lo anterior, el paradigma científico convencional le restó importancia a otras formas de acercamiento del conocimiento, lo que causaría un monopolio cognitivo que no fue

ajeno a su insuficiencia y a las objeciones. En razón de dichos obstáculos, se procuró hacer un replanteamiento de las estructuras epistemológicas clásicas mediante una nueva distinción, que estaría basada en la dicotomía *sistema/entorno* (RODRÍGUEZ y ARNOL, 1990; DE LA REZA, 2010) y sería proveniente de la teoría general de los sistemas. Procedente de Ludwig von Bertalanffy (1986), tendrá influencia en diversos tipos de manifestaciones como la cibernética (Wiener, Maruyama y Ashby), los sistemas autoorganizados (Heinz von Foerster), hasta llegar al concepto de autopoiesis, para las ciencias naturales, de Humberto Maturana y Francisco Varela (2004, 2003) y de Niklas Luhmann (2009, p. 1996), para explicar el fenómeno social (URTEAGA, 2010; CADENAS, 2012).

En términos generales, la nueva distinción cognoscitiva parte de una relación entre infinitud y adaptación. En consecuencia, los sistemas cognoscentes pueden ser tildados como limitados en su función y en el conocimiento que integran, pero no por aquello que pueden conocer. Justamente, los sistemas encuentran limitaciones debido a las fronteras que estos mismos trazan y “ningún sistema puede operar fuera de sus fronteras” (LUHMANN, 1997, p. 170). Empero, estas fronteras podrán ser modificadas de acuerdo a su necesidad y adaptación. Así las cosas, solo será posible conocer, en un inicio, aquello finito que el sistema mismo ha asimilado y será desconocido –pero posible por conocer– todo lo que conforma o hace parte del entorno: “*todo esto es mutable, contingente*”. (GARCÍA AMADO, 1997, p. 134).

Ahora, siendo una expresión de la complejidad, el entorno estaría conformado por los demás sistemas. Ello ocasionaría que sistemas entre sí puedan compartir contenidos, métodos e intereses, pero que su abordaje deberá estar limitado aquello que cada uno de ellos puede responder dentro de su lenguaje: Por ende, necesitarían los sistemas articularse

en metodologías y lenguajes, en un nivel comparativamente cercano a la traducción, con el fin de conocer y advertir un fenómeno específico, ya sea de manera conjunta o dando origen a un nuevo sistema. Esencialmente, será esta interrelación la que nos permite aludir, en sentido amplio, al fenómeno de la multidisciplinariedad: Ésta incluirá, mínimamente, cuatro fenómenos distintos: la pluridisciplinariedad, la multidisciplinariedad, en sentido estricto, la inter y transdisciplinariedad (LÉRTORA, 2000; GARCÍA, 2008), las cuales pueden graficarse así:



*Ilustración No. 01. Modelación de la pluri, multi, inter y transdisciplinariedad*

Sin necesidad de hacer una alusión extensa, las gráficas permiten señalar estas referencias:

- 1) Estas expresiones implican, en todo caso, la presencia de varias disciplinas: algunas veces simplemente al lado unas de otras, en otras ocasiones, compartiendo espacio de análisis, pero careciendo de vínculos o fines conjuntos, o un tercer tipo de orientación –donde se incluyen las últimas– en la cual prevalece una compenetración de las disciplinas intervinientes.
- 2) La conexión de las disciplinas, como proceso articulado, estará solo en la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad. Sin embargo, en la primera la articulación se deriva de fines específicos, mientras la segunda la conexión generada termina provocando un producto novedoso respecto a metodología, respuestas, abordajes e, incluso, disciplinas mismas, por lo cual se suele aceptar que la interdisciplinariedad sea el primer paso para construir un modelo transdisciplinario.

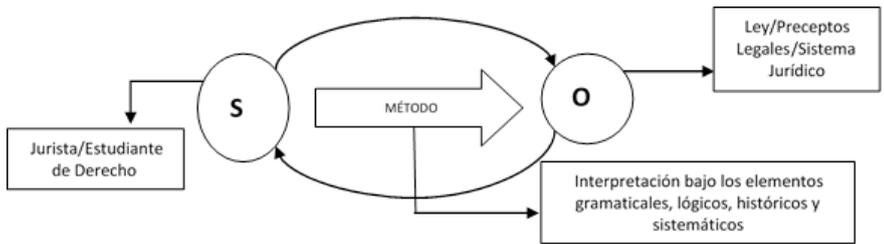
Dichos fenómenos de interrelación favorecidos por la distinción sistema/entorno modelan una pretensión práctica del conocimiento y más realista, en lo que tiene que ver con las nociones propias de la aplicación y desde la necesidad de crear vínculos con diferentes formas de conocer la realidad.

En ese contexto, cuando se piensa en el estudio científico de la asimilación del Derecho bajo la dicotomía sistema/entorno, se habilita la validez de la intervención de otras disciplinas, tal como en las propuestas que veremos a continuación.

## 2. Modelos basados en la interdisciplinariedad

La enseñanza del Derecho ha tenido un vínculo, desde su aparición al final de la Alta Edad Media en la Universidad de Bolonia (BERMAN, 1996; BERNAL, 2010; FUENTES y

CÁRDENAS, 2017), con la monodisciplinariedad, que a lo a sumo se ha modificado por la inserción de herramientas o métodos vinculados con la lingüística o la historia, primordialmente. Precisamente, el *mos italicus*, como visión monodisciplinar, que se forjó en las primeras Universidades de Europa y, posteriormente, su extensión a las Universidades Latinoamericanas (TÜNNERMANN, 2003), favorecieron para que se sostuviera visiones totalmente cercadas del Derecho; tal como sucedió con el llamado *clasicismo jurídico latinoamericano* (LÓPEZ, 2004) y su extensión, durante el siglo XIX y XX, a través del *neoclasicismo*. En dichas tendencias, el estudio del derecho se limitaba, con normalidad, a la dicotomía sujeto/objeto, del siguiente modo:



*Ilustración No. 02. Elementos de la asimilación normativa desde la dicotomía sujeto/objeto.*

Con todo, estas visiones extendidas en latinoamericana se contrapusieron a ciertas creaciones locales que buscaron el análisis de lo normativo de manera diferente y que introducían orientaciones multidisciplinares. Entre ellas, se han escogido a las siguientes:

**A. Derecho y literatura:** Como movimiento, “Derecho y Literatura” dará sus primeros pasos en las primeras décadas del siglo XX, con los desarrollos del realismo nor-

teamericano, y tomando fuerza la década de los 80's, en la que este estudio fue incorporado como asignatura en varias universidades de Estados Unidos y Europa (TRINDADE y MAGALHÃES, 2009, p. 177), y de manera más reciente en Suramérica, en la doctrina argentina, brasilera y mexicana (BOTERO, 2007, pp. 47-48).

Dicho modelo advierte la influencia proclive a relacionar el derecho con la literatura y viceversa (MAGRIS, 2008); solo que existirían múltiples fines en esta interrelación que, en principio, puede clasificarse como: (i) percibir a la literatura como ficción del derecho; (ii) entender el derecho a través de la literatura; y (iii) valerse de los métodos narrativos de la literatura para introducirlos al derecho, respetando el lenguaje jurídico, solo que adentrándose en la pasión de la composición y la expresión literaria escrita o hablada, o como señala Jiménez y Caballero que el estudio de las “*intersecciones entre ambas disciplinas en favor de los operadores jurídicos, es decir: derecho de la literatura, derecho en la literatura y derecho como literatura*” (2015, p. 47).

Ciertamente, si se entiende a la literatura como fuente histórica y compilatoria de ideas filosóficas y manifestación de las emociones (NUSSBAUM 1997, p. 85), es posible observar que ésta se desarrolla contextualmente y puede aportar para una comprensión integral de otras expresiones culturales. Desde ese modo, la literatura se establece como método práctico de estudio que estimula la imaginación y brinda material a la hora de ejemplarizar situaciones relevantes para la ciencia jurídica. Por ello, se puede considerar que existen mínimamente tres conexiones entre Derecho-Literatura: la primera es que tanto las soluciones jurídicas como las narraciones literarias surgen en su gran mayoría de la observación del entorno social (ZOLEZZI, 2013, p. 384); la segunda es que ambas se materializan en la palabra (PÉREZ, 2006, pp. 143-144), sea

escrita o hablada; y la tercera es que tanto la literatura como el derecho son fruto del intelecto, de la imaginación y la creatividad humana, y ambas están fundadas en ficciones.

Ahora, siguiendo al profesor Botero Bernal (2007), los modelos de la relación entre estas disciplinas, pueden comprender así:

Modelo	Descripción	Relación	Estudio
Retórico	En ella el Derecho hará uso de obras literarias o elementos de las mismas con el fin de generar texto ornamentados, sin emplear lo literario para dar reflexiones jurídicas.	Literatura en el Derecho, para adornar lo normativo.	Instrumentalización no analítica de la literatura.
Expositivo	Se emplea la literatura para efectuar análisis y reflexiones jurídicas, que auxilian los textos normativos.	Literatura en el Derecho, elemento de reflexión	Lo literario será objeto coadyuvante para el discurso normativo.
Metodológico	Integra las visiones literarias y jurídicas con la finalidad de extraer elementos de un objeto específico, que suele ser, en historia del derecho, un contexto y/o la propia obra literaria como producto cultural, filosofía.	Derecho y literatura como métodos.	Multidisciplinar.
Analítico	Parte de un análisis jurídico sobre la obra literaria en sí, sin que se integren otros aspectos.	Derecho desde la literatura.	La literatura se vuelve objeto jurídico de análisis, desde una visión, normalmente, monodisciplinar.
Jurídico	Alude a los derechos que se posee, principalmente como autor, de una obra literaria.	Obra literaria como objeto de regulación del Derecho.	Monodisciplinar.
Estético	Valoración de los elementos literarios dentro de los textos normativos, con el fin de observar su significado y mensaje.	Derecho como objeto de la Literatura, pretendiendo que haya una conjunción entre lo literario y lo jurídico, para cumplir unos fines.	Interdisciplinar.

*Tabla No. 01 – Formas de relación Derecho/Literatura.*

Lo cierto es que, pese a la diversidad de relaciones que pueden ser abarcadas, existe una resistencia a su uso en los espacios más tecnificado de lo jurídico, debido a la desconfianza para emplear herramientas artísticas en un ámbito

presuntamente científico: Por ello, las escuelas que en su estructura favorecieron la labor mecánica judicial y lo hermético del sistema, han tenido una recepción limitada de esta visión, al no poder aceptar la labor creativa del operador jurisdiccional y que su formación deberá incluir libros e historias literarias (OST 2006, p. 334).

**B. Análisis económico del derecho:** Esta corriente fue introducida, principalmente, por los autores Gary Becker (1978) y Richard Posner (2014), los cuales implantan un estudio jurídico interrelacionado con el sistema económico y algunos de sus métodos (POSNER, 1998, p. 7). De tal forma, la inserción de la teoría económica viene a complementar a la jurídica, incluso, en aquellos campos donde el mercado, a primera vista, no tiene cabida; esto debido a que la teoría normativa moderna requiere “*el uso de la razón instrumental, la emergencia de lo socioeconómico (el mercado como forma general de la coordinación social) y de lo técnico-científico. [Dado que] La prudencia para el manejo de la vida social es reemplazada por el intercambio, la técnica y el cálculo de posibilidades para la acción exitosa*” (DE ZUBIRÍA, 2012, p. 44).

En esa dirección, se ha dicho que el elemento en común entre Derecho y Economía son los recursos escasos: “*Resultado sencillamente imposible configurar nuestra legislación de tal modo que todos [los] objetivos sean cumplidos simultáneamente en grado absoluto. [...] Si el legislador pretende garantizar ciertas esferas de libertad, habrá de permitir cierto grado de inseguridad. Nada es gratis, ni siquiera para el Leviatán*” (DOMÉNECH, 2014, p. 103).

Precisamente, el análisis económico del derecho introduce las perspectivas del costo de la justicia (POSNER, 1981) y la satisfacción de las necesidades sociales (COASE, 1960; HOLMES y SUNSTEIN, 2011), fenómenos que no solo le interesan al operador jurídico y a la política, sino también al

economista, pues las reglas jurídicas que se configuran pueden encarnar problemas de mercado. Por ende, es que se hace necesario el análisis, por ejemplo, del impacto económico de las normas jurídicas o de las decisiones judiciales, el análisis del costo-beneficio y la influencia de la oferta y la demanda para la adecuada satisfacción de las necesidades sociales, dado que *“con ello se pueden explicar ciertos aspectos de las conductas jurídicas y para contribuir a la creación del derecho mismo”* (COSSIO, 1997, p. 20).

La reciente expansión del análisis económico a todas las ramas del Derecho, ha permitido que, inclusive, se aluda a la defensa de los derechos humanos a partir de instrumentos y organismos político-económicos internacionales (CELI, 2015); lo cual no es otra muestra de que el Derecho no puede postergar la interacción con otras disciplinas, pues como lo afirma Roemer: *“El mundo del derecho ha reconocido que el campo jurídico como disciplina autónoma murió por necesidad propia (...). Los juristas en los países de derecho escrito están cada vez más conscientes de que el argumento económico inevitablemente mejorará el derecho y la sociedad”* (ROEMER 1994, p. 88).

**C. Teorías críticas:** Este modelo involucra distintas tesis, dado que suele agrupar varias posturas políticas que van desde la izquierda y el centro hasta la propia derecha (CALSAMIGLIA, 1992), y tal como Kennedy sostiene no se trata solo de una escuela académica (1998, p. 465), sino que *“el objetivo es reemplazar el sistema por uno mejor, pieza por pieza o en bloques de tamaño medio o grande”* (KENNEDY 2006, p. 84).

En ese contexto, existen tres principales corrientes de la teoría crítica, diferentes entre sí: la sociología empírica influenciado por Max Weber, la estructuralista-realista influenciada por la teoría del realismo jurídico y en la que se ubica la “Critical Legal Studies”, y la marxista científica ortodoxa, la cual se influencia por la teoría feminista del derecho y de

manera reciente por la corriente posmoderna del Critical Legal Studies (NÚÑEZ, 2010, p. 415). Estas corrientes suelen valerse de métodos de análisis (NÚÑEZ, 2010, 419) que consiste en (i) desentrañar el mensaje ideológico del discurso jurídico, (ii) hacer la deconstrucción normativa, y (iii) la *genealogía* (QUINCHE y QUINCHE, 2006). Así, se encargará de sostener que los derechos se convierten en juicios que median entre juicios fácticos y de valor. Por eso, “*la filosofía, en esa derivación de la tradición humanista que es la teoría crítica, busca la fundamentación discursiva de normas y opiniones en atención a la vida conjunta de los individuos*” (MÁS, 1996, p. 117).

De los diferentes aportes que realiza este movimiento, es importante resaltar la multidisciplinariedad y el acercamiento a la interdisciplinariedad: la interacción entre la ética, la filosofía, la política y la incorporación de herramientas de la semiótica, permiten mostrar cómo no existe una única respuesta a los problemas jurídicos y sociales y que el discurso legal carece de la neutralidad e imparcialidad que suele predicar (MILJIKER, 2006). Por ende, el Derecho resulta ser un discurso falaz y será la teoría crítica la que intenta “*“despurificar” la teoría jurídica, [y logra] integrar la política al derecho y poner el discurso jurídico al servicio de los más débiles*” (GUIBOURG, 2013, p. 113).

**D. Escuela Analítica:** Esta escuela germinó en Argentina, principalmente en la Universidad de Buenos Aires, como una corriente influenciada por la filosofía analítica. Su denominación viene hecha por Manuel Atienza en su tesis doctoral titulada “La filosofía del derecho en Argentina” (1976) y, según Antonio Anselmo Martino (1984) en “La scuola analítica di Buenos Aires”, tendrá su origen en la década de los 60’s. En ella se vinculan a Carlos Eduardo Alchourrón (1987), Eugenio Bulygin (2003a; 1987; 2003b) (MENDONCA 2011),

Ricardo Guibourg (2013, 2005), Genaro Carrió (1995) y Carlos Santiago Nino (2001), entre otros.

Su producción giro en torno a temas variados como la lógica (BULYGIN, 1994), la filosofía (GUIBOURG, 2011; BULYGIN, 2004), ética (NINO, 2007), e incluso la democracia (NINO, 2013), al punto que influencio a desarrollos posteriores y a la aparición de una versión del movimiento crítico en la propia Universidad de Buenos Aires, con profesores como Enrique Marí (1974; 2009), Ricardo Entelman, Alicia E. C. Ruiz, Carlos María Cárcova (1998; 2001), entre otros (ASEFF, 1998).

Esta escuela cuenta, entre sus principales contribuciones, con la inserción de un método, con pretensiones de científicidad, como ya lo había postulado Hart (2004), que Nino lo describe así:

[...] en principio consiste en hacer una triple distinción –que no es una distinción absoluta, luego hay muchas complicaciones. Pero pretende distinguir entre tres tipos de proposiciones y de actividades de formular estas proposiciones. En primer lugar, lo que podemos llamar el análisis conceptual. Luego, proposiciones de tipo descriptivo. Y finalmente, proposiciones normativas. Todo esto es muy discutible, pero yo creo que un filósofo analítico empieza, por lo menos, distinguiendo estos tres campos y sosteniendo que de lo conceptual no se puede pasar sin solución de continuidad a lo descriptivo o a lo normativo y a la inversa, y, sobre todo, que de lo descriptivo no se puede pasar también sin solución de continuidad a lo normativo (1993, p. 36).

Por ende, se requiere: (i) la explicación de los conceptos y la estructura lógica del lenguaje, (ii) dar respuesta a la in-

dagación ¿qué es y cómo funciona la ciencia jurídica?, y (iii) efectuar el estudio de lo normativo desde la interpretación y la sistematización del derecho; lo que permitía un abordaje incluyente de aspectos disciplinarios no necesariamente propios del derecho, y que, en buena parte, dan sostén a la propuesta del siguiente acápite.

### 3. Propuesta de asimilación de la ciencia jurídica a partir de la dicotomía sistema/entorno.

De lo expuesto, parece notorio inferir que los modelos alternativos están relacionados no solo con una manera disímil de abordar lo jurídico en comparación a los modelos tradicionales, sino que, también, efectúan un abordaje donde se enlazan diferentes disciplinas. En ese contexto, la asimilación de lo jurídico puede darse de un modo distinto a la relación sujeto/objeto; para ello, resulta pertinente aceptar que el objeto de la ciencia jurídica es, en primera instancia, un asunto complejo y no estrictamente interpretable dentro de su propio sistema. Por consiguiente, el objeto puede existir o relacionarse en diversos sistemas, es decir, ser componente sistémico y del entorno al mismo tiempo; lo que implica que el objeto normativo no es una expresión unidimensional, sino multidimensional: con dimensiones coyunturales y/o esenciales, tales como hecho, valor, norma, espacio, tiempo, sentimiento, mentalidad humana, historia, entre otros (FUENTES, 2015, p. 115).

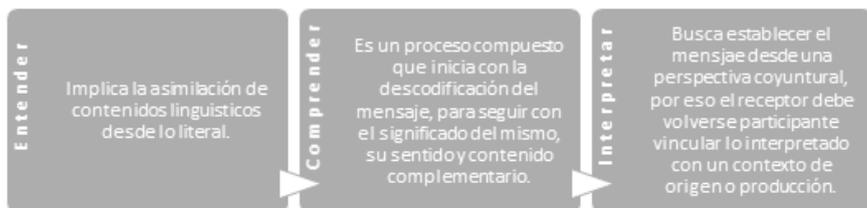
En esa órbita, la propuesta que se expone sucintamente estaría compuesta por la respuesta a tres preguntas: ¿Cuál es el objeto del derecho? ¿Qué es conocible de éste? ¿Cómo puede conocer?

Para la primera, se ha considerado que el objeto de estudio del Derecho es el *fenómeno* jurídico, el cual es acreedor,

como se dijo, de variadas dimensiones que se concentran en la norma jurídica como expresión cultural. Esa modificación, aunque aparentemente sutil, embarca una discusión puntual, dado que si bien no se evade el uso y determinación sobre si la norma es válida o no, esta visión de la norma implica que ella tiene un origen, un sentido, un significado y un efecto; por esto, el fenómeno jurídico no se reduce a la norma en sí, sino que contempla su relación con lo social: conocer lo jurídico implica, entonces, dos presupuestos: “*primero, [que] el derecho [es una] percepción correlacional con (y de) la cultura y segundo, la no contingencia del observador como participante*” (FUENTES 2015, p. 117-118). Bajo esas afirmaciones, el *fenómeno jurídico* es: una creación o realización humana con una intención o finalidad (CARRIÓ, 1990), y que se crea porque hay sociedad; en consecuencia, estará ligado a un espacio y tiempo determinado, y siendo comprensible como elaboración participante (VERGARA, 2004), que tiene un vínculo recíproco con las normas culturales (MAYER, 2000); y finalmente, implica la exteriorización de una percepción y prescripción, formándolo como expresión significante (MEDINA, 1992).

Ahora, de este fenómeno serán conocible sus diferentes dimensiones, las cuales permiten establecer el sentido de la norma en un contexto, su influencia y su efecto práctico. No obstante, la multidimensionalidad del fenómeno jurídico se encuentra limitado, normalmente, por los intereses de aquellos que lo estudian, lo que genera posibles simplificaciones o reducciones del mismo y que afecta la orientación inter y transdisciplinar. Esto nos lleva a señalar que, sin embargo, el conocimiento pleno de todas las dimensiones es un aspecto preferible, pero que estará limitado en la realidad, desde el sujeto y desde los propios sistemas, con lo cual el número de dimensiones y su profundidad corresponderá, principalmente, al participante de dicho proceso (BULYGIN, 1998).

Respecto al cómo conocer, se ha considerado que la asimilación de lo jurídico debe partir de: el entendimiento, la comprensión y la interpretación, asumiendo por cada una de estas acciones procesos cognitivos diferenciados (ALMAGUER y PEÑA, 2009; GIOJA, 1973; SCHMIDT, 1987; FUENTES, 2015):



*Ilustración No. 03. Procesos de asimilación del fenómeno jurídico.*

Como consecuencia, al existir procesos diferenciados y donde el proceso interpretativo implica un nivel de asimilación mayor y de carácter integral (DÍEZ, 2011), las herramientas a emplearse deben ser variadas y no limitadas al propio sistema normativo —que a lo sumo permitiría comprender—. De ese modo, la coadyuvancia de otras disciplinas, aunque no de forma excluyente, podría asignarse del siguiente modo:

<b>Entender</b>	Semántica, Gramática, Sintaxis, Lexicología
<b>Comprender</b>	Fraseología, Lógica, Narratología.
<b>Interpretar</b>	Filología, Historia, Sociología, Antropología, Economía, Ciencia Política, Retórica, Psicoanálisis, Análisis del discurso.

*Tabla No. 02 – Disciplinas participantes en los procesos de asimilación del fenómeno jurídico.*

Como producto de lo expresado, se genera una diversificación de aquello que puede ser asimilado de lo normativo, consiguiendo inclusive advertir posibles consecuencias en otros componentes del sistema social. Si bien una formulación así pensada complejiza lo jurídico, lo cierto es que se logra una visión más completa y armónica de la realidad.

Estos direccionamientos, aunque preliminares (debido al estado de la investigación), permiten tener un punto de partida para una etapa posterior que debe direccionarse a cómo acceder a dicho conocimiento desde los propios ámbitos universitarios y su implementación dentro de la investigación y estudio de casos.

## Conclusiones

De acuerdo a lo analizado tendríamos como resultado lo sucesivo:

1. Los parámetros de la ciencia jurídica, como forma de asimilación cognitiva, suele mantenerse dentro de un modelo convencional epistemológico basado en visiones monodisciplinarias que, pese a reconocer la existencia de otras disciplinas, conservan una comprensión del ordenamiento desde lo hermético.
2. No obstante, han existido modelos alternativos de acercamiento al Derecho que, sin duda, buscan integrar elementos ajenos al sistema con la idea de poder explicarlo; ello produce que los elementos que conforman el ordenamiento y/o el mismo ordenamiento se vuelvan el objeto de estudio de otras disciplinas y que, adicionalmente, se procure generar un acercamiento con el propio sistema social.

3. Bajo ello, se propuso compaginar el Derecho con las exigencias propias de sistemas de conocimiento complejos, las relaciones sistema/entorno y la consagración de redes explicativas; acaecimiento que origina que el Derecho se explique desde puntos de vistas ajeno al reduccionismo unidimensional y, al tiempo, propicios frente a lo que se conocerá como fenómeno jurídico.
4. Este cambio de perspectiva, obliga a tener unos procesos de asimilación desde la diferencia entre entender, comprender e interpretar. Justamente, si el fenómeno jurídico integra diversas dimensiones, la interpretación pensada como producto contextual de lo cultural, permite que el Derecho se asocie e interconecte con diversas disciplinas, con lo real y con sus efectos.
5. En ese sentido, se rescatan elementos de colectivización, ideológicos, de cultura, la presencia de convencionalismos y de restricciones cognitivas, y se busca un proceso inter y trans disciplinario, que conlleva no una mera conexión, sino la racionalización de un campo de conocimiento enriquecido, de manera recíproca, por las disciplinas que lo conforman.

Precisamente, si, como diría Nino, “*el derecho, como el aire, está en todas partes*” (2011, p. 1), el sistema jurídico y el jurista no puede seguir pretendiendo aislar su conocimiento y efectos, de modo exclusivo y excluyente, sin que importar la realidad: los demás sistemas y el entorno.

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- ALMAGUER, Benito y PEÑA, Rosa. “La lectura y las diferencias entre entender, comprender e interpretar”. *La Lectura*, 7, 2009. Disponible en: <https://goo.gl/NPZYba>. Acceso en: 4 may. 2013.
- ASEFF, Lucía. “La teoría crítica en la Argentina”. *Doxa*, 21, pp. 21-32, 1998.
- BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago, 1978.
- BERMAN, Harold. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México, D.F.: FCE, 1996.
- BERNAL, Beatriz. *Historia del Derecho*. México, D.F.: Nostra, 2010.
- BOTERO, Andrés. “Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso”. *Revista peruana de derecho y literatura*, 2, pp. 46-54, 2007.
- BULYGIN, Eugenio. “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?”. *Doxa*, 27, pp. 15-26, 2004.
- \_\_\_\_\_. “El papel de la verdad en el discurso normativo”. *Doxa*, 26, pp. 79-86, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Lógica y normas”. *Isonomía*, 1, pp. 27-35, 1994.
- \_\_\_\_\_. “Los jueces ¿crean derecho?”. *Isonomía*, 18, pp. 6-25, 2003.

\_\_\_\_\_. “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”. *Doxa*, 4, pp. 79-84, 1987.

\_\_\_\_\_. “Sobre observadores y participantes”. *Doxa*, 21, pp. 41-48, 1998.

CADENAS, Hugo. “El sistema de la estructura. Estructuralismo y teoría de sistemas sociales”. *Cinta moebio*, 45, pp. 204-214, 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. “La retórica de Critical Legal Studies”. *Doxa*, 11, pp. 295-310, 1992.

CÁRCOVA, Carlos. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”. En: COURTIS, Christian. *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, pp. 19-38.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CELI, Alejandro. “Los derechos humanos desde la perspectiva del análisis económico del derecho”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, pp. 51- 67, 2015.

COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. *The Journal of Law & Economics*, 3, pp. 1-44, 1960.

COSSIO, José. *Derecho y Análisis Económico*. México, D.F.: FCE, 1997.

DE LA REZA, Germán. *Sistemas complejos: Perspectivas de una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 2010.

DE ZUBIRÍA, Sergio y otros. *En busca del lugar de la Teoría*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes, 2012.

DÍEZ, Antonio. “Creencia y delirio”. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq*, 31, pp. 71-91, 2011.

DOMÉNECH, Gabriel. “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”. *Revista de Administración Pública*, 195, pp. 99-133, 2014.

FUENTES, Edgar. “El fenómeno jurídico como construcción cultural”. En: *Liber amicorum. Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá, D.C.: ACJ, 2015, pp. 109-128.

\_\_\_\_\_ y CÁRDENAS, Luz. “Genealogía de la asimilación de lo normativo: análisis del estudio del Derecho en los inicios de las Universidades Occidentales”. *Razón Crítica*, 3, pp. 85-110, 2017.

GARCÍA AMADO, Juan. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GARCÍA, Rolando. *Sistemas complejos: Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona: Gidisa, 2008.

GIOJA, Ambrosio. *Ideas para una filosofía del derecho*. Tomo II. Buenos Aires: Sucesión de Ambrosio L. Gioja, 1973.

GUIBOURG, Ricardo. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

\_\_\_\_\_. *El fenómeno normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

- \_\_\_\_\_. *Saber Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.
- HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- JIMÉNEZ, Manuel y CABALLERO, Rafael. “El movimiento derecho y literatura: aproximaciones históricas y desarrollo contextual”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 263, pp. 47-76, 2015.
- KENNEDY, Duncan. “Law-and-economics from the perspective of critical legal studies”. En: NEWMAN, Peter (Ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. New York: Macmillan, 1998, pp. 465-474.
- \_\_\_\_\_. “La crítica de los derechos en los Critical Legal studies”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, pp. 47-90, 2006.
- KUHN, Thomas. *Estructura de las revoluciones científicas*. México, D.F.: FCE, 2002.
- LÉRTORA, Celina. *Enfoque epistemológico de los problemas de interdiscipliniedad*, 2000. Disponible en: <https://goo.gl/zZVtrS>. Acceso en: 25 jul. 2017.
- LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes y otros, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. “El conocimiento como Construcción”.  
*Metapolítica*, 2, pp.167-182, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la teoría de los sistemas*. México,  
D.F.: Universidad Iberoamericana, 2009.

MAGRIS, Claudio. *Literatura y derecho ante la ley*. México,  
D.F.: Sexto piso, 2008.

MARÍ, Enrique. *Neopositivismo e ideología*. Buenos Aires: Eu-  
deba, 1974.

\_\_\_\_\_. “Diferentes modos de acceso a la articu-  
lación entre derecho y psicoanálisis”. En: COURTIS,  
Christian. *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba,  
2009, pp. 39-57.

MARTINO, Antonio. *La scuola analitica di Buenos Aires*. Bo-  
logna: Il Mulino, 1984.

MÁS, Salvador. “Teoría crítica y teoría de sistemas. Obser-  
vaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann”. *Lo-  
gos*, 30, pp. 107-118, 1996.

MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. *El árbol  
del conocimiento*. Buenos Aires: Lumen, 2003.

\_\_\_\_\_. *De máquinas  
y seres vivos. Autopoiesis*. Buenos Aires: Lumen, 2004.

MAYER, Max. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos  
Aires: Hammurabi, 2000.

MEDINA, Diego. “Una alternativa a la dialéctica Iusnaturalis-  
mo-positivismo jurídico. E. Pattaro y la concepción realista  
del derecho”, 1992. Disponible en: <https://goo.gl/YCkcHm>. Acceso en: 05 may. 2013.

MENDONCA, Daniel. *Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MILJIKER, María. “Duncan Kennedy y la crítica a los derechos”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, pp. 91- 100, 2006.

NEGRETE, Plinio. “Acerca de las Limitaciones Epistemológicas del Modelo Sujeto-Objeto en la Teoría del Conocimiento”. *Ágora*, 11, pp. 79-89, 2003.

NINO, Carlos. “Derecho, Moral, Política”. *Doxa*, 14, pp. 35-46, 1993.

\_\_\_\_\_. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

NÚÑEZ, Álvaro. “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de la ciencia jurídica.” *Anuario de filosofía del derecho*, 26, pp. 413-434, 2010.

NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poética*. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

OST, François. “El reflejo del derecho en la literatura”. *Doxa*, 29, pp. 333-348, 2006.

PÉREZ, Carlos. “Derecho y Literatura”. *Isonomía*, 24, pp. 135-153, 2006.

POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1981.

\_\_\_\_\_. *El análisis económico del derecho*. México, D.F.: FCE, 1998.

\_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*. Aspen: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

QUINCHE, Víctor y QUINCHE, Manuel. “Foucault y el análisis genealógico del derecho”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2, pp. 27-43, 2006.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOL, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas*. Santiago: Universitaria, 1990.

ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México, D.F.: FCE, 1994.

SCHMIDT, Siegfried. “Comprender textos - Interpretar textos”, 1987. Disponible en: <https://goo.gl/Xk4CXq>. Acceso en: 03 may. 2013.

TRINDADE, André y MAGALHÃES, Roberta. “Derecho y literatura acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 4, pp. 164-213, 2009.

TÜNNERMANN, Carlos. *La universidad latinoamericana ante los retos del siglo XXI*. México, D.F.: Unión de Universidades de América Latina, 2003.

URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. *Revista Internacional de Filosofía*, 15, pp. 301-317, 2010.

VERGARA, Óscar. *El derecho como fenómeno psicosocial*. Granada: Comares, 2004.

VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoría general de los sistemas*. México, D.F.: FCE, 1986.

ZOLEZZI, Lorenzo. “Derecho y Literatura: aspectos teóricos”. *Derecho PUCD*, 70, pp. 379-409, 2013.

# Mulheres na diplomacia brasileira: breves comentários teóricos

*Gabriela Soares Balestero*

## Introdução

A presente proposta de investigação (que está sendo objeto de aprofundamento em minha tese) busca compreender as perspectivas feministas e suas contribuições ao campo de estudos da História Política Brasileira, Ciência Política e das Relações Internacionais. A participação de mulheres na política externa e nos espaços de decisão transnacionais precisa ser discutida, visto que, em um mundo no qual as injustiças e lutas por igualdade não se restringem apenas ao âmbito doméstico, a participação paritária e representativa das mulheres nos espaços internacionais é uma exigência para o avanço da promoção da igualdade de gênero.

A presente pesquisa tentará contextualizar essas novas ideias em um cenário que, acredita-se, esteja se tornando mais favorável à aceitação e ascensão femininas nos meios ligados

às relações internacionais, especialmente na América Latina, tendo como reflexo o aumento do acesso de mulheres às carreiras e áreas predominantemente masculinas. Com isso, pretende - se confirmar e disseminar a validade das perspectivas feministas e do feminino, bem como seu alcance na construção de um campo de estudos e de atuação nas relações internacionais que leve em conta a participação democrática paritária.

A proposta é analisar teoricamente uma política que traduza as ideias de democracia e inclusão voltadas para o acesso e preservação da ascensão feminina no campo político internacional trazendo alguns questionamentos e complexidades da própria luta pelo poder em paridade à figura masculina, e tentará contextualizar a ascensão do feminino na esfera pública mais especificamente na diplomacia brasileira, tendo como reflexo o aumento do acesso de mulheres às carreiras e áreas predominantemente masculinas<sup>21</sup> entretanto não havendo a paridade da presença feminina em cargos de chefia<sup>22</sup>.

## 1. Mulheres na Diplomacia: Breves considerações

Na sociedade contemporânea presenciamos a desigualdade de gênero em todos os setores da sociedade seja na política, no trabalho, nas instituições privadas e nas organizações públicas, seja no desenvolvimento de políticas públicas. A participação de mulheres na política externa e nos espaços de

---

21. Em 2017, o Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata teve percentual recorde de mulheres aprovadas. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/plano-nacional-de-acao-sobre-mulheres-paz-e-seguranca/14063-as-mulheres-na-diplomacia-brasileira>

22. Reportagem “Para Diplomatas, estrutura do Itamaraty abre caminho para arbitrariedade e perseguição política”. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41590574>

decisão transnacionais precisa ser discutida, visto que, em um mundo no qual as injustiças e lutas por igualdade não se restringem apenas ao âmbito doméstico, a participação paritária e representativa das mulheres nos espaços internacionais é uma exigência para o avanço da promoção da igualdade de gênero.

A categoria de gênero engloba fatores históricos, sociais e culturais, bem como de poder, todos envolvidos na construção dos perfis, papéis e identidades ‘masculina’ e ‘feminina’. Longe de serem neutras, as relações de gênero, que se manifestam de maneira velada ou explícita, possuem relações de poder inerentes a elas. Como bem trata Possas tome-se “gênero” como uma categoria de análise histórica de natureza relacional, a fim de se entender a construção dos perfis e dos comportamentos masculino e feminino, um em função do outro e construídos social, cultural e historicamente num tempo, espaço e cultura determinados. Assim, os papéis normativos, os comportamentos atribuídos a homens e mulheres e a relação entre os sexos não são discursos neutros, mas representações construídas repletas de significados e de relações de poder<sup>23</sup>.

Reforçando esse enfoque, Scott<sup>24</sup>, retomando Foucault, considera o “gênero” um elemento constitutivo das relações sociais, uma forma primária de relações significantes de poder, isto é, presente em todas as demais esferas da vida social humana. Ao analisar o gênero como uma categoria útil de análise das relações sociais e de poder, Joan Scott afirmou que a história política é encenada no terreno do gênero<sup>25</sup>, no qual a

---

23. POSSAS, Lúcia Maria Vianna. Vozes Femininas na Correspondência de Plínio Salgado. In: GOMES, Ângela Castro, **Escrita de Si, Escrita da História**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004, p. 265.

24. SCOTT, Joan W. “**História das mulheres**”, in Peter Burke (org.), *A escrita da história. Novas perspectivas*, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, pp. 65-98.

25. SCOTT, Joan. “História das mulheres”, in Peter Burke (org.), *A escrita da história. Novas perspectivas*, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, p. 64.

própria autora faz um contraponto entre “ideologia” (ideologia masculinista)<sup>26</sup> e história enquanto processo construído pelo feminino (sem binarismo)<sup>27</sup>, visto que “:

A atenção à diversidade, à classe, à raça e à cultura produziu variações sobre o tema do patriarcado, mas, não obstante, fixou a oposição homem /mulher. Menos atenção foi dada às bases conceituais de “patriarcado”, às maneiras com o a diferença sexual foi transformada em conhecimento cultural, do que aos efeitos dos sistemas da dominância masculina sobre as mulheres, e à resistência das mulheres a eles. O antagonismo homem versus mulher foi um foco central da política e da história, e isso teve vários efeitos: tornou possível uma mobilização política importante e disseminada, ao mesmo tempo que implicitamente afirmava a natureza essencial da oposição binária

---

26. SCOTT, Joan. “História das mulheres”, in Peter Burke (org.), *A escrita da história. Novas perspectivas*, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, p. 80.

27. “Parte da história das mulheres buscava demonstrar a similaridade da atuação das mulheres e dos homens, e parte enfatizava a diferença das mulheres; ambas as abordagens consideravam as “mulheres” com o um a categoria social fixa, um a entidade separada, um fenômeno conhecido – eram pessoas biologicamente femininas que se moviam dentro e fora de contextos e papéis diferentes, cuja experiência mudava, mas cuja essência – com o mulher – não se alterava. Assim, os historiadores sociais (eu, dentre eles) documentaram os efeitos da industrialização sobre as mulheres, um grupo cuja identidade com um nós pressupomos. (Questionávamos menos freqüentemente naquela época sobre a variabilidade histórica do próprio termo “mulheres”, com o ele se alterou, com o no decorrer da industrialização, por exemplo, a designação de mulheres “trabalhadoras” com o um a categoria separada de “trabalhadores” criou novas percepções sociais do que significava ser um a mulher.)”. (SCOTT, Joan. “História das mulheres”, in Peter Burke (org.), *A escrita da história. Novas perspectivas*, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, p. 82).

macho versus fêmea. A ambigüidade da história das mulheres parecia estar resolvida por essa oposição direta entre dois grupos de interesse separadamente constituídos e conflitantes.<sup>28</sup>

A autora ainda complementa que as mulheres combinaram para desafiar a viabilidade da categoria das “mulheres” e introduziram a “diferença” com o um problema a ser analisado para além do binarismo ou oposição “homem” e “mulher”, e assim, é de suma importância discutir questões atuais e candentes no meio social no seio acadêmico e buscar “perceber as possibilidades abertas para a produção do conhecimento pelas discussões que giram em torno da incorporação do gênero”<sup>29</sup>, sendo necessário a adoção de um conceito de gênero que não esteja atrelado à diferença sexual e que não seja o gênero simplesmente uma “grade de leitura, uma maneira de pensar o mundo e o político, pelo prisma da diferença dos sexos”<sup>30</sup>, pois:

O foco na diferença tornou explícita parte da ambigüidade que sempre esteve implícita na história das mulheres, apontando para os significados inerentemente relacionados das categorias de gênero. Trouxe à luz questões sobre os elos entre o poder e o conhecimento e demonstrou as interconexões entre a teoria e a política.<sup>31</sup>

---

28. SCOTT, Joan. “História das mulheres”, in Peter Burke (org.), **A escrita da história**. Novas perspectivas, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, p. 84.

29. RAGO, Margareth. **Epistemologia feminista, gênero e história**. In: PEDRO, Joana Maria e GROSSI, Miriam Pilar (Org.). Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Editora Mulheres, 1998, p.22-23.

30. VARIKAS, Eleni. **Pensar o sexo e o gênero**. Tradução: Paulo Sérgio de Souza Jr. Campinas, São Paulo: Editora da Unicamp, 2016, p. 22.

31. SCOTT, Joan. “História das mulheres”, in Peter Burke (org.), **A escrita da história**. Novas perspectivas, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, p. 85.

Assim, consoante Diva do Couto Gontijo Muniz a mulher, pensada, portanto na acepção ampla de posição política, posicionada no campo movediço instável e arriscado da ação e reflexão dos estudos feministas e pensada como uma identidade politicamente assumida e invariavelmente ligada aos lugares social, cultural, geográfico, econômico, racial, sexual, geracional etc., aos lugares que nós mulheres ocupamos e de onde lemos, interpretamos o mundo<sup>32</sup> e nos fazemos ouvir. Assim, é necessário pensarmos em um conceito de gênero que não preso à diferença sexual e nem com ela se confunda e começar a pensar o gênero, consoante afirmação de Tereza de Lauretis, embasada em Michel Foucault, como produto de diferentes tecnologias sociais, de discursos e práticas da vida cotidiana<sup>33</sup> e mais ainda como “formas históricas que assumiram as percepções sobre as diferenças entre homens e mulheres”<sup>34</sup>.

Uma questão fundamental e mais ampla, que em grande parte explica o afastamento entre gênero e relações internacionais é a separação existente entre as esferas pública e privada. As mulheres sempre tiveram seu espaço restrito ao âmbito privado (doméstico), enquanto política sempre foi considerado de domínio público, portanto, alheio a elas.

O lugar das mulheres no espaço público sempre foi problemático, pelo menos no mundo ocidental, o qual, desde a Grécia Antiga, pensa mais energica-

---

32. MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. **Feminismos, epistemologia feminista e História das Mulheres: leituras cruzadas**. Ano: 2015; ISSN: 1519-3276; Revista: Opsi (UFG); Volume: 15; p. 318.

33. LAURETIS, Teresa de. **A tecnologia do gênero**. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.) *Tendências e Impasses: o feminismo, como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 208.

34. MATHIAS, Suzeley Kalil. **Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas**. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 9.

mente a cidadania e constrói a política como o coração da decisão e do poder. ‘Uma mulher em público está sempre deslocada’, diz Pitágoras. Prende-se à percepção da mulher uma idéia de desordem. Selvagem, instintiva, mais sensível do que racional, ela incomoda e ameaça<sup>35</sup>.

Sobre a temática Bourdieu apresenta entendimento peculiar defendendo a ideia de que o homem aprende a lógica da dominação masculina e a mulher absorve essa relação de dominação inconscientemente. A repetição então é entendida como inerente ao ser humano. Aprendemos através de exemplos. Assim, muitas vezes, nós repetimos sem perceber. Nesse sentido, a sociedade, *naturalizando* comportamentos, legitima essa concepção através das repetições. Bourdieu define o poder simbólico como este poder invisível no qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem<sup>36</sup>.

Nessa linha, a violência simbólica, segundo o autor se traduz como uma violência suave, insensível pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento ou reconhecimento, um “*paradoxo da dóxa*”<sup>37</sup>, uma ordem estabelecida dentro dos padrões de dominação. As instituições tais como Estado, família e escola colaboram como agentes de perpetuação dessa relação de dominação, pois elaboram e impõem princípios de dominação que são exercidos no campo mais

---

35. PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. São Paulo, Editora da Unesp, 1998, p:8.

36. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Coleção Memória e sociedade. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 6-16.

37. BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2.012.

fértil que pode haver em uma sociedade: a vida privada. Essas instituições determinam comportamentos, impõe regras, valores que são absorvidos pelas instituições familiares, de forma que através da comunicação é aprendido instintivamente por meio de esquemas inconscientes da ordem masculina.

A inserção das mulheres no meio público foi, ao longo do tempo, acompanhada por críticas e resistências, o que as impediu por muito tempo de atuar politicamente, por exemplo. Partindo dessa questão que Elshtain introduz a relação do público e privado, denunciando a predominância da identificação da esfera política com características masculinas, e dando o impulso inicial a uma das bases da teoria feminista das relações internacionais<sup>38</sup>. Como exemplo podemos citar as construções sociais de ‘homem público’ (geralmente associado à notoriedade, com conotação positiva) e a ‘mulher pública’ (com forte conotação negativa). Perrot diz, a esse respeito:

Investido de uma função oficial, o homem público desempenha um papel importante e reconhecido. Mais ou menos célebre, participa do poder. [...] Depravada, debochada, lúbrica, venal, a mulher – também se diz a ‘rapariga’ – pública é uma ‘criatura’, mulher comum que pertence a todos<sup>39</sup>.

Resumidamente entendemos que Michelle Perrot analisa evidências e verifica que a inserção feminina no espaço público, procurando evidências sofre resistência em alguns campos profissionais, assim como há recusa na efetivação de

---

38. ELSHTAIN, Jean Bethke. **Public Man, Private Woman**. Princeton: Princeton University Press, 1981.

39. PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. São Paulo, Editora da Unesp, 1998, p. 7.

direitos, em um mundo em que há o predomínio da igualdade formal e não material. Mais ainda, Perrot trabalha com temas como frentes de luta, palavras de força, imagens, ambientes de representação e determinação, além da relação das fronteiras entre público e privado, político e pessoal<sup>40</sup>.

Contemplando diferentes olhares sobre as mulheres e colocando-se a si própria como testemunha e protagonista, Michelle Perrot já destaca que há um processo da crescente visibilidade das mulheres em seus combates e suas conquistas nos espaços público e privado como algo que ainda não terminou, luta em curso, narrativa histórica em construção.<sup>41</sup> Assim, consoante Perrot toda história é contemporânea, pois tem um compromisso com o presente, interroga o passado tomando como referência questões que fazem parte da vida feminina, como a existência de desigualdades de gênero, os significados das aparências, as manifestações da sexualidade, a luta por direitos, o papel da família, do Estado e das religiões no cotidiano das pessoas, as dificuldades e possibilidades de acesso à cultura, entre outras.<sup>42</sup>

---

40. PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. São Paulo, Editora da Unesp, 1998 e PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p

41. Posteriormente a autora analisa o corpo feminino como algo que possui historicidade, "física, estética, política, ideal e material" -, desconstruindo as idades da vida, as aparências, o sexo, a maternidade e a submissão (repressões, estupros coletivos e "institucionalizados", prostituição, assédio sexual, violência doméstica). A autora ainda analisa a alma que viria depois — a religião, a cultura, a educação, o acesso ao saber, a criação — trazendo à tona hereges, santas e feiticeiras, leitoras e escritoras, artistas, sábias e criadoras. Para depois analisar as mulheres em vários campos de trabalho seja no campo, seja na cidade e suas lutas para a conquista de direitos. (PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p.)

42. PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p, p. 11.

Outra contribuição relevante resulta do argumento de Foucault na qual “o poder não opera em um único lugar, mas em lugares múltiplos: a família, a vida sexual, a maneira como se tratam os loucos, a exclusão dos homossexuais, as relações entre os homens e as mulheres...”<sup>43</sup>. A sociedade, naturalizando comportamentos, legitima essa concepção através das repetições, reproduzindo relações de dominação. No entanto, importante ressaltar que o homem, como um ser complexo e processual, não está preso a essa lógica determinista. Foucault só irá tematizar a questão do poder a partir da sua aula inaugural no Collège de France, A ordem do discurso (1971). Nesta aula ele retoma a ideia do discurso relacionando-a com a ideia da exclusão e do banimento e as articula com uma nova mediação: o poder.

Eis a hipótese que gostaria de apresentar esta noite, para fixar o lugar – ou talvez o teatro muito provisório – do trabalho que faço: suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos, que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade<sup>44</sup>.

Em Foucault, os discursos são organizados com o objetivo de exercer um poder através de uma ordem “verdadeira” que estabelece quais os saberes a serem preservados e quais

---

43. FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Ditos & Escritos, 4), p. 262

44. FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo, Loyola, 1998, p.8-9.

devem ser abolidos. E a própria ordem do discurso é produzida discursivamente em uma luta sem fim de discursos e poderes que permeiam todas as relações sociais e são construídas historicamente a todo momento. Assim, todo discurso revela um desejo e uma vontade de poder por trás dele. Inicialmente a verdade não se situava “no” discurso, mas sim em “quem” proferia o discurso. Algo era crível e era “verdadeiro” simplesmente porque este algo foi dito por alguém que possuía poder suficiente para se fazer confiável.

Por mais que o discurso seja, aparentemente, bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.<sup>45</sup>

Foucault considera o poder como uma prática social em constante transformação e constituído historicamente, e não como uma realidade que possua uma natureza, uma essência que poderia ser definida por suas características universais. O poder é exercido pelas pessoas em suas relações cotidianas; portanto, é exercido na forma de micropoderes. Foucault atribui caráter relacional ao poder e considera que o poder não é algo que se possui, mas algo que se exerce e,

---

45. FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1998, p. 10.

sendo assim, nunca existirá uma situação na qual não há tipo algum de dominação.

Talvez por envolver as relações entre o masculino e o feminino, o tema “Mulheres na diplomacia brasileira” seja relegado pelas discussões públicas, principalmente quando se relaciona à política internacional e mais ainda a representatividade feminina perante as nações. Tal situação não ocorre somente no Brasil e sim em países como Estados Unidos e Inglaterra em que até os anos 70, a carreira de mulheres na diplomacia era restrita devido à proibição de funcionárias casadas nos quadros<sup>46</sup>. Temas como a guerra, a diplomacia e a política externa também foram construídos a partir de relações entre o feminino e o masculino, estabelecendo a sua existência e autoridade a partir da exclusão de mulheres do seu funcionamento<sup>47</sup>, consoante Suzeley Kalil Mathias:

A participação das mulheres em operações de paz é vista como uma importante oportunidade para as mulheres exercerem a tarefa de *diplomacia com uniforme* ao poder realizar as atividades vinculadas com a construção da paz, ainda que esta não seja uma tarefa exclusiva de DPKO, já que a preocupação do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), por meio do seu Birô de Prevenção de Conflitos e Reconstrução da Paz, pouco a pouco considera que,

---

46. MORIN *apud* BALBINO, Viviane Rios. **Diplomata, substantivo comum de dois gêneros: um estudo sobre a presença das mulheres na diplomacia brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

47. SCOTT, Joan W. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. **American Historical Review**, 91:5, 1986. In: DUMONT, Anne Pérotin. **El Género en Historia**. Londres: School of Advanced Study, London University, 2001. Disponível em: <[www.sas.ac.uk/ilas/genero\\_portadilla.htm](http://www.sas.ac.uk/ilas/genero_portadilla.htm)>. Acesso em: 25 dez. 2015.

para poder dar por exitosa a avaliação de uma determinada operação de paz, se deve incursionar no terreno de maior participação feminina nessas operações. Mas lembrar que há “diplomatas com uniforme” nas frentes de batalha tem sido o mecanismo de afastar a discussão e jogar para um futuro sempre mais distante a incorporação da mulher com iguais oportunidades que seus pares homens às operações de paz.

Um entrave à participação feminina em operações de paz é que se considera que as mulheres cumprem adequadamente as missões de segurança, enquanto policiais, como nos seus próprios países, nos quais atuam correntemente nos casos de violência doméstica e de abusos sexuais. Porém, os contingentes policiais são escassos e difíceis de recrutar, enquanto as possibilidades são maiores quando se trata de militares.<sup>48</sup>

O autor Pierre Bourdieu incentiva a adoção pelas mulheres ações coletivas e simbólicas para abalar as instituições estatais e jurídicas que tanto contribuem para eternizar a subordinação feminina<sup>49</sup>. Nesse passo, visando refletir e mobilizar as estruturas, é necessário refletir sobre a experiência das mulheres e o real papel do feminino, do feminismo na teoria e do movimento das mulheres na prática da política diplomática brasileira visto que, apesar dos grandes avanços das mulheres pela igualdade de gênero, ainda há um caminho amplo e espinhoso a ser percorrido, uma vez que a presença das mulheres no Itamaraty ainda não é paritária

---

48. MATHIAS, Suzeley Kalil. **Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas**. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 9-10.

49. BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2.012, p.5.

e ainda atualmente as diplomatas se responsabilizam pelos postos mais baixos da hierarquia, como, salvo raríssimas exceções<sup>50</sup>, sendo mais ampla a presença feminina como “Oficial de Chancelaria”, ou seja, a atividades próximas as de secretariado. Já a carreira diplomática exigiria maior traquejo nos jogos de poder, maior protagonismo laboral, sendo esse um treinamento voltado ao masculino<sup>51</sup>, o que torna a presente pesquisa atual, polêmica e necessária para a reflexão no papel feminino na diplomacia brasileira.

Este é o apelo inicial das estudiosas feministas das Relações Internacionais: embora não se pretenda que as perspectivas feministas deem soluções para todas as necessidades do campo, espera-se que elas possam fazer importantes contribuições ao deixar falarem vozes que não tinham sido previamente ouvidas. Acredita-se que essas vozes, marginalizadas da política internacional, tenham a oferecer uma visão diferente das existentes, resultante da combinação de estudos de gênero e estudos de relações internacionais, tradicionalmente afastados entre si<sup>52</sup>.

Esse distanciamento entre a categoria de gênero e as relações internacionais tem sido percebido pelos estudiosos da área, como Halliday<sup>53</sup>. Segundo ele, tradicionalmente o

---

50. MATHIAS, Suzeley Kalil. **Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas**. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 12.

51. BALBINO, Viviane Rios. A presença da mulher na diplomacia brasileira no início do século XXI. In **Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas**. Org. MATHIAS, Suzeley Kalil. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 261.

52. TICKNER, J. Ann. Feminist Perspectives on International Relations. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth. **Handbook of International Relations**. Londres: SAGE Publications, 2001.

53. HALLIDAY, Fred. **Repensando as relações internacionais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.

objeto de estudo das Relações Internacionais são as chamadas *high politics*, na qual as questões de gênero parecem não ter relevância. Os estudiosos de Relações Internacionais tendem a ver essas questões como problemas intra-nacionais, resultando em uma visão das relações internacionais como sendo “neutras de gênero”<sup>54</sup>.

A linguagem da política internacional também contribuiu para esse afastamento, ao sugerir um forte conteúdo convencional masculino com sua ênfase em valores como a obstinação e a competição<sup>55</sup>. Igualmente condicionada ao gênero masculino, temos a prática política: as mulheres que vieram a ocupar posições políticas no topo tinham, em sua maioria, buscado assegurar a sua contraparte masculina, como, por exemplo, Margaret Thatcher e Jean Kirkpatrick<sup>56</sup>. Em outras palavras, elas tiveram que se “despir” de seu papel feminino a fim de se afirmarem no cenário político. Thatcher, por exemplo, ficou conhecida como a “Dama de Ferro”, pela sua postura rígida.

Podemos dizer, assim, que o estudo feminista das Relações Internacionais de maneira geral tem por finalidade focalizar a atuação das mulheres e sua relação com o cenário internacional, uma vez que nas teorias de Relações Internacionais elas permaneceram à margem das análises. Para se chegar nisso, as teorias feministas têm procurado explicar a subordinação das mulheres às posições econômicas e sociais dos homens e estimular o debate no intuito de inseri-las como atores políticos e sujeitos de ações sociais significativas, examinando o

---

54. TICKNER, J. Ann. *Feminist Perspectives on International Relations*. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth. **Handbook of International Relations**. Londres: SAGE Publications, 2001.

55. HALLIDAY, Fred. **Repensando as relações internacionais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.

56. HALLIDAY, Fred. **Repensando as relações internacionais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.

enquadramento masculinista da política, economia e instituições, bem como os discursos através dos quais essas instituições operaram e se reproduziram ao longo do tempo, sendo, aliás, o discurso, componente inerente a qualquer teoria, “... não apenas traduz os sistemas de dominação, mas também é o instrumento de poder de que todos querem se apoderar”<sup>57</sup>.

No Brasil, no que tange a desigualdade de gênero no campo político no *ranking* internacional da União Interparlamentar de 2.018, o Brasil se encontra atualmente no 152º lugar, em um total de 190 países. Segundo informações da União Inter-Parlamentar, as taxas brasileiras ficam abaixo da média mundial, que chega a ser de 23,6% de mulheres ocupando as cadeiras nos parlamentos<sup>58</sup>.

Segundo a embaixadora Thereza Maria Machado Quintella, primeira mulher formada pelo Instituto Rio Branco a se tornar embaixadora no Brasil “O que mais preocupa atualmente é a ausência de mulheres na estrutura de comando do Itamaraty. Só espero que isso seja conjuntural, e não sinal de retrocesso”, criticou Thereza Quintella. A turma que se formou nesta sexta tem 30 diplomatas, dos quais nove são mulheres”<sup>59</sup>.

Pode-se considerar, então, a teoria tradicional das Relações Internacionais não apenas como um discurso de dominação masculina, mas como um instrumento que ajudou a

---

57. FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo, Loyola, 1998, p. 10.

58. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-e- apenas-o-152%C2%BA-em-ranking-mundial-de-participacao-politica-e-o-lanterna-na-america-do-sul/>

59. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/04/formatura-de-diplomatas-celebra-marielle-e-constrange-o-governo-e-o-golpe>

perpetuar uma visão de mundo distorcida e parcial, reflexo do poder desproporcional de controle e influência do masculino.

## Considerações finais

Podemos concluir que as mulheres ainda são subrepresentadas em espaços de decisão no cenário internacional. Cabe ao Brasil cumprir com suas obrigações de promoção da igualdade de gênero em sua política externa. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) estabelece em seu artigo oitavo que os Estados deverão tomar “medidas apropriadas para garantir à mulher, em igualdade de condições com o homem e sem discriminação alguma, a oportunidade de representar seu governo no plano internacional e de participar no trabalho das organizações internacionais”. No debate de alto nível do Conselho de Segurança, sobre os 15 anos da Resolução 1325 (2000), que criou a Agenda de Mulheres, Paz e Segurança, o Estado brasileiro reiterou o seu comprometimento em avançar na promoção da igualdade de gênero em todos os níveis e áreas de trabalho das Nações Unidas.

Entretanto, até o momento na prática o Estado brasileiro ainda não foram implementadas ações satisfatórias para que mulheres possam participar paritariamente nesses espaços de decisão e poder, e assim influenciar na criação de políticas destinadas a promover a igualdade de gênero na política externa brasileira.

Pretende-se com a presente proposta observar a atuação política feminina no mundo contemporâneo, a fim de se tentar compreender não só a validade dos pressupostos das perspectivas feministas, de que as mulheres têm uma compreensão diferente e contribuições a fazer, mas também tentar disseminar o pensamento crítico no meio acadêmico,

provocando assim a discussão e a emergência de ideias que contribuam para a reflexão da temática sobre as mulheres na diplomacia brasileira.

## Referências bibliográficas

ARRUDA, Bráz de Souza. **A Mulher na Diplomacia.**

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Usp, 1931, pp. 229-243.

AVELAR, Lúcia. **Mulheres na Elite Política Brasileira.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer: Editora Unesp, 2001.

BALBINO, Viviane Rios. **Diplomata. Substantivo comum de dois gêneros – Um retrato da presença feminina no Itamaraty no início do século XXI.** Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Instituto Rio Branco, 2005.

BALBINO, Viviane Rios. **Diplomata, substantivo comum de dois gêneros: um estudo sobre a presença das mulheres na diplomacia brasileira.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BARRANCOS, Dora. **Mujeres en la Sociedad Argentina.** Una historia de cinco siglos. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Trad. de Maria Helena Kühner. 11.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Coleção Memória e sociedade. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

ELSHTAIN, Jean Bethke. **Public Man, Private Woman**. Princeton: Princeton University Press, 1981.

FERRARI, A. T. **Metodologia da Pesquisa Científica**. São Paulo: McGrawHill do Brasil, 1982.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. São Paulo, Loyola, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

HALLIDAY, Fred. **Repensando as relações internacionais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.

KOSIK, Karel. **Dialética do concreto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

LAURETIS, Teresa de. **A tecnologia do gênero**. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.) *Tendências e Impasses: o feminismo, como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

MATHIAS, Suzeley Kalil. **Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. São Paulo, Editora da Unesp, 1998.

PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p.

POSSAS, Lídia Maria Vianna. *Vozes Femininas na Correspondência de Plínio Salgado*. In: GOMES, Ângela Castro, **Escrita de Si, Escrita da História**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004.

MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. **Feminismos, epistemologia feminista e História das Mulheres: leituras cruzadas**. Ano: 2015; ISSN: 1519-3276; Revista: Opsi (UFG); Volume: 15; p. 318. 316-329.

RAGO, Margareth. **Epistemologia feminista, gênero e história**. In: PEDRO, Joana Maria e GROSSI, Miriam Pilar (Org.). Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Editora Mulheres, 1998.

RAHMAN-FIGUEROA, T. **Celebrating the Rise of Women in Diplomacy**. Diplomatic Courier, 2012. Disponível em: <https://www.diplomaticcourier.com/celebrating-the-rise-of-women-in-diplomacy/>. Acesso em: 01 maio 2.018.

SCOTT, Joan W. “**História das mulheres**”, in Peter Burke (org.), A escrita da história. Novas perspectivas, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, pp. 65-98.

SCOTT, Joan W. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. **American Historical Review**, 91:5, 1986. In: DUMONT, Anne Pérotin. **El Género en Historia**. Londres: School of Advanced Study, London University, 2001. Disponível em: <[www.sas.ac.uk/ilas/genero\\_portadilla.htm](http://www.sas.ac.uk/ilas/genero_portadilla.htm)>. Acesso em: 25 dez. 2017.

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

TICKNER, J. Ann. Feminist Perspectives on International Relations. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth. **Handbook of International Relations**. Londres: SAGE Publications, 2001.

VARIKAS, Eleni. **Pensar o sexo e o gênero**. Tradução: Paulo Sérgio de Souza Jr. Campinas, São Paulo: Editora da Unicamp, 2016.

## Sites de notícias consultados

- “Formatura de diplomatas celebra Marielle. E constrange o governo e o golpe”. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/04/formatura-de-diplomatas-celebra-marielle-e-constrange-o-governo-e-o-golpe>
- “As mulheres na diplomacia brasileira”. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=14063:as-mulheres-na-diplomacia-brasileira>
- <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/plano-nacional-de-acao-sobre-mulheres-paz-e-seguranca/14063-as-mulheres-na-diplomacia-brasileira>
- Para Diplomatas, estrutura do Itamaraty abre caminho para arbitrariedade e perseguição política”. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41590574>
- <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-e-ape-nas-o-152%C2%BA-em-ranking-mundial-de-participacao-politica-e-o-lanterna-na-america-do-sul/>



# O Processo Constituinte Brasileiro sob a Perspectiva da Teoria da Democracia Procedimental e Participativa

*Aimée Schneider Duarte*

## Considerações iniciais

Objetiva-se analisar a teoria da democracia procedimental e participativa do filósofo e sociólogo Jürgen Habermas, de forma a resgatar o papel da sociedade civil no exercício do poder decisório institucionalizado. Para tanto, será preciso entender seu conceito de esfera pública enquanto espaço de interação da comunicação racional por meio da teoria da argumentação jurídica. Toma-se como exemplo a gênese da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) – e, considerando os 30 anos da sua própria promulgação, em outubro de 2018, o tema assume dimensões de destaque, invocado que é por esta data comemorativa.

Parte-se do pressuposto de que proceder à reflexão das questões jurídicas significa considerar o direito como uma prá-

tica social: experiência jurídica associativa, por meio da relação de causa e efeito firmada nas relações. Nesta esfera, o discurso jurídico seria um espaço aberto em movimento, uma forma de socialização, contrapondo-se à experiência jurídica isolada da sociedade. As práticas discursivas heterogêneas devem ser valorizadas e dispostas em uma rede social; e o saber jurídico precisa ser pensado através de uma liberdade acadêmica, isento da rigidez dogmática. Tal liberdade encontrava-se enrijecida na medida em que a ciência do direito, em certo momento, acabou se distanciando da história. No momento presente, os questionamentos não podem mais serem respondidos com base em critérios fechados e pré-moldados, sendo necessário um rumo *não-hegemônico* (SANTOS, 2007, p. 265).

No tocante ao estudo sobre o processo democrático e as novas formas de conhecimento, o objetivo principal consistiria na tentativa de renovação das ciências humanas e, por conseguinte, na formulação de um estímulo à emancipação social. O sociólogo Boaventura de Souza Santos propõe a expansão do campo das experiências credíveis, bem como a própria ampliação do mundo, por meio do trabalho de *tradução* – ação que viabiliza a exegese de duas ou mais culturas, com a finalidade de identificar diferentes respostas, podendo se dar entre saberes hegemônicos, não-hegemônicos e entre diferentes saberes não-hegemônicos. A partir desta proposta, Santos tece críticas ao método das ciências convencionais que, fechadas em si mesmas, são pouco úteis e reduzem a realidade aos saberes dominantes.

Assim é que o trabalho de tradução desenvolvido pelo sociólogo é “uma constelação de movimentos e organizações locais, ancorados em diferentes culturas” (SANTOS, 2007, p. 266), surgindo a partir da correlação entre práticas sociais e seus agentes e incidindo sobre os saberes transformados em materialidades; desse modo, permite-se a ampliação das

ideias rumo à transformação social. O exercício de tradução tem por objetivo criar condições, a partir da imaginação democrática, para uma justiça social global, bem como para emancipações concretas “num presente cuja injustiça é legitimada com base num maciço desperdício de experiência” (SANTOS, 2007, p. 274). O autor não apresenta soluções, mas faz uso desta tônica imaginativa para construir concepções plurais de tal emancipação, partindo do entendimento de que é preciso ampliar a inteligibilidade das práticas e mobilizações sociais para conferir visibilidade e credibilidade às alternativas que estão emergindo no mundo.

O mundo contemporâneo, com toda a sua complexidade, exige a adoção de sistemas interdisciplinares, com enfoques diversos e complementares entre si de diferentes disciplinas, como produção de conhecimento científico: “A interdisciplinaridade rompe com o paradigma hegemônico da pesquisa positivista: ordem, redução e pensamento simplificador” (MADEIRA FILHO, 2012, p. 200). Sob esse prisma, a interdisciplinaridade envolve paradigmas não necessariamente de uma nova ciência, mas de novas abordagens de métodos científicos, promovendo uma *multidisciplinaridade solidária* (MADEIRA FILHO, 2012, p. 208).

É de se perguntar, então: qual seria o caminho para realização da democracia dentro deste arranjo de superação do velho esquema? O filósofo e sociólogo Jürgen Habermas analisa tal questão a partir de uma perspectiva procedimental de democracia, por meio de um “processo no qual um ou mais agentes avaliam as razões envolvidas em uma determinada questão” (AVRITZER, 2000, p. 25). A problemática da rela-

ção entre o *mundo da vida*<sup>60</sup> e os *sistemas*<sup>61</sup> é o caminho apontado por Habermas para a discussão acerca de uma alternativa para a racionalidade estratégica advinda dos sistemas sociais. A interação entre estes dois fatores traz para o panorama do Direito Constitucional contemporâneo um componente de originalidade, notadamente quando o autor propõe, com o intuito de contemplar os ideais emancipatórios a partir de uma crítica ao estado de coisas vigente, uma *teoria crítica da sociedade*.

O potencial inclusivo da filosofia habermaseana se faz amplo, tornando-se uma filosofia que tende a ser um caminho para as indagações da contemporaneidade. Cabe pontuar que o estudo da recepção de um autor diz muito mais a respeito da terra que o recepcionou do que do próprio autor, já que o principal objeto de interesse não é o autor em si mesmo, mas o modo como se dá a sua apropriação em um contexto específico – no presente trabalho, o cenário brasileiro – e como tal apropriação afeta as questões procedimentais inerentes à busca de uma democracia discursiva.

## 1. Direito: uma perspectiva histórica

---

60. Racionalidade entendida como comunicacional, voltando-se para a emancipação (filosofia da consciência). A razão, concebida como uma multiplicidade de vozes que coexistem, está presente na interação da linguagem na medida em que o sujeito individual ou coletivo possui consciência e pode chegar a um acordo de vontade. A linguagem, em si mesma, se reveste da potencialidade própria da racionalidade por meio de um processo de socialização da comunicação (racionalidade comunicacional), organizando-se em torno de questões que podem ser tematizadas.

61. Racionalidade voltada para a dominação, pois se organiza independentemente de uma subjetividade ou relação entre sujeitos. A legalidade seria, portanto, uma referência sistêmica, pois já é imposta aos indivíduos: a aceitação não passa por um processo de concordância, posto tratar-se de uma dominação.

Para se entender o aparato do direito em sua relação com a contemporaneidade, é preciso fazer uma digressão histórica.<sup>62</sup> Com o intuito de se compreender a sua criação e funcionamento, tal como hoje é concebido, será necessário voltar ao tempo passado na época da Idade Medieval (ocidental), quando a cultura jurídica que então se operava se baseava na junção de três elementos não hierarquizados: “direito sagrado, núcleo de direito burocrático e direito consuetudinário” (HABERMAS, 2003, p. 230).

O sistema sagrado, como o nome já sugere, estaria vinculado às escrituras sacras, sendo um dado posto à sociedade sem margem de modificação, algo existente e não construído; ou seja, dotado de indisponibilidade para o sistema. Para Habermas (2003, p. 230), “o direito sagrado é integrado (...) na ordem do cosmos ou num evento sagrado. Esse direito divino ou ‘natural’ não se encontra à disposição do soberano político”. Já o direito burocrático – profano – seria aquele criado pelo monarca ou imperador para fins de dominação política. Em razão de tal destino, é dotado de disponibilidade, podendo ser transformado pela autoridade política competente. O imperador, neste caso, poderia fazer quaisquer criações ou modificações na lei desde que não contrariasse as questões sagradas. Com relação ao conjunto de direitos consuetudinários, estes seriam baseados nos costumes – e, por conseguinte, não escritos –, e extraíam sua legitimidade da adequação do direito profano ao sagrado.

As relações de poder, portanto, estavam condicionadas diretamente pelos direitos sagrado (natural) e burocrático (profano). O primeiro era vantajoso, na medida em que a

---

62. Ressalta-se que a abordagem histórica não pode ser compreendida por meio de conceitos em uma existência linear e isolada do contexto, uma vez que certos termos não existiam em determinada época.

dominação religiosa proporcionava a legitimidade necessária para o exercício do poder profano do rei, através da normatização burocrática do direito. Havia, entretanto, uma tensão entre a “indisponibilidade do direito na regulação de conflitos judiciais e entre o direito a serviço do exercício do poder” (HABERMAS, 2003, p. 232). O soberano não dispunha do direito sagrado, estando limitado no exercício do seu poder, o que acabava criando dificuldades na regulação de conflitos.

Com o passar do tempo, o direito sagrado vai sendo deslegitimado e remetido a uma questão individual de fé. O sistema jurídico moderno começou a se estruturar apenas no polo do direito profano ou burocrático, sendo organizado como decisão do Estado. O poder político emancipou-se do sagrado, tornando-se independente, e o direito consuetudinário passou a ser absorvido pelo erudito. Da Idade Média ocidental aos dias atuais, a esfera pública passou por diferentes formas de organização e participação. Na conjuntura atual, o direito não se encontra mais à disposição plena do governante, estando submetido à lei – expressão da soberania popular.

Esclarecida uma das raízes do pensamento jurídico contemporâneo, é preciso compreender que, tal como no direito sagrado, o direito na concepção do *jusnaturalismo* – conjunto de direitos naturais inerentes à condição humana (universais) –, não é fruto do governo, mas *um dado* desta condição, indisponível e impossível de ser modificado. Neste caso, o Estado pode legislar desde que não viole os direitos naturais. Por sua vez, no *positivismo*, o sistema jurídico se organiza no direito posto, não existindo indisponibilidade, de modo que as referências de legitimidade não podem ser encontradas fora da legislação política do Estado. Tanto o *jusnaturalismo* quanto o *positivismo* são insuficientes para descrever o sistema jurídico atual: o primeiro, porque o núcleo imutável não se rela-

ciona com o tempo, sendo a-histórico; e o segundo, porque aceitaria qualquer ação, sujeitando o direito à política.

Deste panorama exsurge a questão: qual seria o caminho para a feitura do direito na atualidade? Possível itinerário seria a sociologização das respostas teóricas, buscando pensar os contextos sociais em que os indivíduos se encontram interligados. No contexto da resposta jusnaturalista, existe um âmbito histórico na estrutura do poder no qual os direitos naturais não são universais, mas criados por pensadores, tais como Locke, Hobbes e Rousseau, para legitimar o capitalismo e, conseqüentemente, o direito à propriedade e à associação, entre outros. Por seu turno, na resposta positivista, há um embate entre a universalização da cidadania e a restrição dos direitos, de forma a existir, ao mesmo tempo, uma cidadania passiva e ativa no que diz respeito ao destino da nação. Nessa tônica, espera-se romper com as prévias (e rígidas) concepções de *jusnaturalismo* e *positivismo*, dando destaque ao pluralismo jurídico, que é o espaço de criação de direito, comportando possibilidades de retroalimentação e funcionando como uma nova racionalidade, firmada na relação entre moral, direito e política.

## 2. Habermas: sistema e mundo da vida

Conforme exposto anteriormente, na tentativa de demonstrar que a positivação do direito dissolveu, parcialmente, o vínculo interno entre direito, política e moral, Habermas toma como ponto inicial a estrutura tridimensional do sistema jurídico medieval. Convém, agora, aprofundar a análise por meio da investigação do período histórico da modernidade – mais especificamente, a sua vinculação a dois processos específicos, e concomitantes, de racionalização: *sistêmica e comunicacional*.

A primeira racionalidade está voltada para a dominação, pois se organiza independentemente de uma subjetividade ou relação entre sujeitos. É produzida pelo funcionamento de subsistemas – e, aqui, Habermas se familiariza com o sociólogo Niklas Luhmann (LUHMANN, 1983 e 1985). A teoria do agir comunicativo de Habermas recepciona o modelo de teoria social de Luhmann no que diz respeito à existência de estruturas sociais (sistemas) que, agindo segundo uma lógica específica, possuem funções próprias na sociedade, tais como o direito, a religião, a economia e a administração estatal. A teoria sistêmica autopoietica do direito possui uma função autoprodutiva, possuindo uma lógica de ação que regula as ações no mundo da vida. Não obstante ser o direito um sistema operativamente fechado – suas operações internas produzem uma comunicação especializada em torno do código binário legal/ilegal – também é cognitivamente aberto, em razão de conhecer as demais comunicações sociais (NEVES, 2006).

A modernidade é caracterizada pelo excesso de opções valorativas a orientar a conduta dos indivíduos e, em sociedades complexas – quais sejam, aquelas marcadas pelo excesso de informações –, é preciso estabelecer determinado *padrão* como sendo estável. Habermas sustenta que a maneira como uma sociedade complexa se integra tem ligação com duas formas diferenciadas, ou seja, a integração social funciona porque as sociedades se organizam em dois grandes espaços: integração *sistêmica* (dominação) e integração *do mundo da vida* (racionalidade comunicacional).

O direito estaria simultaneamente vinculado a esses dois processos de racionalização e respectivos espaços de integração da sociedade: não se atrelaria apenas ao espaço da *imposição*, mas também ao *mundo da vida*, sendo um sistema e uma aceitabilidade racional (DURÃO, 2009). Com base nisso, o direito seria capaz de fazer a ponte entre as relações sistêmi-

cas e a validade das normas. Valendo-se desse pensamento, entende-se que o direito se nutriria do fluxo comunicacional proveniente da liberdade política, não sendo um sistema social *autopoietico*. O agir comunicativo – firmado sob as estruturas institucionais da sociedade política – se revela à condição de validação das normas jurídicas, possibilitando, por exemplo, que os parlamentares e a sociedade civil elaborem princípios de justificação nas decisões políticas.

Dentro de tal arranjo, o direito resulta das normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, o que lhe permite ter uma ação normativa no saber cultural – no âmbito da moral – e no mundo da vida e seus sistemas – traduzindo os valores e expectativas de liberdade comunicativa. Tais ideias devem nortear a compreensão acerca da operabilidade do direito; entretanto, é preciso ter clara a ideia de que ele se depara com uma tensão, de duplo sentido, com relação ao poder político, uma vez que esse poder depende do aparelho legal para se legitimar e tal aparelho, por sua vez, depende do aparato organizacional político para ser implementado.

Considera-se, ainda, que uma vez integrados, o saber intuitivo cotidiano (*know how*) – formado pela autocompreensão dos sujeitos no mundo social, bem como pela atribuição de sentido e motivação ao seu agir – e as teorias científicas – que descrevem semanticamente a ação e valoração pelos sujeitos – tendem a elucidar os jogos linguísticos inerentes a este comportamento cotidiano. Os pressupostos de justificação e de aceitabilidade das práticas cotidianas são igualmente beneficiados. Assim é que uma teoria da sociedade deve assumir o compromisso de traduzir esta autocompreensão coletiva, transformando-a em uma teoria científica com fundamento em preceitos racionais. Entende-se, com isso, o direito dentro de uma relação de causalidade recíproca: a um só tempo, busca influenciar o comportamento dos indivíduos; e

é interpretado e aplicado por eles de modo a perseguir finalidades inerentes ao meio social. Consequentemente, é parte e produto deste meio.

### 3. A esfera pública e o processo constituinte brasileiro

Como visto, na obra de Habermas, a esfera pública aparece atrelada ao processo histórico, surgindo após transformação social que o autor situa entre o final da Idade Média e a modernidade. O fundamento da sua teoria é a utilização da linguagem, principal alicerce da ética discursiva e instrumento pelo qual é possível chegar a um consenso entre sujeitos. O que se busca no diálogo é a razão – denominada pelo autor como razão comunicativa – que, por não estar previamente definida, é construída no seio argumentativo, de forma interpessoal e não subjetiva.

Sob esse prisma, a esfera pública é um espaço no qual os envolvidos discutem – livres, em condições ideais, de qualquer coação – em uma relação de simetria, buscando o consenso. Através desse caminho, a participação no debate sobre uma nova realidade a ser construída teria, em seu itinerário, o preceito do *melhor* argumento; neste ponto, Habermas salienta que, em situações concretas, as divergências costumam ser contornadas por estratégias, sem o uso de uma argumentação coercitiva. Portanto, no interior da esfera pública na relação Estado-sociedade, segundo Habermas, os indivíduos debatem acerca de questões político-jurídicas, de modo a fomentar o uso público da razão entre a participação e a argumentação públicas.

Seria possível entender, então, o poder constituinte como um poder comunicativo? Analisando o seu aspecto procedimental, ele poderia sim ser visto como uma forma comunicativa, tal como ocorreu na Assembleia Nacional

Constituinte (ANC) brasileira de 1987-88 com a participação da sociedade nas deliberações. Verifica-se que os aspectos que envolviam o discurso da necessidade de uma nova Constituição, sendo apresentadas inúmeras propostas pelos mais diversos setores sociais, permitiram o afloramento de um ambiente oportuno, de caráter ampliativo-discursivo.

A manifestação de Tancredo Neves, após consagrar-se vitorioso na eleição para Presidente da República pelo Colégio Eleitoral, em 15 de janeiro de 1985, traduz o seu comprometimento com o exercício da democracia, que deveria ser reestabelecida a partir de novas bases constitucionais: “A Constituição não é assunto restrito aos juristas, aos sábios ou aos políticos. Não pode ser ato de algumas elites. É responsabilidade de todo o povo” (DISCURSO, 1985). Muito embora tenha falecido antes de assumir o mandato presidencial, em 21 de abril de 1985, suas palavras se refletiram, com verdadeiro impacto, no surgimento da ANC, regida pelo poder constituinte originário. Tal poder teve papel importante para a saída da ditadura civil-militar e o retorno ao Estado Democrático de Direito.

Entretanto, resta uma pergunta: a quem pertence o poder constituinte originário? Alicerçado em uma auto-investidura, o golpe de 1964 deslocou a sua titularidade, transferindo-a da população para as Forças Armadas. Sob essa conjuntura, o fim do autoritarismo se daria com uma nova Constituinte, que devolveria a soberania à sua base, ou seja, ao povo, corrigindo o desvio ocorrido até então. Contudo, este processo sofreu resistência por parte de alguns juristas brasileiros que defendiam que a Constituição deveria ser elaborada por um grupo reduzido e, supostamente qualificado, dado que o direito seria um assunto para técnicos.

Em 1977, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho justificava as bases do governo autoritário pós-1964 e traçava um modelo paradoxal de democracia autoritária.

Defendia que os mais sábios fossem os incumbidos de estabelecer a Constituição e que a convocação de uma Assembleia Constituinte era um “engano ledo e cego” (O LEDO... 1977, p. 3). Anos mais tarde, em 1988, afirmou que o “erro consistiu em não se estabelecer, por meio de uma pequena comissão de especialistas, um anteprojeto” (ZERAR..., 1988, p. 3). Em comunhão com este pensamento, o jurista Miguel Reale, em um artigo publicado em 1985, escreveu: “Não é segredo para ninguém que a elaboração de um texto constitucional representa uma tarefa eminentemente técnica (...)” (REALE, 1985, p. 11). O motivo para as citações acima é a ilustração do posicionamento que advertia que a feitura de uma Constituição exigiria uma técnica jurídica perfeita e, por isso, deveria estar circunscrita a um punhado de pessoas com saber notável. Apesar da experiência da ANC de 1987-88 romper com esse paradigma, os ecos da concepção do direito como sendo uma questão “técnica” continuaram a ressoar ao longo de todo o processo constituinte.

O poder constituinte originário estabelece a estrutura jurídica fundamental por meio de um conjunto de regras concernentes ao Estado. A despeito de o povo ser o titular de tal poder, não o exerce diretamente, mas através de representantes escolhidos, por meio de eleições, para atuarem em uma Assembleia que elabora, de forma soberana, uma nova Constituição. Enquanto tal poder é perene, pois se esgota com a promulgação do documento constitucional, a sua titularidade persiste nas mãos do povo, que pode evocá-lo no futuro.

À vista disso, a Constituição é um projeto constituinte que se perpetua nas gerações seguintes: “(...) passa-se da ideia de que o governante encarna e simboliza a comunidade, para a de que o governo age em nome das exigências da sociedade (ainda que sob a forma da razão, da verdade, do interesse e objetivo comum etc.)” (CHAUÍ, 1989, p. 294). Portanto,

em termos *práticos*, a proposta de se realizar uma Constituinte abarcaria o povo como fonte última de legitimidade de uma Constituição, ocupando uma posição suprema na escala de poder. Em termos simbólicos, a invocação de um poder constituinte originário – sem interferência da legalidade antecedente – significaria, *em tese*, renunciar à institucionalidade do passado. Deste modo, a ANC de 1987-88 seria fundamentada neste poder ilimitado e incondicionado.

Segundo o cientista político Antônio Sérgio Rocha (2013, p. 74), estima-se que nove milhões de pessoas tenham passado pelo Congresso Nacional naqueles dois anos, de modo que é possível afirmar que o cidadão enxergava aquele período como um momento de rearranjo político. Um dos pontos de possível contraste entre a atual Constituição Federal e as anteriores consiste na ampliação do debate constitucional na esfera pública para além do espaço circunscrito aos parlamentares constituintes, o que permitiu a criação de mecanismos institucionais de participação da sociedade civil. O próprio *modus operandi* da Constituinte transformou-se em uma questão pública.

Minha versão do sentido performativo implícito na prática de elaboração de uma Constituição é o seguinte: Os membros do povo fundam uma associação voluntária de cidadãos livres e iguais, e prosseguem no exercício do autogoverno, por mutuamente acordarem, uns com os outros, certos direitos fundamentais, regulando, assim, sua vida em comum por meio do Direito positivo e coercitivo, de um modo legítimo. Graças a esse conhecimento intuitivo do que significa elaborar uma Constituição, qualquer cidadão pode se colocar, a qualquer momento, na posição de um constituinte e verificar se, e em que medida, as práticas e as regulações da deliberação e da tomada de decisão

democráticas encontram no presente as condições requeridas para procedimentos que conferem legitimidade. (HABERMAS, 2003, p. 193)

Os fatores comunicativos em torno das necessidades democráticas, almejadas há décadas por conta da censura e repressão, foram preponderantes para o surgimento de um ambiente propício para desenvolvimento de um constitucionalismo democrático. O efeito propriamente ideológico desta afirmação consiste no fato de que o consenso não pode ser obtido pela ditadura da maioria nem da minoria, mas pela possibilidade de que todos os participantes do discurso possam assentir com as proposições.

A inserção de novos atores na cena política da redemocratização brasileira acarretou uma disputa pelo significado da democracia e pela constituição de uma nova gramática social. O poder constituinte originário foi desenvolvido como um poder exercido pelo povo de forma mediada, através dos seus representantes. A ideia desse poder está vinculada, historicamente, à representação em assembleia constituinte; entretanto, tal ligação não é apenas normativa, mas também cultural, social e histórica. Ao mesclar questões procedimentais e a participação da sociedade, criou-se um experimentalismo na própria esfera do Estado; e a democracia participativa é vista como uma das formadas de se reinventar a emancipação social (SANTOS, 2007).

É nesta esfera de concepções que se pergunta se a ANC de 1987-88 está relacionada a um sistema ou ao mundo da vida. De antemão é possível afirmar que a ANC de 1987-88 integrou-se através de duas concepções: o seu funcionamento sistêmico é, ele mesmo, um espaço de dominação; mas, ao mesmo tempo, não subtrai a tematização, que se faz entre os membros constituintes e entre eles e a sociedade civil. Assim

é que uma mesma situação pode ser olhada sob o enfoque estratégico de dominação ou pelo enfoque emancipatório.

O então Deputado Constituinte Vilson Sousa (PMDB/SC) já falava sobre a linguagem que o discurso liberal utiliza na dominação e exploração.<sup>63</sup> A leitura liberalista da auto-determinação democrática mascara o problema das minorias inatas; e a imposição da forma de vida de uma cultura majoritária às minorias nega a efetiva igualdade de direitos a cidadãos de origem cultural diversa. A ANC de 1987-88 configurou, portanto, uma nova ordem constitucional que pretendia atender aos anseios populares, sendo um elo importante entre Constituição e Democracia, contribuindo tanto para a superação do antigo modelo quanto para a construção de um novo sistema democrático. Desse modo, o poder constituinte, entendido como poder regulamentar do Estado, não mais se consolida apenas no exercício do poder político, mas também nos princípios da autonomia e da argumentação da sociedade. Em uma política deliberativa, pode-se interpretar os resultados de tal como produzidos comunicativamente, através da deliberação de atores político-sociais; o seu caráter finalístico consiste, então, no entendimento das pessoas submetidas à lei, na qualidade de destinatárias, como autoras do direito (HABERMAS, 2003, p. 157).

Na medida em que a construção de discursos tem por base a explicitação de normas em âmbito racional, fica consolidado, em decorrência, o princípio da democracia, que

---

63. “Tal qual a linguagem do sonho, não podemos permitir que o discurso liberal na sua aparente coerência retórica nos encubra o seu traço perverso contido na função de dominação e de exploração de toda a sociedade. Lembro, com Habermas, que já não se trata mais de dominação de uma classe (o proletariado), mas de toda a espécie humana, hoje veiculada e exercida pela ideologia tecnocrática a serviço dos grandes interesses econômicos” (BRASIL, 1987-88, p. 3.780).

garante aos indivíduos igualdade formal de tratamento. Habermas solidifica a compreensão de que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, 2003, p. 145). O autor propõe uma teoria comunicativa do direito, valendo-se de um discurso procedimentalista no qual o princípio democrático refere-se à ética do discurso.

Verifica-se, com isso, a necessidade do procedimento discursivo nas justificativas constituintes, aproximando as pretensões políticas das populares. Habermas atribui importância à esfera pública e à ação comunicativa, reconhecendo como possível o aperfeiçoamento da democracia e de perspectivas emancipatórias, na medida em que cada pessoa apresenta possibilidade argumentativa acerca das pretensões de validade dos mundos objetivo, subjetivo e social.

## Considerações finais

Democracia e Estado de Direito possuem uma relação aparentemente paradoxal que é diluída na História e, dentro dessa relação, há uma complementariedade entre autonomia privada e pública, sendo uma fonte da outra, o que acaba demonstrando que este arranjo interliga conceitualmente tais categorias. A Constituição adquire, dessa forma, um sentido procedimental, instituindo moldes comunicativos por intermédio do uso público da razão e da equidade de interesses.

Para uma sociedade efetivamente composta por indivíduos livres, faz-se necessário o exame das formas vigentes de organização social, de modo a vislumbrar, mediante conhecimento crítico de caráter emancipatório, alternativas embutidas na própria sociedade, capazes de promover a efetiva libertação dos indivíduos. Este direcionamento demanda a avaliação crítica

das instituições e práticas da sociedade que se deseja ver emancipada, buscando a prevalência de conceitos morais e éticos no campo da política e discutindo o *dever-ser* nas relações sociais.

O processo democrático vem legitimar e, em decorrência, garantir o valor das liberdades subjetivas sem, no entanto, incorrer no esfacelamento da rede de solidariedade dos cidadãos, mostrando-se, assim, capaz de preencher as lacunas da integração social. Habermas defende, neste âmbito, a existência de duas fontes concorrentes, co-originárias e não-excludentes de Legitimação do Estado Democrático de Direito: uma de tônica liberal – a defesa das liberdades subjetivas – e a outra republicana (ou clássica) – a importância dos direitos de participação política dos cidadãos. Ambas conduzem a uma relação de complementariedade entre as autonomias privada e pública, resultando em um equilíbrio na distribuição das liberdades e contribuindo para o debate público e a racionalidade da vontade: somente serão aceitas as leis que forem do interesse simétrico de cada um.

A teoria do discurso simula, assim como as teorias precursoras apoiadas no contrato social, um ponto de partida em que as pessoas resolvem adentrar, por si mesmas, em uma prática constituinte. Quando a prática da autodeterminação cidadã for entendida como um processo de realização do sistema de direitos fundamentais, o princípio da soberania popular, materializado nos direitos à comunicação e participação, emergirá, por si mesmo, na ideia do Estado de Direito.

A Constituição estabelecerá as condições de comunicação do procedimento democrático, e o princípio da soberania popular se configuraria institucionalmente mediante as estruturas organizacionais do Estado de Direito. O pensamento habermasiano possui o intuito de resgatar a reflexividade das esferas político-jurídicas da sociedade contemporânea, valendo-se de uma rede de discursos e tratativas, apta

a possibilitar soluções racionais. A partir de tal finalidade, o autor percebe o processo de política deliberativa como a essência do processo democrático.

Por fim, cabe apontar como tal estrutura se relaciona, ainda, com a própria percepção de Habermas acerca da relação interna entre democracia e estado constitucional na composição do discurso condutor dos processos democráticos: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, p. 142). Por meio desta assertiva, observa-se, a um só tempo, o entrelace que une as bases institucionais e as referências individuais de moralidade, que se encontram em ponto de comum alcance e acordo, na composição de uma sociedade efetivamente – e não apenas formalmente – participativa.

## Referências bibliográficas

- AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Revista Lua Nova*. Edição especial. N. 50. Belo Horizonte: CEDEC, 2000.
- BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal, 1987-88. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>. Acesso em: 13 mai. 2018.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Ed. Cortez, 1989.
- DISCURSO. História do Brasil, 1985. Disponível em <[http://www.historiadobrasil.net/documentos/tancredo\\_neves.htm](http://www.historiadobrasil.net/documentos/tancredo_neves.htm)>. Acesso em 17 de abr. de 2018.

DURÃO, Aylton Barbieri. *Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito*. Trans/Form/Ação, São Paulo, n.32, v. 1, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.

MADEIRA FILHO, Wilson; CALLEGARI, José Antonio. “Formação do espírito científico intersdisciplinar: a produção solidária do conhecimento”. In: *Confluências*. Vol. 12, n.1. Niterói: PPGSD-UFF, outubro de 2012.

NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O LEDO ENGANO DA CONSTITUINTE de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Jornal Folha de São Paulo*, 24 de julho de 1977. Opinião. Disponível em <<http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1977/07/24>>. Acesso em 02 mai. 2018.

REALE, Miguel. *Como deverá ser a nova Constituição*. Rev. Bras. Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 60/61, p. 9-24, jan./jul. 1985.

ROCHA, Antônio Sérgio. *Genealogia da Constituinte. Do autoritarismo à Redemocratização*. Lua nova. Revista de Cultura e Política. Dossiê “Constituição e Processo Constituinte”, n°88, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*.

CES, Portugal: Revista Crítica de Ciências Sociais, 78, Outubro, 2007.

ZERAR A CONSTITUINTE de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Jornal Folha de São Paulo, 22 de fevereiro de 1988. Opinião. Disponível em <<http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1988/02/22/2/>>. Acesso em 02 mai. 2018.

# Confiabilidade e transdisciplinariedade em pesquisa jurídica: reflexões e desafios metodológicos na pesquisa de mestrado em direito

*Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel*

## Introdução

Desenvolver pesquisa científica não é tarefa simples. Como bem explicam Gustin e Dias (2006, p. 5-6), essa atividade não se resume a um mero aprofundamento de estudos ou a um levantamento e reprodução de posições doutrinárias sobre determinado assunto. Envolve, antes de mais nada, uma indagação complexa e profunda, cuja solução não é dada por simples consulta doutrinária; para a produção de conhecimento científico é necessário, portanto, uma investigação, embasada teoricamente e desenvolvida

segundo técnicas e procedimentos metodológicos e sistemáticos (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 6-7).

Ultrapassadas as etapas de definição do problema e de finalização do projeto de pesquisa, diversos desafios e obstáculos são encontrados pelo pesquisador no percurso metodológico da investigação científica, dentre eles: i) a limitação de tempo para entrega do produto final; ii) a complexidade da realidade *versus* a especificidade e compartimentação das teorias existentes; iii) a dificuldade em produzir conhecimento efetivamente transdisciplinar; iv) o desafio da confiabilidade e da validade de pesquisa qualitativa e, sobretudo, jurídica. Esses impasses são geralmente agravados em um contexto de pesquisa produzida em Mestrado, na medida em que o tempo é ainda mais efêmero e a investigação é feita por um único pesquisador e não por uma equipe.

Nesse contexto, este trabalho irá retratar e refletir sobre esses diversos desafios metodológicos enfrentados pelo pesquisador, tomando como base o caso-paradigma da pesquisa desenvolvida no Mestrado em Direito por esta autora, a partir da técnica metodológica de estudo de caso. Esse método permite que sejam traçadas conclusões e testada a hipótese tomando como base um caso específico, através do qual se generalizará a proposição teórica (YIN, 2005, p. 21), segundo um raciocínio indutivo.

## 1. O papel do Executivo federal no processo de elaboração das leis relativas à reforma da educação básica: considerações preliminares sobre o tema e sua metodologia

Preliminarmente, é importante a contextualização acerca do tema da pesquisa-paradigma do presente estudo, que servirá como exemplo para a reflexão dos desafios me-

metodológicos enfrentados em pesquisa qualitativa, em pesquisa jurídica e no Mestrado.

Trata-se de investigação científica que analisa o papel do Executivo na elaboração das leis atinentes à pauta da educação básica, a partir da compreensão das prerrogativas constitucionais e regimentais conferidas ao Poder Executivo (inclusive relativas à emissão de medidas provisórias), das relações institucionais e políticas entre Executivo e Legislativo e do modo que se dá a construção da agenda legislativa. A partir disso, foram avaliados os impactos gerados pelo protagonismo legislativo do Executivo na democracia brasileira e, mais especificamente, na qualidade da legislação em educação básica e foram apontados novos caminhos para um maior equilíbrio de poderes.

A pesquisa adotou o procedimento metodológico de análise de conteúdo (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 91-92) para a melhor compreensão das proposições legislativas e das leis vigentes em educação básica. Esse procedimento permite que a pesquisa chegue a conclusões teóricas e realize interpretações plausíveis baseadas nos dados estatísticos coletados. Em um primeiro momento, envolveu uma análise de ocorrências (VALA, 1986, p. 108), quantificando, dentre outros, a frequência do uso de medidas provisórias no processo legislativo educacional básico; em sequência, uma análise de cunho qualitativo, avaliando a qualidade da lei em educação básica produzida em um contexto de preponderância e de controle do Executivo.

Para tanto, foram utilizados prioritariamente dados primários, através da coleta de dados estatísticos referentes a proposições legislativas em educação básica entre os anos de 1988 e 2016, sobretudo para se verificar a frequência de uso de medidas provisórias pelo Executivo Federal, e, subsequentemente, a taxa de dominância e de aprovação dessas proposições. Somados a eles, utilizou-se dados secundários, como os entendimentos doutrinários acerca do controle do processo legislativo

pelo Poder Executivo, bem como sobre a Legística Material e a Legisprudência. A análise desses dados permitiu que fossem traçadas conclusões acerca do domínio da política legislativa educacional básica pelo Executivo federal. Em sequência, analisou-se o caráter democrático desse processo legislativo, a partir da concepção de democracia de Dworkin, bem como a qualidade da legislação vigente em educação básica, sob os parâmetros da Legística Material e da Legisprudência.

Delimitado o problema, a metodologia e os objetivos da pesquisa tomada como caso-paradigma por esse trabalho, passa-se à análise das dificuldades que envolvem uma investigação dessa natureza, a partir da qual, através de um raciocínio indutivo, será delineada uma conclusão que abarca o universo de pesquisa dessa natureza.

## 2. Reflexões e desafios metodológicos na pesquisa científica em Mestrado no Direito

### 2.1 O tempo enquanto fator limitante da pesquisa

Um dos primeiros condicionantes da pesquisa é o tempo (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 58); o fator temporal é decisivo para a delimitação do tema e especificação do problema, para a definição da metodologia adequada (e temporalmente possível), ou seja, para a exequibilidade da investigação. Nesse sentido, na pesquisa desenvolvida em sede de Mestrado acadêmico, o tempo pode ser determinante para a escolha de determinado método em detrimento de outro, tendo em vista o seu curto período de duração (geralmente até dois anos). Como alerta Gustin (2006, p. 58), o período de duração do Mestrado é curto demais para a utilização de algumas técnicas

metodológicas, tais como a pesquisa-ação, e também por envolver geralmente um pesquisador e não uma equipe.

No caso da pesquisa de Mestrado trazida aqui como exemplo não foi diferente: o tempo foi um dos fatores determinantes para a escolha da técnica de pesquisa teórica e do procedimento metodológico de análise de conteúdo, bem como para a realização do corte temático. Durante a elaboração desse projeto de pesquisa, surgiu uma dificuldade inicial em afunilar o tema, na medida em que há um entusiasmo do pesquisador em retratá-lo em toda a sua complexidade e extensão e a especificação temática traz uma sensação de perda, de que grande parte do assunto não será abordada. No entanto, na execução da pesquisa logo se nota a necessidade dessa delimitação, pois a produção de conhecimento científico relevante e bem fundamentado se torna impossível em um tempo finito e com um volume exagerado de dados estatísticos e materiais teóricos.

## 2.2 Os desafios inerentes à transdisciplinariedade do produto da investigação.

A produção de conhecimento científico transdisciplinar é a atual tendência de enfoque metodológico a ser buscada nas pesquisas e se torna, sobretudo em um período de tempo limitado, uma outra dificuldade relevante para o pesquisador colocar em prática. Ele se depara com uma realidade múltipla, complexa, global, transdisciplinar (e, portanto, com um problema de pesquisa dessa mesma natureza) e geralmente dispõe de uma série de teorias e conhecimentos específicos, compartimentados, desvinculados, que não conseguem, por si só, responder à indagação científica. Nesse sentido, contrapõe-se a complexidade do real com a simplicidade teórica, que acaba

se configurando como uma super simplificação do fenômeno estudado (PAIVA; LEÃO; MELLO, 2011, p. 205).

É necessário, assim, o estabelecimento de vínculos entre essas diversas áreas, para a compreensão da realidade em seus múltiplos níveis, produzindo, ao final, uma teoria única (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 90), que cruza conhecimentos que estão entre, através e além de campos disciplinares estanques e compartimentados (NICOLESCU, 1996, p. 37-40).

Ademais, como a realidade é mutável e flexível, a teoria adequada exige constante reinterpretação dos fatores socio-culturais e históricos de uma determinada sociedade (LEININGER, 1994). Nesse sentido, Flick (2004, p. 18) assevera ainda a necessidade crescente do uso do raciocínio indutivo:

A mudança social acelerada e a conseqüente diversificação de esferas da vida fazem com que os pesquisadores sociais defrontem-se, cada vez mais, com novos contextos e perspectivas sociais; situações tão novas para eles que suas metodologias dedutivas tradicionais – questões e hipóteses de pesquisas derivadas de modelos teóricos e testadas sobre a evidência empírica – fracasam na diferenciação de objetos. Conseqüentemente, a pesquisa é, cada vez mais, obrigada a utilizar estratégias indutivas: em vez de partir de teorias para testá-las, são necessários “conceitos sensibilizantes” para a abordagem de contextos sociais a serem estudados.

Desse modo, a complexidade social reclama um conhecimento transdisciplinar e a sua mutabilidade requer a adoção de estratégias indutivas, o que significa uma teoria desenvolvida a partir do estudo empírico. Muitas vezes, a combinação de raciocínios dedutivos com indutivos produzirá a teoria mais apta a explicar aquele fenômeno social.

No exemplo de pesquisa trazido, buscou-se adotar uma perspectiva transdisciplinar e um raciocínio dedutivo-indutivo. A complexidade da investigação e a multidimensionalidade do objeto estudado, qual seja, o controle do processo legislativo educacional básico pelo Executivo, exigem a produção de um conhecimento que combina conteúdos de diferentes campos teóricos, dentre os quais a Ciência da Legislação, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, a Ciência Política, a Filosofia do Direito e a Pedagogia. Nesse sentido, os marcos teóricos adotados são afirmações e concepções de autores dessas diversas áreas, dentre os quais as de Figueiredo e Limongi (2001) sobre o protagonismo legislativo do Executivo (Ciência Política); a concepção de democracia coparticipativa de Ronald Dworkin (2014) – (Filosofia do Direito); os princípios da Legisprudência de Wintgens (2012) – (Ciência da Legislação).

O produto da pesquisa busca, desse modo, a compreensão dessa complexa realidade institucional e política brasileira, a partir de uma argumentação problematizadora acerca do protagonismo do Executivo na elaboração legislativa, a despeito do princípio de separação de poderes. Assim, esforçou-se por produzir, ao final, uma teoria crítica única, que abarca, cruza e estabelece vínculos entre esses diversos campos citados, para apontar soluções ao seu problema de pesquisa.

É interessante que, apesar de se valorizar no campo metodológico a produção de conhecimento transdisciplinar, muitas vezes, os pesquisadores encontram resistências e recebem críticas dos seus pares, sobretudo vinculados a linhas mais tradicionais e dogmáticas, alegando-se que tal conhecimento não é essencialmente da área. Por exemplo, um problema de pesquisa transdisciplinar como aquele adotado neste trabalho como caso-paradigma, que resulte na produção de uma teoria que abarca diversos campos, pode não ser considerado por alguns como verdadeiramente jurídico.

Geralmente essas afirmações de que determinadas pesquisas não são essencialmente do direito são feitas a partir de concepções muito restritas, positivistas e dogmáticas do que é direito, limitando o fenômeno jurídico à lei. Da mesma forma, o uso de técnicas metodológicas como a pesquisa-ação ou a pesquisa-participante, mesmo que de forma sistemática, teoricamente embasada e com excelência técnica e metodológica, é criticado por alguns com uma visão muito limitada da pesquisa, denominando tais estratégias como mera militância. Contudo, são técnicas amplamente reconhecidas como métodos de pesquisa e o fato de terem natureza propositiva e pretensão de mudar a realidade social é uma vantagem e não um demérito.

### 2.3 Confiabilidade e validade dos resultados de pesquisas jurídicas qualitativas

Por fim, traz-se aqui uma terceira dificuldade metodológica comum em pesquisas qualitativas e, sobretudo, em pesquisas no Direito: os questionamentos sobre a confiabilidade e a validade de pesquisas dessa natureza (CHO; TRENT, 2006, p. 319-320). No mundo científico, a pesquisa qualitativa e o próprio Direito não são, muitas vezes, aceitos como verdadeira Ciência (DEZIN; LINCOLN, 2005); essas críticas geralmente partem de critérios clássicos de cientificidade, isto é, tentam avaliar a confiabilidade e validade de pesquisas qualitativas e jurídicas a partir de procedimentos quantitativos tradicionais (ULLRICH *et al*, 2012, p. 20). Mas essa natureza de pesquisa investiga justamente os significados de fenômenos sociais, sendo, muitas vezes, impossível a mensuração (CHIZZOTI, 2003, p. 222). Por isso, é incabível

utilizar os mesmos critérios para avaliar a confiabilidade e a validade de pesquisas de naturezas distintas.

Nesse sentido, cabe antes destacar a diferença entre uma investigação quantitativa e uma qualitativa. A primeira testa a sua hipótese a partir de métodos experimentais e de técnicas de medição quantitativas (GOLAFSHANI, 2003, p. 597). Por sua vez, a segunda envolve a interpretação de um fenômeno em um contexto específico, que não é passível de quantificação (GOLAFSHANI, 2003, p. 600). Desse modo, enquanto a precisão, confiabilidade e validade dos dados de uma pesquisa quantitativa é diretamente dependente do instrumento de medição utilizado, na pesquisa qualitativa o próprio pesquisador é o instrumento (PATTON, 2001, p. 14). Comumente, uma pesquisa envolve métodos e técnicas das duas espécies, configurando-se com uma natureza híbrida.

Por isso, como bem demonstra Ullrich *et al* (2012, p. 23) a pesquisa qualitativa deve ser avaliada a partir de critérios e conceitos de confiabilidade e validade adequados às suas peculiaridades. Dentre eles, tem-se: i) a necessidade de coerência entre os dados da pesquisa e a teoria construída; ii) a transparência quanto aos procedimentos metodológicos utilizados; iii) admitir as limitações metodológicas e teóricas da pesquisa, seus erros e deformações da realidade (LAPERRIÈRE, 2008, p. 65); e, especialmente, iv) a reflexibilidade, que é a articulação da pesquisa com a realidade social que estuda e com o pesquisador que a realiza e, portanto, influencia no universo pesquisado (CRESWELL; MILLER, 2000, p. 127), sendo, assim, o grande diferencial da pesquisa qualitativa (ULRICH *et al*, 2012, p. 24-25). É “a reflexibilidade [que] permite a exploração das ambiguidades e descontinuidades da realidade social” (ULRICH *et al*, 2012, p. 29), isto é, constrói-se uma análise crítica dos dados, sem partir do pressuposto de que eles simplesmente revelam a verdade.

Quanto à validade, é preciso levar em conta a autenticidade, que é a preocupação com as diferenças entre os participantes da pesquisa; a profundidade, relacionada ao esgotamento e integralidade na abordagem das questões estudadas; a capacidade crítica da pesquisa, de tal forma que envolva reflexão crítica da realidade estudada, dentre outros (ULRICH *et al*, 2012, p. 26-27). Para produção de uma pesquisa válida, sobretudo qualitativa, por sua natureza não-linear e interativa, é necessário a constante checagem e ajuste, voltando-se sempre ao passo anterior para verificação de sua coerência e adaptação em caso de incongruências encontradas no decorrer da pesquisa (ULRICH *et al*, 2012, p. 28).

Resumidamente, são relevantes para se analisar a confiabilidade e a validade de uma pesquisa qualitativa os seguintes critérios, sistematizados nos quadros abaixo:

### Quadro 1

#### Critérios de confiabilidade em pesquisas qualitativa

<b>Critério</b>	<b>Descrição e operacionalização do critério nas pesquisas qualitativas</b>
Descrição detalhada	Descrição em profundidade das situações delimitadas. Descrição do recorte espaço temporal de realização do estudo, bem como evidenciar as categorias de análises em discussão.
Tempo de permanência no campo	Permanência a longo tempo no campo, permitindo a captura das dinâmicas sociais de forma longitudinal e transversal.

Saturação teórica	Busca dos autores no sentido de centralizar as articulações teóricas.
Triangulação dos dados	Utilização de diferentes estratégias de coleta e de análise de dados.
Reprodução e avaliação das análises	Divulgação e avaliação das análises entre os pares.
Transparência	Descrição detalhada de todos os procedimentos utilizados na pesquisa empírica e na construção teórica.
Limitação da pesquisa	Exposição das limitações da pesquisa.
Coerência	Coerência entre os dados empíricos e a teoria que está sendo construída.
Exploração dos significados	Exploração dos significados e dos fenômenos relacionados ao campo onde o estudo é conduzido.
Reflexividade	Articulação das proposições de estudos à realidade social onde o mesmo é conduzido. Reconhecer as diversas possibilidades teórico-empíricas de análise, e situar socio-historicamente as escolhas realizadas pelo pesquisador.

*Fonte: Whittemore, Chase e Mandle (2001)  
apud Ulrich et al (2012).*

## Quadro 2

### Critérios de validade em pesquisas qualitativas

<b>Critério</b>	<b>Pergunta</b>
Credibilidade	Os resultados da pesquisa refletem a experiência dos participantes ou o contexto?
Autenticidade	A representação exibe preocupação com as diferenças de vozes entre os participantes?
Crítica	O processo de pesquisa evidencia enfoques críticos?
Integridade	A pesquisa reflete recursivamente e repetitivamente sobre a validade do estudo?
Clareza	A pesquisa tem decisões metodológicas, interpretativas e vieses do pesquisador explícitos?
Vivacidade	As descrições densas são fiéis e retratadas com astúcia e clareza?
Criatividade	O estudo tem uma maneira criativa de organizar, apresentar e analisar os dados?
Profundidade	Os resultados abordam de forma integral e saturada as questões do trabalho?
Congruência	O processo de pesquisa e os achados são congruentes? Os assuntos se ajustam entre si? Os resultados se ajustam ao contexto?

Sensitividade	A investigação foi sensível à cultura, aos contextos sociais e à natureza humana?
---------------	-----------------------------------------------------------------------------------

*Fonte: Whittemore, Chase e Mandle (2001)  
apud Ulrich et al (2012).*

Desse mesmo modo, na pesquisa aqui trazida como exemplo, a autora buscou seguir esses parâmetros de confiabilidade e validade de pesquisa qualitativa, para a construção de um conhecimento efetivamente científico e de uma pesquisa de credibilidade. É interessante ainda notar que o termo pesquisa qualitativa abarca uma série de tendências epistemológicas e diversas orientações teóricas (CHIZZOTI, 2003, p. 222-223), seja pela pluralidade de métodos ensinados, seja pela pluralidade de tipos de pesquisas e de objetos de estudo.

## Considerações finais

Como foi demonstrado, a execução de pesquisa qualitativa e, especialmente, jurídica encontra uma série de desafios metodológicos e teóricos. Alguns deles foram trazidos aqui, como o fator temporal, a transdisciplinarietà, a confiabilidade e a validade. Para ilustrar, foi exposto um exemplo de uma pesquisa em produção no Mestrado em Direito, no qual buscou-se ultrapassar essas dificuldades, a partir do referencial teórico ora exposto.

Pesquisar é realmente um empreendimento complexo, ainda mais com todas as limitações do contexto brasileiro, de pouco incentivo à pesquisa e à inovação. Porém, à contramão de todos esses empecilhos, os pesquisadores devem se manter perseverantes, pois o resultado final (produção de

conhecimento) é extremamente benéfico para a construção e o amadurecimento de uma cultura científica no Brasil e para a implementação de mudanças na realidade social.

## Referências bibliográficas

- CHIZZOTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em Ciências Humanas e Sociais: evolução e desafios, **Revista Portuguesa de Educação**, Braga, v. 16, n. 2, 2003.
- CHO, J.; TRENT, A. Validity in qualitative research revisited. **Qualitative Research**, v. 6, n. 3, p. 319-340, ago/2006.
- CRESWELL, J. W.; MILLER, D. L. Determining validity in qualitative inquiry. **Theory into Practice**, v. 39, n. 3, p. 124-131, 2000
- DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. Introduction: entering the field of qualitative research. In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. **Handbook of Qualitative Research**. London: Sage, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- FLICK, U. **Uma Introdução à Pesquisa Qualitativa**. Porto Alegre: Bookman, 2004.
- GOLAFSHANI, N. Understanding reliability and validity in qualitative research. **The Qualitative Report**, v. 8, n. 4, p. 597-607, dez/2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

\_\_\_\_\_. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LAPERRIÈRE, A. Critérios de cientificidade dos métodos qualitativos. In: POUPART, J.; DESLAURIERS, J. P.; GROULX, L. HL.; L LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. P. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.

LEININGER, M. Evaluation criteria and critique of qualitative research studies. In: MORSE, J. (Org.). **Critical issues in qualitative research methods**. London: Sage, 1994.

NICOLESCU, Basarab. **La transdisciplinariedad – manifesto**. México: Multiversidad Mundo Real Edgar Morin, 1996.

PAIVA Jr., F. G.; LEÃO, A. L. M. S.; MELLO, S. C. B. Validade e Confiabilidade na Pesquisa Qualitativa em Administração. In: **Encontro de Ensino e Pesquisa em Administração e Contabilidade**. 1. Recife, 2007. Anais do ENEPQ: Recife, 2007.

PATTON, M. Q. **Qualitative evaluation and research methods**. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, Inc, 2002.

ULLRICH, Danielle et al. Reflexões teóricas sobre confiabilidade e validade em pesquisas qualitativas: em dire-

ção à reflexividade analítica, **Revista de Administração da PUCRS**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, p. 19-30, jan./abr. 2012.

VALA, Jorge. A Análise de Conteúdo. In: PINTO, José Madureira; SILVA, Augusto Santos (org.) **Metodologia das Ciências Sociais**. Porto: Afrontamento, 1986, p. 101-119.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: Practical Reason in Legislation**. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2012.

WHITTEMORE, R.; CHASE, S. K.; MANDLE, C. L. Validity in qualitative research. **Qualitative Health Research**, v. 11, n. 4, p. 522-537, jun/2001.

YIN, Robert. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

# A oratória forense na “apologia de Sócrates”, de Platão

*Gustavo Oliveira Donato Fernandes*

## Introdução

O presente artigo tem como escopo analisar os recursos argumentativos utilizados por Sócrates em sua histórica defesa. A oratória forense na *Apologia* de Sócrates é o principal ponto a ser abordado no presente artigo, demonstrando os métodos e as técnicas empregadas, o que se revela, tema de fundamental importância na orbita jurídica, vez que as armas da qual dispõem os juristas são o verbo e a escrita.

Apesar da relevância temática, os materiais concernentes à sistematização da retórica encontram-se, ainda, em número exíguo, apesar da excelência das produções: exemplo da tese, defendida na dissertação de Mestrado em filosofia, de Alexandre Sanches, “Sócrates entre a Justiça e a Retórica”, dentre outras obras que foram utilizadas para dar maior embasamento como: os artigos de Denise Helena Schild Oliveira e Roberto

Goto; obras, como o do erudito professor José Hildebrando Dacanal, Robert Alexy, e até uma tradução da obra de Aristóteles, que também foram utilizados neste percurso científico. Tendo como pedra angular deste estudo, o livro “Apologia de Sócrates” por Platão. Obras que visam estruturar uma estratégia discursiva de forma técnica e cronologicamente lógica, fazendo da arte de falar um recurso oral, eloquente, de defesa.

A energia de ativação a que se deve este trabalho fora a miudeza literário-temática, propulsão pela leitura do livro “*Para Ler o Ocidente*” do já mencionado Dacanal. Ao se adentrar na arte da eloquência, a primeira dificuldade enfrentada pelo pesquisador é carência literária a respeito do tema, tão antigo, e que ainda, se encontra muito pouco trabalhado e divulgado. Por vezes até esquecido nos meios acadêmicos. De modo que se pretende contribuir materialmente, de maneira concisa e sem perder a profundidade conquanto ao objeto estudado.

Intenta-se explorar os métodos argumentativos utilizados, de forma consciente ou inconsciente, por Sócrates. Feito por meio de análises teóricas pósteras ao filósofo, trazendo à tona a importância deste discurso para o meio jurídico. Além de tornar o tema mais palpável, expondo a genialidade com que se expressou em sua defesa final.

Laborou-se, principalmente, com recursos bibliográficos, utilizando artigos científicos, teses e obras consagradas, seja pela relevância histórica, seja pela qualidade técnica e meritória dos autores. Trazendo uma contribuição indelével a órbita jurídica, pois, há muito ainda a ser explorado e descoberto no campo técnico da arte da retórica.

## 1. Contexto histórico

Sócrates nascera em Atenas, entre os anos de 470 e 469 a.C., seu pai fora escultor, e sua mãe parteira. Sua vivên-

cia remonta sua obra, pois, nada deixou em escritos (Platão, 2009). E mesmo sem produções diretas, deixou como legado o exemplo de retidão: “Sócrates figura, tanto aos olhos da Antiguidade quanto aos nossos, como um cidadão modelar, pelo senso e pela prática do que se pode – e/ou se deve – ter como justo.” (GOTO, 2010, p.107).

A cidade em que viveu o “o pai da filosofia”, possuía mapeamento diverso da que conhecemos hodiernamente. Atenas se situava na Ática, a sudeste da península grega central. De solo pouco fértil, era local de cultivo de trigo, cevada, oliveiras e uvas, o que resultou na fama de produtora de azeite e vinho. No entanto, foi com o desenvolvimento da mineração que surgira o porto de Pireu, desenvolvendo assim o comércio marítimo (FUNARI, 2002, p.22).

Além disso, havia também os desafios políticos, pois desde 491 a.C. os gregos vinham recebendo investidas agressivas dos persas. Vindo a sobrepuja-los, somente, em 485 a.C., e após a vitória sobre o inimigo, Atenas, tornara a cidade mais suntuosa da Grécia. Reergueu suas fortificações, tornou-se império e encaminhou rumo à democracia (FUNARI, 2002).

Esta Cidade-estado atingiria seu esplendor no período de Péricles, líder dos democratas em 469 a.C.. Neste momento histórico, os cargos políticos tornaram-se acessíveis a todos os cidadãos, fossem pobres ou abastados, e a justiça e liberdade passaram a ser palavras de ordem. Com relação ao termo *cidadão*, entendia-se – os homens – maiores de 18 anos e filhos de pais atenienses. A democracia era exercida de forma direta, em plena praça pública (Ágora), os magistrados podiam ser escolhidos pela assembleia ou por sorteio, acreditando-se que esta última seria uma escolha dos próprios deuses, uma vez que a sorte era, em si, considerada uma deusa (Tykhé) que agradava os seus escolhidos (FUNARI, 2002).

Sócrates viveu neste período de esplendor grego, dividindo cenário com os sofistas, homens que ensinavam a arte e ciência da época. E foi interagindo com estes filósofos e pedagogos remunerados, que fez do seu pensamento o marco histórico da ética. Possuía como método de ensino, a maiêutica, constituído na ironia e no diálogo. Este recurso pretendia a parição do pensamento, inspirado na parturição da vida (BITTAR, 2005). Acrescenta o referido autor, com relação à ideia socrática.

Sua mãe, era parteira. Isso porque todo erro é fruto da ignorância, e toda virtude é conhecimento; efetuar a parturição das ideias é tarefa primordial do filósofo, a fim de despertar nas almas o conhecimento. Daí a importância de reconhecer que a maior luta humana deve ser pela educação (*paidéia*), e que a maior virtude (*areté*) é a de saber que nada se sabe (BITTAR, 2005, p.65).

E nesse contexto democrático, Sócrates, desperta seguidores e perseguidores, estes devido à humilhação sofrida pelo método maiêutico exercido pelo filósofo, aqueles por admiração em toda sua plenitude e filosofia de vida. Defrontando-se em um paradoxo maniqueísta, de ser admirado e repudiado, que o mestre de Platão, fora condenado à morte por ingestão de cicuta, após ser acusado de corromper a juventude e idolatrar outros deuses que não os da cidade, fato que à época era punido com pena capital (BITTAR, 2005).

## 2. Oratória

Consoante descreve Dacanal (2014, p.173), etimologicamente, oratória deriva do latim (*orator* = orador) e do grego

retórica (retoriké = discurso, arte da oratória). Refere-se ao produto do exercício do orador, tomando-se, pelo termo, a pessoa que redige e/ou pronuncia orações.

Esta atividade se divide em várias frentes, sendo as principais: a *oratória política*, própria dos parlamentos e assembleias e a *oratória forense*, específicas dos tribunais, que abordar-se-á no decorrer desse artigo. Além destas mencionadas tem-se: a oratória fúnebre (de funerais), o sermão (de cultos religiosos), panegírico (comemorativa), dentre outras (DACANAL, 2014).

O precursor da oratória redacional fora Tucídides, que elevava ao grau maior da perfeição e funcionalidade. Contudo, quem se revelara um mestre nesta arte oracional, fora Xenofonte, um dos discípulos de Sócrates, títulos estes, amparados em Helênicas, Anábase e Ciropedia. Sendo, entretanto, atribuída a Platão, a obra de maior esplendor e genialidade, em Apologia – ou defesa – de Sócrates (DACANAL, 2014). Sendo o maior atributo de Platão para com o seu Mestre:

A maior realização de Platão é, sem dúvida, a plástica figura do mestre no preciso instante de sua hora suprema [...]. Nenhuma representação do ser humano atingiu, até nossos dias, a força expressiva de Sócrates [...], que enfrenta a morte com majestosa, olímpica e quase divina atitude (MIGUEZ, “Introdução a Teeteto”, in *Platon*, p.887 apud DACANAL, Para ler o Ocidente, p.176).

A obra supracitada é marco na arte da retórica, devido ao momento proferido e técnicas empregadas. Trata-se de uma lúcida aula de sistematização argumentativa. Sobre tal conceito, define Aristóteles a respeito da retórica, em obra de mesmo nome. Esta ciência – em sentido de estudo sistematizado – utiliza-se de recursos argumentativos, com o objetivo

de persuadir o receptor da mensagem, com a peculiaridade que não se atribui a nenhuma outra arte:

Entendamos por retórica a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. Esta não é seguramente a função de nenhuma outra arte; pois cada uma das outras apenas é instrutiva e persuasiva nas áreas da sua competência; como, por exemplo, a medicina sobre a saúde e a doença, a geometria sobre as variações que afectam as grandezas, e a aritmética sobre os números; o mesmo se passa com outras artes e ciências. Mas a retórica parece ter, por assim dizer, a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada. E por isso afirmamos que, como arte, as suas regras não se aplicam a nenhum género específico de coisas (ARISTÓTELES, *Retórica*, 2005, p. 95-96).

Seguindo este mesmo raciocínio, são três as espécies fornecidas como provas de persuasão: o carácter moral do orador; o modo como dispõe ao ouvinte; e o modo como dispõe o próprio discurso, pelo que demonstra ou parece demonstrar. Pelo carácter, quando o discurso é proferido de maneira tal, que deixa transparecer a impressão de dignidade e boa fé do orador. Pois, certo, é, que se acredita mais ou tende-se a confiar em pessoas de aparência honesta. É, contudo, fulcral que a confiança seja resultado do discurso e não de uma opinião prévia quanto ao orador. Outra forma seria levar o ouvinte a sentir as emoções do orador por meio do verbo, uma vez que as valorações humanas se formam de acordo os sentimentos de tristeza, alegria, espanto, e ódio. E por último, contudo não menos imperativo, pode-se convencer pelo discurso,

quando se expõe a verdade ou a pretensão dela, conforme o que for persuasivo (ARISTÓTELES, 2005).

A oratória se mostra, portanto, como um meio para persuasão, iniciada como argumentação empírica e meramente prática observada há muito tempo. Desenvolvendo-se em técnica, na qual a estirpe é o convencimento, seja pela idoneidade expressiva do orador, pela transmissão de sentimentos, ou pelo discurso de provas. Orador é aquele que elabora ou profere discurso de maneira convincente, clara e objetiva.

### 3. A Oratória Forense na "Apologia de Sócrates", de Platão

Ao se dar início às análises acerca da defesa de Sócrates, deixa-se claro que a oratória tem o fim judicial acima do político. Desta forma Cunha (2004) expressa, que a defesa trata-se claramente de um embate judicial. Visto que as acusações pesadas sobre Sócrates dão-se dentro de um tribunal (*dikastēria*). Pois, ao abrir-se a obra escrita por Platão, deparamo-nos com a acusação por ser pronunciada, o procedimento começara com a leitura das acusações por um oficial do tribunal ateniense (CUNHA, 2004).

Já em seu exórdio, Sócrates utiliza-se, provavelmente sem aperceber, o caráter moral do orador, explanado por Aristóteles em sua obra. Expondo seus valores aos quais os tornou conhecido por toda Ágora, comprovando-se na tiragem que se segue.

A mim, no entanto, tudo o que dizem parece, no mínimo, uma falta de vergonha. A não ser que chamem de eloquente aquele que fala a verdade. E se for isso mesmo o que querem dizer, então, essa forma, talvez, eu reconheça ser eloquente.

[...] o meu discurso, ó homens de Atenas, diferente do deles, não será rebuscado, ornamentado por palavras e frases cuidadosamente arranjadas, mas com as palavras que o acaso trouxer a minha boca. E ainda assim acredito que tudo o que disser será justo, pois nenhum de vocês espera outra coisa de mim (PLATÃO, Apologia de Sócrates, 2009, p.23).

Seguindo em sua defesa, Sócrates utiliza-se do preceito do justo e seu caráter intrínseco ao orador, ao pedir algo que não parece injusto: que o ouçam, seja seu modo de falar bom ou mau. Entretanto, pede somente atenção, se no que dissera havia justiça, pois, esta é a finalidade nuclear de um julgamento, sendo a virtude do orador dizer a verdade. O defeso também usa seu medo como expressão de advogar contra as calúnias. Dizendo temer mais os caluniadores veteranos do que os jovens, pois além da influência que exerciam, também fizeram parte da educação dos infantes, tornando-se mais difícil sua defesa contra aqueles (PLATÃO, 2009).

Ademais, o que teria causado a morte de Sócrates, se não a metodologia adotada por ele? Seu método irônico e maiêutico foram os fatores pilares para sua execução.

[...] ao examinar tal homem, do qual não posso dizer o nome, mas que é um de nossos políticos, depois de dialogar com ele, ó homens de Atenas, a mim me pareceu que embora esse homem parecesse um sábio para muitos outros e, especialmente, para si mesmo, na verdade não o era. Tentei então demonstrar que ele não era tão sábio como acreditava ser, mas com isso só consegui o seu ódio e o dos outros que ali estavam (PLATÃO, Apologia de Sócrates, 2009, p.29).

Nessa citação Sócrates expõe o principal motivo por ter sido caluniado. Vez que contraíra inimizades pelo método investigativo adotado, pois, foi por causa dessa busca, por tentar descobrir o que o oráculo de Delfos quis dizer, que constituiu inimizades poderosas, e de seu ódio, sólido e opressivo, germinaram as calúnias e a fama de sábio.

Nessas especulações feita na Ágora muitos jovens de tempo ociosos – por serem de famílias ricas – o seguiram. E estes, que por muitas vezes, também faziam investigações espelhadas no método socrático, gerando fúria nos investigados, e por efeito reflexo, a ira também recaía sobre Sócrates. Contudo, se fossem perguntados sobre sua maneira de pesquisa, nada saberiam dizer, e estes que para não parecerem tolos diziam “que ele especula sobre coisas do céu e da terra, que não acredita nos deuses e faz argumentos frágeis parecerem fortes” (PLATÃO, 2009, p.32).

Por conseguinte o filósofo inicia sua defesa contra Meleto, tido com homem bom diante a sociedade, eis que segue sua acusação (PLATÃO, 2009) “Afirmo que Sócrates é danoso, pois corrompe os jovens e não crê nos deuses venerados pela cidade, mas, em outras novas divindades” (PLATÃO, 2009, p. 33). Adotando-se a Teoria Argumentativa de Manuel Atienza (2005), pode-se inferir que Sócrates adotava a argumentação material ao verificar questões das ciências da moral e do direito, ressaltando a importância para o conteúdo problemático, cujo escopo encontra-se na verdade e idoneidade conclusiva. Quando ele diz que Meleto ao acusar de ser perigoso, torna a ti mesmo, bem mais pernicioso, ao conduzir levemente homens diretos à Ágora (PLATÃO, 2009). Cujo debate ressalta-se a seguir:

- Diga aqui para mim, Meleto: é importante para você que os jovens sejam tão virtuosos quanto possível?

- Certamente que é.
- Então diga a todos quem os torna melhores. Não tenho dúvida de que sabe a resposta. Afinal, isso o preocupa tanto que, além de buscar descobrir quem os corrompe, ainda me denuncia na ágora. Pois então diga quem pode torna-los melhores.

Está vendo, Meleto, como você se cala e não sabe o que responder? Não se envergonha? Isso não é prova suficiente de que nunca se interessou por tais assuntos? (PLATÃO, *Apologia de Sócrates*, 2009, p.33).

Ao que se prolonga neste debate, Meleto é indagado sobre quem poderia trazer virtude aos jovens. Eis que responde que os juízes, os oficiais, os presentes que ouviam, exceto Sócrates. Sócrates, o indaga se alguém voluntariamente se rejeitaria a receber boas orientações para receber más, sabendo que os bons fazem coisas boas e os maus fazem coisas más, de modo que ele não poderia corromper a juventude, e se o fazia, não era intencionalmente, o que nos dois casos desvelava Meleto como um mentiroso (PLATÃO, 2009).

Em sua apologia este mestre da eloquência, utiliza um recurso reflexivo que impunha o medo da injustiça aos pósteros, e com seu verbo transmite o sentimento da insegurança frente à ameaça da morte que os tribunos lhe empunharam a época.

[...] é verdade aquilo que disse anteriormente sobre o ódio excessivo que muitos homens acumularam contra mim. E será isso o que me condenará se condenado eu for, não Meleto ou Anito, mas as calúnias e a inveja de muitos. Isso já condenou muitos homens bons e continuará sendo a perdição de inúmeros ou-

tros, pois não acredito que esse horror se detenha em mim (PLATÃO, Apologia de Sócrates, 2009, p.39).

Logo após, o orador expressa menor temor ao considerar os riscos de ele viver ou morrer, mas, aprecia mais, se sua vida foi digna ou não, se fora reta ou desvirtuosa. E a isto atribui maior valor, morrendo por tais sentimentos de modo quase divino.

E eu, por minha vez, poderia dar uma resposta justa a essa recriminação: “Você não se expressa bem, meu caro, ao afirmar que um homem que tem algum valor, por pouco que seja, deva considerar os riscos de viver ou morrer, em vez de considerar somente, em cada um de seus passos, se o que faz é justo ou injusto, se age como um homem bom ou mau.” (PLATÃO, Apologia de Sócrates, 2009, p.39).

Ainda acrescenta que o homem que é colocado em determinado posto por seus superiores deve ali permanecer, mesmo com o valor da própria vida, não devendo ele se preocupar com coisa alguma a não ser a desonra, pois temer a morte se assemelharia a revelar-se sábio sem o ser. Ou conhecer aquilo que não conhece, pois, ninguém sabe se a morte é algo bom ou ruim (PLATÃO, 2009).

Sócrates acreditava que nenhuma injúria vinda de Meleto e Anito pudesse o atingir, porque não é possível que um homem superior (se referindo à moral e virtudes) fosse denegrado por um inferior, mas, que ao se pensar, o maior dos males era fazer o que faziam: atentarem contra a vida de um homem injustamente. Referindo-se ao episódio que o ordenaram que entregasse Leon Salamínio, para que fosse morto. Enquanto a única preocupação do filósofo era não praticar nada ímpio ou injusto. De modo que enquanto todos foram à caça, Sócrates

tes se recolhera a sua casa, ação que provavelmente o levaria a morte caso o regime não viesse a ruir (PLATÃO, 2009).

Nessa temática, Aristóteles (2005) disserta sobre a justiça e a injustiça. Aqueles que cometem injustiça ou causam dano voluntariamente a outrem em violação à lei, se feito involuntariamente, estar-se-á diante de um erro, se cometido com premeditação evidenciará maldade ou intemperança. Aqueles que praticam injustiça, o fazem por sentirem a segurança de nunca serem descobertos, seja por influência, dinheiro, ou amigos ocupantes de cargos públicos, que prolatam o processo e caso venha a serem condenados amenizam as penas a quase nada. Já os que sofrem injustiça temem em acusar os algozes por temerem os juízes e, se o fazem não são persuasivos, pois não possuem experiência em praticar atos vis (ARISTÓTELES, 2005). Evidenciando-se que de modo empírico, anterior a Aristóteles, Sócrates dissera e fundara tais proposições.

Talvez pensem, ó homens de Atenas, que fui condenado por não saber usar as palavras e os argumentos necessários para persuadi-los e evitar minha condenação. Bem longe disso. Se fui condenado, não foi por falta de palavras ou argumentos, mas pela falta de atrevimento, cinismo e disposição para lhes dizer aquilo que desejavam ouvir (PLATÃO, Apologia de Sócrates, 2009, p.59).

Retomando a defesa socrática, ao momento que este se abstém nitidamente, de utilizar o recurso sentimental de convencimento, renegando o sentimentalismo, mesmo estando ameaçado por injúrias infundadas. Ressaltando, mais uma vez o seu perfil moralista.

Talvez alguns dentre vocês estejam irritados comigo ao se lembrarem de quando suplicaram aos juízes com muitas lágrimas, diante de situação menos grave, trazendo até aqui todos os seus filhos, parentes e amigos, a fim de os comover e de despertar sua piedade. É claro que não farei nada disso, mesmo enfrentando, como tudo parece indicar, a maior das ameaças (PLATÃO, *Apologia de Sócrates*, 2005, p.47).

Acrescentando, ainda, por meio de uma reflexão Homérica, que ninguém nasce do carvalho ou de pedras. E após a condenação já esperada por ele, resolve utilizar um recurso argumentativo final (PLATÃO, 2009) – impostos pelo discurso do medo, profetizando, que aqueles que condenaram um sábio seriam castigados.

Por não terem a paciência de esperar um pouco mais, ó homens de Atenas, vocês receberão, juntamente com esses que desejam difamar nossa cidade, a recriminação e a fama de terem matado Sócrates, um sábio. Porque, para aumentar sua desonra, eles me chamarão de sábio, ainda que eu não queira isso. [...] Os que irão contestá-los surgirão mais numerosos que antes, visto que, sem que percebessem, quem os conteve até agora fui eu. E quanto mais jovens, mais intensamente serão tomados pela cólera. O fato é que, se pensam que matando homens poderão se livrar de reprovações, por não agirem corretamente, estão pensando errado (PLATÃO, *Apologia de Sócrates*, 2009, p.59-60).

Destarte, Sócrates um dos filósofos mais influentes para cultura ocidental, fora condenado, por uma diferença de trin-

ta votos, a beber cicuta (veneno), sendo executado um mês após seu julgamento, em 399 a.C. (PLATÃO, 2009). Deixando um legado de eloquência e dignidade em sua defesa, o que torna permissível concluir que o filósofo não foi ao tribunal com o intuito maior de defender a vida, mas, sim, sua honra. Sendo sua maior herança viver com justiça e retidão.

#### 4. Método socrático

Platão (2009) relata que Sócrates desenvolvera seu método em dois pilares: a ironia e a maiêutica. Tal método o contemplou inúmeros seguidores, fiéis e amigos, mas, também o trouxe inimizades e sua consequente condenação à morte.

A ironia socrática baseia-se na indagação, a partir de uma dúvida fictícia. Segue esta técnica no intuito de refutar determinada tese, e expor o que de fato se desejava. As perguntas consistiam em deixar o interlocutor sem respostas para a problemática, desenganando-o quanto ao seu saber, afastando os preconceitos e opiniões falsas que o obstava de atingir a verdade. A maiêutica (obstetrícia) buscava retirar do interior do indivíduo uma nova perspectiva sobre o conhecimento, trazendo novas ideias à luz, como uma criança que vem ao mundo, daí a analogia entre maiêutica e obstetrícia (PLATÃO, 2009).

Xenofonte evidenciara, conforme cita Cunha (2004), uma Atenas aspirando ao esplendor sob a égide da moral e da justiça. Contudo, Sócrates modelo de coerência moral e filosófica fora tido, nesta mesma Atenas de retidão e ética, como mau cidadão frente à *pólis*. E por tal atribuição injuriosa é que seu maior diálogo se dá na *dikastèria*, nome atribuído ao tribunal ateniense. E em nome dessa ética socrática, que o exímio filósofo às vésperas de seu julgamento, rejeita uma defesa feita por Lísias, por ter achado uma defesa mais jurídica do que filosófica (CUNHA, 2004).

Atribuiu-se maior valor histórico, à *Apologia* tratada por Platão, pois este além de discípulo de Sócrates presenciara o seu julgamento. Ao contrário de Xenofonte, que nem fora seguidor, tampouco testemunha ocular, permitindo, portanto, a Platão uma melhor captação da memória, intelecto e sensibilidade quase que fotográfica de seu Mestre (CUNHA, 2004).

Expondo as duas principais visões autorais sobre este enigmático filósofo – Sócrates – torna-se possível aduzir pelas convergências entre Platão e Xenofonte. Sócrates mesmo possuindo seus métodos irônicos e maiêuticos, era um filósofo que presava a moral, abstendo-se em defender sua própria vida para defender filosoficamente sua honra e memória póstera.

## 5. A oratória forense

A respeito da oratória no campo jurídico, Oliveira (2013) argui que indagações jurídicas têm-se manifestado desde a década de 50, conquanto à falência do direito positivo, expondo à baila a importância temática da argumentação.

No que tange a Teoria da Argumentação jurídica, em caso *in particulari* decidida sob a ótica do pós-positivismo. Tem-se singular divisão da argumentação em: Formal, material e pragmática. A concepção formal é aposta às ordens problemáticas formais, prevalecendo a lógica dedutiva que pesquisa o desenvolver das premissas para chegar às conclusões. Contudo, a análise lógica mencionada tem a restrição de focar mais nas sistematizações argumentativas do que no próprio conteúdo (ATIENZA, 2005).

Na teorização argumentativa material, verificam-se questões das ciências da moral e do direito, ressaltando a importância para o conteúdo problemático, tendo compromisso: na verdade e idoneidade conclusiva. Por fim, a fundamentação pragmática, caracterizado pelo cunho moral da justificação

jurídica em sua estirpe, necessita de um caminho moral mínimo. Entretanto, cita ainda, que Atienza apontara que, não seria possível ser virginalmente pragmático, uma vez que a argumentação segue vários contextos, cabendo à retórica jurídica efetivar basicamente três funções: primeiramente o trabalho cognoscitivo, em segundo possuir natureza prática, e por fim a qualidade política e moral (OLIVEIRA, 2013).

Entretanto, para Robert Alexy a retórica jurídica relaciona à justificação de julgamentos jurídicos. Que se estruturaria na fundamentação lógica do fato à norma posta, seguindo o raciocínio de que uma opinião séria válida se pudesse ser justificada, caso contrário poderia sofrer controles externos.

Os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos. Dois aspectos da justificação podem ser distinguidos: justificação interna (internal justification) e justificação externa (external justification). A justificação interna diz respeito à questão de se uma opinião segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é o assunto tema da justificação externa (ALEXY, Robert. 2001, p.218).

Assim, em explicações breves e partindo da justificação interna sob o título de “silogismo jurídico”, em que são propostas uma premissa maior, uma menor e a conclusão. Esta é obtida da premissa maior por meio e/ou intermédio da menor. Consoante exemplo oferecido pelo autor: Soldados em missão oficial tem de dizer a verdade segundo consta ó código militar alemão, se o senhor M é um soldado, logo o Sr. M terá de dizer a verdade quando em missão oficial (ALEXY, 2001).

Afirmando que as premissas usadas para justificação interna são assuntos da justificação externa. E tais premissas se distinguem da forma a apresentar: sob as regras das leis positivas, afirmações empíricas e premissas que, não são nem uma tampouco outra. Com intuito de explicar estes três pontos começar-se-á pela justificação de uma norma/regra positivada, explanando-se o que atende aos quesitos de validade legal. Nas premissas empíricas todo procedimento sistematizado é válido, podendo ir desde métodos científicos a raciocínios lógicos (presunção racional). Por fim a chamada “argumentação jurídica” ou “argumentação legal” utilizada para fundamentar premissas que não são empíricas tampouco leis positivadas (ALEXY, 2001).

Tornando-se conspícuo aos olhos, uma conclusão de que, no processo argumentativo jurídico, segue as deduções procedimentais e de raciocínios lógicos, tanto por silogismo quanto por análises formais e/ou materiais, tendo, contudo, qualquer dos métodos aplicados um escopo comum, que é o convencimento do magistrado julgador ou dos populares imbuídos da mesma competência.

## Considerações Finais

A pesquisa apresentou os principais recursos persuasivos utilizados por Sócrates em seu último ato de eloquência ao público grego. A herança maior que este artigo pode deixar é a atenção que se dispôs a um recurso nem sempre valorizado atualmente no meio jurídico. É sabido que para o jurista se destacar não basta ter uma boa escrita, faz-se necessário, também, uma distinta oratória, que contribui de forma incontestada, no convencimento do julgador. Contudo, para analisar com maior labor esta arte de se expressar bem. Fez-se necessário remeter-se a um dos mestres da eloquência.

Não podendo considerar findado, com um simples artigo, uma temática tão abrangente. Mas, pode-se dizer que, o mercado literário, como um grão de areia no deserto, expandiu. Pois, o coletivo se faz de singulares unidos. Assim, mesmo sendo apenas uma literatura, espera-se que sirva de inspiração a outras virão. Fazendo com que se aperceba que a oratória forense é tão essencial tanto quanto outras disciplinas jurídicas, e como tal, deva ser trabalhada e esmiuçada em seu aspecto antropológico-científico.

Portanto, o trabalho contribuiu para a análise da oratória forense proferida por Sócrates em sua defesa, revelando que apesar de ter sido proferida em um tribunal, não perseguia a comprovação de inocência, mas sim da defesa do moral. Além de contribuir para teoria jurídica argumentativa, sem preterir a necessidade que há, de continuar incentivando pesquisas direcionadas a esta temática.

## Referências bibliográficas

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

ARISTÓTELES. **Retórica**. Coordenação de Antônio Pedro Mesquita 2. ed. Departamento Editorial da INCM, 2005.

ATIENZA, Manuel. **Las Razones Del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Sócrates entre a Justiça e a Retórica**. 2004. 128 p. Tese (Mestrado em filosofia) – UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP.

DACANAL, José Hildebrando. **Para ler o Ocidente**. 2. ed. Porto Alegre: BesouroBox, 2014.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Editora Contexto, 2002.

GOTO, Roberto. **O cidadão Sócrates e o filosofar numa democracia**. Pro-Posições (SciELO), Campinas, v. 21, n. 1 (61), p. 107-125, jan./abr. 2010. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072010000100008&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072010000100008&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild. **A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise da teoria de Manuel Atienza**. Justiça do Direito v. 27, p. 132-147 n. 1, jan./jun. 2013.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Tradução de Sueli Maria de Regino. São Paulo: Martin Claret, 2009.



# Experiências empíricas e apontamentos sobre direito e interdisciplinaridade

*Klever Paulo Leal Filho*

## Introdução

A proposta deste ensaio é compartilhar reflexões sobre as dificuldades de trabalhar com perspectivas interdisciplinares a partir do campo do direito e, por outro lado, apontar possíveis aplicações das pesquisas interdisciplinares sobre diversificados objetos sócio jurídicos.

O trabalho, em grande parte, comporta reflexões que se tornaram possíveis a partir do momento em que, desde meus estudos de doutorado, passei a lançar mão do método etnográfico para tentar compreender e descrever a forma como determinados institutos jurídicos são colocados em prática, sobretudo métodos de administração de conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais (cf. FILPO, 2016). Tal aproximação com outras ciências sociais – no caso, especialmente, a antropologia – deu-se por intermédio do Instituto de Estudos

Comparados em Administração Institucional de Conflitos (NCT/InEAC), com sede na Universidade Federal Fluminense, que congrega pesquisadores de diversas instituições de ensino e pesquisa, no Brasil e no exterior, de diferentes formações e níveis de treinamento acadêmico.

Desde então, como uma prática regular de pesquisa no Programa de Pós-Graduação em que atuo, tenho procurado desenvolver projetos – em conjunto com meus alunos e as redes de pesquisa com que dialogamos – os quais necessariamente estimulam essa aproximação entre o direito e outras ciências humanas e sociais, como a antropologia, a sociologia, a psicologia e a educação. Alguns desses projetos de pesquisa foram contemplados com fomento do CNPq e da FAPERJ, tratando, especialmente, de diferentes empregos da mediação de conflitos, em perspectiva empírica e interdisciplinar. Trata-se de um “aprender fazendo”, já que não há manuais que explicam como promover a interdisciplinaridade, nem é comum receber formação específica para isso.

Dentre outros ensinamentos que essa experiência tem me proporcionado gostaria de destacar, como um ponto de partida para estas reflexões, a tendência dos juristas de encararem a administração de conflitos como um assunto propriamente e exclusivamente jurídico, em sentido estrito, cujo sucesso demandaria, tão somente, a habilidosa operação do sistema de justiça e das leis vigentes.

Essa percepção pode ser exemplificada pelo relato de uma experiência: um aluno da graduação em direito, à época, estranhou o fato da comissão de juristas, então encarregada do projeto do Código de Processo Civil (atualmente em vigor, Lei 13.105/2015), ter aberto ampla oportunidade de consultas públicas, até mesmo para os internautas, a fim de que opinassem sobre o texto do Código que estava sendo elaborado. Isso ocorreu por volta do ano de 2011.

Disse esse aluno, na ocasião, que a medida não parecia adequada, já que processo é um tema estritamente jurídico que precisa ser compreendido pelos juízes e pelos advogados, sendo desnecessário que a população como um todo o compreenda ou concorde com as suas regras. E que, dessa forma, somente caberia aos juristas opinar e decidir sobre matéria processual. Ele acreditava que as sugestões teriam pouca utilidade, porque as pessoas comuns “não conhecem nada de processo”.

Na oportunidade, respondi ao meu jovem aluno que a forma como se desenrolam os processos judiciais, a chamada marcha processual, é tema que interessa a cada brasileiro, e também à sociedade como um todo. Afinal, trata-se de um meio legal para alcançar ou ver protegido um determinado direito colocado sob disputa, que tenha se tornado conflituoso, meio este que uma sociedade democrática deve manter ao acesso de todos (recordando Cappelletti e Garth, 1988). Assim, como todos têm direito ao processo, e não apenas os juristas, parecia legítimo, na minha perspectiva, que todos pudessem opinar de forma organizada e democrática sobre a melhor redação para aquele Código que estava sendo gestado.

Deixando de lado todas as outras reflexões que essa experiência poderia proporcionar, chamou minha atenção nessa fala uma perspectiva que não me pareceu ser exclusiva desse aluno. Aquela impressão por ele transmitida de forma tão sincera e direta é, na verdade, uma percepção bastante disseminada entre os estudantes de direito, os quais, de certa forma, no decorrer do curso, são adestrados para pensarem o mundo a partir das normas jurídicas, como se nada mais existisse para além do direito posto. Para cada dúvida, para cada indagação ou perplexidade, o recém-formado em direito acredita ser detentor de todas as respostas. “Mas o STF já firmou posição acerca desse tema...”. Ou ainda: “Basta invocar a lei X e o juiz vai conceder o remédio jurídico aplicável”.

Esquecem-se de que entre o momento e contexto em que a lei é redigida e o momento e circunstâncias em que se dá a sua aplicação prática, vai uma grande distância.

Um exemplo disso são as dificuldades de efetivação do direito à saúde pública universal e gratuita que, no Brasil, tem previsão no artigo 196 da Constituição da República. De acordo com o texto constitucional, trata-se de direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (sobre o tema, conferir ASENSI *et al*, 2013).

Em uma interpretação literal, pode-se concluir que todo brasileiro estaria plenamente amparado em termos sanitários. Contudo, está claro para qualquer pessoa informada que há problemas no momento em que se busca reivindicar efetividade para esse mandamento legal. Problemas como a ausência de recursos ou a má gestão dos existentes entram nesse cenário, cotidianamente, como empecilhos à efetivação desse direito (cf. ASENSI *et al*, 2013). O dispositivo legal, a despeito dos esforços do constituinte, não consegue dar conta do problema da saúde pública. Alguns sustentam até mesmo que aquela prometida universalidade seria a maior causa dos problemas de saúde atuais, no Brasil.

Parece claro, portanto, que o enfrentamento do problema haverá de ser perseguido de forma interdisciplinar. O assistente social a identificar e acompanhar as maiores e mais prementes demandas, propondo projetos de assistência. O economista a propor análises sobre a melhor alocação dos recursos, garantindo a saúde financeira dos entes públicos envolvidos. O jurista a pleitear medidas que possam assegurar o cumprimento da lei, em casos de flagrante omissão. O linguista a identificar e compreender os diferentes discursos

construídos sobre essa temática – inclusive no bojo de decisões judiciais. O antropólogo, a observar e descrever exaustivamente as vicissitudes e dificuldades de quem depende do atendimento público de saúde em uma cidade brasileira.

Essa lista é meramente exemplificativa. Seguindo nesse exercício provocativo seria possível pensar em uma série de abordagens que uma discussão sobre saúde pública pode suscitar. Não apenas fora do universo jurídico, mas para muito além do direito, aproximando-se das fronteiras que ora o “separam” das outras disciplinas. Entre os juristas, contudo, parece não existir horizonte para além da norma jurídica.

Esse fenômeno foi descrito e explicado por Fonseca (2005, p. 11-12), afirmando que o estudo do direito, sobretudo na graduação, tende a voltar-se para si mesmo, sem enxergar benefícios ou, antes, sem conseguir desenvolver a habilidade de estabelecer um diálogo com outras ciências. Trata-se do chamado hermetismo jurídico. Com isso, tem-se um problema, porque o mundo das normas jurídicas é um mundo perfeito: opera de forma prescritiva, no plano do dever ser.

Assim, para citar apenas um exemplo, é possível estudar todo o curso de direito penal e obter conceito máximo em uma prova específica ou no Exame de Ordem sem jamais pisar em uma unidade prisional brasileira. E ser levado a acreditar, sob tal perspectiva, que a Lei de Execuções Penais (LEP) é colocada rigorosamente em prática nesses espaços. Desnecessário tecer maiores considerações sobre como esse pensamento está equivocado – *banho de sol para quem, cara pálida?* Ao mesmo tempo em que promove um engessamento, uma estagnação, a partir do momento em que não se faz necessário promover mudanças naquilo que já parece perfeito – e, em uma perspectiva estritamente normativa, realmente o é.

Por isso acredito que os juristas, **a ciência do direito** e até mesmo a sociedade brasileira teriam muito a ganhar com

o exercício da interdisciplinaridade no campo da pesquisa em direito. Esta se propõe a romper com o hermetismo que é uma característica da formação jurídica no Brasil. E é essa provocação que pretendo fazer nas linhas seguintes.

## 1. Direito e interdisciplinaridade

Fonseca (2005) há décadas vem sustentando que “a visão jurídico-tecnicista, representada pela doutrina dogmática do direito, primou por excluir das análises jurídicas qualquer elemento dito não-jurídico, esperando desse modo garantir a cientificidade do direito”. A expressão “interdisciplinaridade”, para essa autora (FONSECA, 2005, p. 26), diz respeito à “aproximação de pontos de vista de diferentes disciplinas a respeito do mesmo objeto, de modo a obter-se uma compreensão deste, não como exclusivo desta ou daquela ciência, mas como realidade multifacetada”. É algo importante, já que o direito, tanto quanto o fato social que pretende regular, é uma realidade com várias faces. Estas parecem multiplicar-se quando ele é aplicado na prática, como um mecanismo de administração de conflitos concretos.

Fragale Filho (2005), em artigo no qual procura demonstrar “quando a empiria é necessária”, aponta a utilidade das abordagens e metodologias interdisciplinares, sobretudo sócio-jurídicas, dos temas de interesse jurídico. Sustenta que a ausência da pesquisa empírica, à maneira da antropologia e da sociologia, acaba impedindo a habilidade de desenvolver uma crítica aos institutos jurídicos, naturalizando, por exemplo, a ideia de que “o Estado seria o horizonte insuperável de organização da vida humana” (op. cit., p. 329), o que, por tabela, acaba impedindo que sejam observadas e compreendidas as falhas e limitações desse mesmo Estado, suas leis e instituições.

O autor conclui que “o concreto está por todos os lados, à espera de um olhar crítico que nos ajude a entender a importância da regulação e das tecnologias jurídicas” (op. cit., p. 334), e propõe o uso da pesquisa empírica – própria de ciências com a antropologia, a sociologia e a psicologia – como estratégia para alargar o campo de investigação científica no direito. Raciocínio semelhante é trilhado por Kant de Lima (2011), apontando a interdisciplinaridade como um caminho necessário e urgente para a pesquisa em direito.

A despeito dessas falas, a dogmática persiste sendo a tônica da formação dos juristas brasileiros. Ao tratar de dogmática, refiro-me ao estudo, que se pretende científico, das normas e regras postas e vigentes no sistema jurídico. Para Miguel Reale, é o “estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios e tendo em vista a sua aplicação” (2002, p. 16). Nessa perspectiva, portanto, a dogmática tem papel central na formação dos juristas, assumindo conotação positiva.

Contudo, a característica dogmática da formação jurídica pode ser, também, enxergada de forma negativa, ou potencialmente prejudicial, quando passa a fazer enxergar o direito como um fim em si mesmo, como uma máquina que vai operar de forma totalmente independente de todo o resto, ou seja, de todo o contexto social, cultural, político, econômico, em que está inserido. Essa formação dogmática, por sinal, traz sérios entraves às tentativas de fortalecer a pesquisa no direito, no Brasil, na medida em que vai privilegiar as respostas, a certeza, como é próprio de uma atividade prescritiva.

A atividade de perguntar não é a tônica da formação dos juristas, mas sim a atividade de afirmar, solucionar, garantir. Tal *modus operandi* se posiciona, obviamente, em sentido contrário ao que se pretende na atividade de pesquisa, onde a problematização e formulação de perguntas pertinentes sobre os mais variados temas, denunciando a curiosidade do

pesquisador, funciona como ponto de partida, verdadeiro disparador da atividade científica.

E é justamente por meio da atividade científica que se torna possível o alargamento do saber, dentro de uma determinada área do conhecimento. Sem esse elemento não há produção de conhecimento novo, mas mera reprodução.

## 2. Formação jurídica e formação para a pesquisa

Para romper com esse paradigma, inúmeras iniciativas já foram levadas a efeito por pesquisadores e instituições. Por exemplo, em 2004 as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, instituídas pela Resolução 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, inseriram no currículo dos cursos jurídicos conteúdos de antropologia e psicologia. Estes, somados àqueles já existentes de sociologia, ética, ciência política, história, economia (FONSECA, 2005, p. 12), estariam propensos a fomentar nos futuros bacharéis a habilidade de encarar os problemas jurídicos de forma multifacetada, dialogando com as ciências humanas e sociais.

Uma formação dessa natureza poderia proporcionar, para além de um jurista preparado para desenvolver as profissões jurídicas clássicas (advogado, juiz, promotor, delegado), um bacharel acostumado a lançar um olhar crítico sobre a realidade, além de um pesquisador, eis que as atividades de pesquisa também devem ser contempladas na matriz curricular dos cursos de direito. Esse parece ser, contudo, um processo longo e, de certa maneira, algo não tão fácil de ser assimilado pelo estudante de direito, nos cursos de formação – sendo exercitada com maior frequência em cursos de pós-graduação em sentido estrito.

A impressão que tenho como professor de “tópicos de ciências humanas e sociais” em dois cursos de bacharelado

em direito, reforçada pelas impressões colhidas de colegas professores de disciplinas equivalentes em outras instituições, é de que essas disciplinas são, de certo modo, repelidas pelos estudantes, ao mesmo tempo em que, em geral, são consideradas de menor importância até mesmo pelas coordenações de curso. São chamadas de “disciplinas propedêuticas”.

Sabe-se que a expressão “propedêutica” é originária do grego e diz respeito a um curso ou a parte de um curso que fornece elementos básicos para o prosseguimento dos estudos, revestindo-se, por isso mesmo, de importância e certa essencialidade, como é próprio da base de qualquer estrutura. Contudo, no espaço dos cursos jurídicos, sobretudo os que se revestem de tendências mais dogmáticas (“cada curso tem uma cara”, como me explicou um colega, experiente professor), tenho a impressão de que a expressão “propedêutica” ganha equivocada conotação pejorativa, para indicar aquelas disciplinas que, na visão dos alunos “não têm nada a ver com o direito”; “não contribuem para a aprovação no concurso público ou o exame de Ordem”; e que precisam ser logo ultrapassadas “para chegar ao segundo ou terceiro períodos do curso quando se começa a estudar o direito de verdade”.

Com efeito, existe certa dificuldade em identificar aplicação prática-jurídica para os elementos fornecidos pelas disciplinas propedêuticas, o que parece contribuir para um desinteresse generalizado a seu respeito. É evidente a predominância da formação voltada para a lida forense em detrimento da formação científica, nesses cursos.

Embora sem desprezar, obviamente, a importância das abordagens dogmáticas, sobretudo para os profissionais do direito (vulgarmente denominados “operadores”), no aspecto científico parece necessário investir no diálogo entre o direito e outras ciências, especialmente na atividade de problematização dos temas jurídicos. Sobretudo quando o objeto

da pesquisa é complexo e a sua compreensão ou “operação” demanda a interlocução de múltiplos saberes.

### 3. Um exemplo para apoiar nossa reflexão

Tenho que reconhecer que a tentativa de estabelecer esse diálogo entre diferentes campos do conhecimento humano não é simples. Para além das resistências já mencionadas nos parágrafos anteriores, há também uma dificuldade essencial: é que, embora haja um clamor pela ampliação da interdisciplinaridade em todas as áreas (ele não aparece apenas no campo do direito, mas também na educação, na psicologia, na medicina, dentre outras), não existe um roteiro pré-determinado para colocá-la em prática. Não existem manuais capazes de dizer como disciplinas diferentes podem dialogar, simplesmente porque determinismos não são possíveis aqui.

Por outro lado, essa proposta de trabalho exige que cada um abandone sua zona de conforto. Reivindica, por exemplo, que juristas, antropólogos, sociólogos, psicólogos, dentre outros, estejam dispostos ao encontro e ao diálogo, o que não parece ser tarefa fácil, nem uma prática habitual. Por isso tenho pensado em uma interdisciplinaridade a ser construída, por tentativa e erro, a partir de temas ou objetos de interesse comum. As múltiplas abordagens sobre um determinado objeto podem proporcionar pontos de encontro inovadores entre diferentes perspectivas.

Para citar um exemplo, pensemos na mediação de conflitos que tem sido, para mim, um objeto de pesquisa bastante frequente. Esse método de resolução de disputas se revestiu, no Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), do formato de uma audiência, a ser presidida pelos mediadores capacitados pelo Tribunal, observando regras procedimentais próprias e, até mesmo, tendo como norte o Manual de Media-

ção adotado pelo Ministério da Justiça (AZEVEDO, 2012). Tudo isso parece dotá-la de forte caráter dogmático.

Não obstante, o CPC autorizou que qualquer profissional de nível superior, devidamente capacitado, possa desempenhar o papel de mediador em juízo. Esse aspecto, além de ser uma convocação para a interdisciplinaridade, exigirá muito dos profissionais envolvidos nessa atividade dentro do fórum, juristas e não-juristas, em uma interação que ainda poderá ser objeto de muitas investigações empíricas voltadas para descrevê-la e compreender as dificuldades e impasses que surgirão a partir daí.

Contudo, essa estrutura normativa não será capaz de assegurar, por si só, o sucesso na utilização desse método em juízo. Nem mesmo a natureza compulsória da via da mediação (a ausência injustificada à sessão de mediação é agora caracterizada, na lei, como um ato atentatório à dignidade da justiça!) pode garantir que as partes submetidas a essas audiências perceberão melhorias na sua capacidade de dialogar.

Melhor dizendo: a lei pode até determinar que a parte compareça às sessões de mediação; pode regular sobre formas de atuação e de remuneração dos mediadores; pode estabelecer mecanismos de controle estatístico para aferir o sucesso da mediação em juízo, dentre outros. Mas não pode determinar que as pessoas submetidas à mediação celebrem acordos, ou que fiquem satisfeitas com a experiência da mediação, ou ainda que melhorem a sua capacidade de comunicação por intermédio das técnicas mediativas. É que, como já apontei linhas acima, um longo e tortuoso caminho separa o momento da aplicação da lei do momento em que ela é aplicada. E, nesse espaço, entram em cena uma série de fatores, envolvendo emoções, preconceitos, questões culturais, estruturais, econômicas, o grau de intensidade do conflito, dentre outras tantas, que o texto da lei, simplesmente, não é capaz de disciplinar.

Frequentemente tenho me deparado com mediadores frustrados porque não existe, ainda, uma posição clara sobre a forma como serão remunerados para desempenharem as suas funções. Ou porque A ou B desistiram da mediação quando se acreditava que estavam prestes a celebrar um acordo. E advogados que não gostam da mediação, porque não sabem muito bem como se comportar durante as sessões (algumas dessas experiências estão relatadas em FILPO, 2016). Isto é: há uma pretensão jurídica, quase um fetiche, de que a lei vai determinar a realidade. Mas esta se revela assim, tão versátil, tão fluída e indisciplinada, que diante dela o jurista se queda perplexo. Com efeito, há limites para a aplicação da lei, e eles são bem conhecidos de quem milita na advocacia, por exemplo. Mas essas vicissitudes podem surpreender bastante quem tem uma formação estritamente dogmática.

Voltando ao caso da mediação judicial, e diante de tantas perplexidades, a tomada de decisões a seu respeito parece exigir que seja examinada sob outras perspectivas (psicológica, sociológica, antropológica, dentre outras), como procurei demonstrar acima. Eis aqui um caso em que a interdisciplinaridade parece ser necessária. Sem ela, corre-se o risco de que se torne mais uma iniciativa frustrada no campo da administração de conflitos pelo Judiciário, reforçando a distância entre a norma e as teorias jurídicas e a sua prática.

## Considerações finais

A perspectiva normativa ou dogmática é apenas uma das que pode se ocupar de um determinado tema ou fenômeno. Ela não dá conta, sozinha, de permitir a sua adequada compreensão, ou a solução de problemas. Isso pode explicar a frustração dos juristas diante da falência ou ineficácia de

determinados institutos, que são muito bem concebidos do ponto de vista da lei e da doutrina, mas não resistem quando submetidos à prova da realidade.

Um exemplo disso são os Juizados Especiais Cíveis, os quais, segundo alguns estudos de natureza empírica (v. g. AMORIM, 2003), não conseguiram desempenhar o papel ao qual se destinavam, sobretudo pelo enorme número de demandas e pela ineficácia das audiências de conciliação – já que nelas raramente o acordo é obtido, tendo se tornado um problema para a administração dos tribunais estaduais. Outros exemplos foram fornecidos ao longo do texto, dando prova da insuficiência da abordagem dogmática para dar conta da complexidade dos problemas cotidianos.

Perceber, descrever e compreender essas dificuldades, que estão situadas no limiar entre o direito e outras ciências, parece ser urgente e necessário para aperfeiçoar o próprio direito. Há aspectos que não foram e nem poderiam ser objeto de regulamentação. E nem por isso estão necessariamente fora do universo das pesquisas jurídicas. Muito pelo contrário: há incontáveis objetos de pesquisa que estão a desafiar novos métodos de investigação sócio-jurídica, por meio de uma interdisciplinaridade que pode, e por que não, se apropriar de saberes e fazeres que não estão circunscritos dentro dos estreitos limites da dogmática jurídica.

## Referências

AMORIM, Maria Stella de. *Cidadania e jurisdição de direitos nos Juizados Especiais Criminais*. In: \_\_\_\_\_; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, pp. 205-229.

ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. *Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares*. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105/2015 – *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Conflitos não-mediáveis ou conflitos latentes? Aportes interdisciplinares para pensar a mediação em juízo na Lei 13.105/2015*. Revista Juris Poiesis ano 19, nº 19, jan-mai. 2016. Disponível em <<http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/2024/1035>>.

\_\_\_\_\_. *Mediação Judicial: Discursos e Práticas*. Rio de Janeiro: Mauad X/FAPERJ, 2016.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Direito e Interdisciplinaridade*. Revista Veredas do Direito. Belo Horizonte. v.2 , n. 3., p 09-15, janeiro, junho de 2005. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/113/94>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Iniciação à Pesquisa no Direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Quando a empiria é necessária?* Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2005, pp. 323-334.

KANT DE LIMA, Roberto. *Por uma Antropologia do Direito, no Brasil*. In: *Ensaio de Antropologia e de Direito*. KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.



# Direito e representações das identidades no método crítico cultural

*Antonio Cláudio da Silva Neto e Michele da Silva Conceição*

## Notas iniciais

Ainda que as teorias e críticas da cultura possam ser aplicadas a qualquer área do conhecimento, aqui, posicionaremos no campo do Direito, sem deixar de fazer menções aos aspectos literários que precisam ser combatidos. Essa posicionalidade é, sobretudo, elemento constitutivo da teoria do método em crítica cultural. O estudo do método no ambiente em palco, também leva em conta a posicionalidade dos autores para os olhares de suas teorias, que podem ser perspectivados com a crítica da maneira como a cultura é construída. Trata-se do jeito de definir um sentido e combater os perigos que podem haver nos *sistemas de representações e identidades*. A teoria do método ora em comento deve fugir das proposituras teóricas inertes, mas buscar aproximação com as problematizações, uma vez que encontrar problemas é abrir mundos de possibilidades.

Na teoria do método crítico cultural em direito, a pesquisa não pode ser tida como o destino final ou o fato mais importante, mas sim como um conceito dependente, pois até mesmo a ideia de pesquisa deve ser posta em questionamento. A própria teoria do método deve ser questionada. Trata-se de examinar as vertentes que constituem os aspectos culturais. Assim, a cultura se dissolve de uma posicionalidade tão só teórica ou distrativa, e se torna objeto de pesquisa dentro de um contexto histórico-social, tendo em vista que o universo literário não pode se ater apenas a pesquisa. Outrossim, esta teoria do método deve tomar distância da inércia da compilação de dados, descrição do objeto e aplicação da teoria. Pois, embora relevantes à pesquisa, o perigo está em limitar-se a tais atos. Exige-se do pesquisador a investigação de elementos que compõem seus objetos, onde o recorte será o exercício do método crítico.

Em tempo, os caminhos metodológicos adotados para esta discussão se perfazem quase em metalinguagem. Ora, a necessidade de situar as esferas jurídicas, literárias e culturais em um projeto de pesquisa ampliam os aspectos das identidades e representações quando sitos nesses panoramas. Trata-se, sobretudo, de como esta representação é construída em um cenário de prática jurídica, em busca da comprovação de uma indissociável relação entre objetos de arte e ativismo, discurso judicioso e cultura, bem como processo judicial e representações culturais. Com efeito, utilizaremos um estudo de caso, que será abordado no segundo tópico desta pesquisa fragmentada, seguida da crítica cultura posta em perspectiva, à título de exemplificação e aprendizagem significativa.

## 1. Crítica cultural em perspectiva

Para Terry Eagleton, o conceito de cultura deriva da natureza, uma vez que a palavra *coulter*, cognata de cultura, de-

nota a lâmina do arado, para este filósofo e crítico literário, tal ideia traduz a “palavra que mais utilizamos para descrever as mais elevadas atividades humanas, do trabalho e da agricultura, das colheitas e do cultivo” (2000, p. 11). Raymond Williams afirma que “a ‘prática cultural’ e a ‘produção cultural’ não procedem apenas de uma ordem social diversamente construída, mas são elementos importantes em sua constituição” (2000, p. 12). Isto implica na compreensão de que a cultura é agente partícipe da construção social. Dessa forma, os sentidos da cultura são produzidos a partir das constantes modificações sociais, como um sistema de significações em que hábitos são comunicados, reproduzidos, vivenciados e estudados por esferas múltiplas e diversas.

Ao atentar para a temporalidade, encontra-se nos estudos culturais importante liame com os sujeitos trazidos à baila. Dessa forma, Culler (1999, p. 49), ao citar a genealogia dos estudos culturais modernos, aponta que esta vem a priori do estruturalismo francês dos anos 60. Neste sentido, o autor encontra em Roland Barthes, através da publicação de “Mitologias”, em 1957, a possível tentativa de desmistificar o que em cultura passa a ser natural e, ainda na análise de práticas culturais, perceber as convenções subjacentes e suas implicações sociais. O tempo é o ponto de encontro, já que no mesmo período histórico o movimento de contracultura hippie entra em ascensão. O que se percebe é uma onda mundial de movimentos em diversas áreas sociais e do conhecimento intuídos em contestar a ordem até então estabelecida.

Nesse sentido, a genealogia pode ser apontada como um instrumento propício a legitimar as investigações propostas pelo pesquisador. Ao revisitar sua história, este se torna capaz de questionar e entender a posicionalidade que o ocupa. Verifica-se um movimento de inversão, uma vez que não só o sujeito é capaz de determinar o seu lugar de fala, mas a própria

fala também é passível de posicioná-lo diante das dimensões epistemológicas. A inversão é igualmente o liame da construção de sentidos e contestação das lógicas hegemônicas, assim como o memorial emancipa o potencial do sujeito de pesquisa. Isso, na crítica cultural, só se torna possível por meio da cultura da linguagem. Considerando que o homem é sujeito da linguagem, esta será determinante na sua posicionalidade.

Giorgio Agamben, em *Infância e História*, defende que a infância é a fratura que separa o humano e a linguagem, ou seja, no fato do homem não ser, desde o seu começo, um sujeito falante. Tem-se deste autor, que a linguagem também é hoje responsável pela experiência, pois à medida que antigamente esta era o cotidiano passado de geração a geração, atualmente há um enfoque nas palavras em relatos. Ao apontar que a história transcendental constitui o limite e a estrutura a priori de todo conhecimento histórico, o autor traz que “devemos representar-nos a relação com a linguagem de uma experiência pura e transcendental que, como infância do homem, esteja liberada tanto do sujeito como de um todo psicológico” (2008, p. 62). Neste sentido, menciona que a experiência é a diferença entre humano e linguístico.

Extraí-se de Agamben que, se é através da linguagem que o sujeito encontra sua origem e o seu lugar, na linguagem e apenas na linguagem o homem se constitui como sujeito. O exercício a ser feito é o jogo lógico de que, se a experiência é a condição para o homem entrar na história, e esta se substantia na linguagem, é na linguagem que este vai representar sua posicionalidade. Assim, o homem moderno tem condições de experimentar e transmitir experiências, na perspectiva de que o sujeito transcendental também só se torna possível através da linguagem. Ao tempo em que esta tem um lugar de possibilidades, conforme o autor supracitado, a mesma pode ser ainda um lugar de infantilização, quando

surge a necessidade de expropriar a experiência da infância. Neste caso, devem-se ser cortadas as formas de representações de si e criar novos significados através da linguagem.

Através destas questões, é possível perceber a indissociável função da linguagem no campo da existência. Por ora, a experiência se mostra determinante na posicionalidade dos sujeitos de pesquisa diante de seus objetos. Isso não quer dizer que o pesquisador legítimo é apenas aquele que se volta para o seu contorno social, mas que seu posicionamento influenciará diretamente na sua percepção sobre o trabalho. Sobretudo, a experiência e a linguagem são ferramentas indispensáveis para a teoria do método em crítica cultural, pois atuam na seara da contestação, do questionamento, na inversão de sentidos, na ruptura com os problemas da identidade e da representação. Até os recursos da interpretação se lastreiam na experiência. A pesquisa, enquanto situada na cultura da linguagem, carece de interpretação que, por sua vez, se mostra dependente da posicionalidade do seu operador.

Gilles Deleuze e Félix Guattari (1995) apresentam uma metáfora biológica que nos permite compreender o conhecimento como um emaranhado de possibilidade. Neste sentido, apontam para o Princípio da Multiplicidade. Trata-se do Rizoma, conceito biológico da botânica que desenha raízes com ramificações emaranhadas que não conseguimos saber onde e como começa e termina. Assim, os teóricos enxergam o conhecimento desta maneira, um sistema aberto, pertencente a múltiplas entradas que conectam e mapeiam, onde não é possível se determinar um final, pois está em constante construção. Essa teoria nos permite repensar o método, onde se deve priorizar as práticas pensantes de maneira crítica, no qual a multiplicidade se manifesta na composição do conhecimento.

Se a linguagem é objeto de poder, a organização da ordem social se mostra resultado de construções discursivas.

À medida que esta organização é representada na sociedade civil por meio da figura do Estado, as leis são utilizadas como regulamentações dos interesses deste. Desse modo, os legisladores se utilizam da linguagem para produzir sentidos de acordo com as suas posicionalidades. Aqui se verifica uma das possibilidades da perda da experiência. Ou seja, um país que vivenciou um período de exercício supremo das forças militares se vê atualmente diante de imposições sociais que contestam o interesse de maior parte da sua população. Os aparelhos do Estado são capazes de destruir a experiência, bem como o direito é constantemente destruído por forças que atravessam o fetichismo do mercado.

## 2. Direito e representações das identidades

Toma-se como ponto de partida as observações das narrativas que compõem o documentário “Malucos de Estrada – Parte II: Cultura de BR”. Este se propõe a “uma primeira abertura sobre alguns dos conceitos que norteiam a cultura da malucada” (LAGE, 2015). Com direção de Rafael Lage, pesquisador e vivente das práticas que circundam o universo dos “malucos de estrada”, e produção do Coletivo Beleza da Margem, o documentário participa das ações de enfrentamento intuídas em trazer à baila discussões sociais sobre a marginalização desses artistas.

As práticas de deslocamento escancaram as cenas iniciais: trilhos, estradas, avenidas, asfaltos, mochilas, bicicletas e o artesanato. Nesse cenário, a atenção é voltada para um elemento marcante dentre os característicos dos “malucos de estrada”, a condição de transeunte – estar de passagem. Não é à toa que, ao longo do vídeo, as legendas apontam localizações sempre distintas e distantes, demonstrando que os “malucos” percorrem as estradas de todos os estados brasileiros, mas não sem exceção, já que há quem escolha fixar residência.

Ora, na medida em que se trata de autorrepresentações por intermédio de narrativas sobre o que se é, tentar estabelecer um conceito para “malucos de estrada” seria castrar o objetivo tanto do documentário quanto desta pesquisa, tendo em vista ainda que a identificação com a expressão “maluco” nasce do necessário distanciamento de nomenclaturas que não alcançaram as transformações desses sujeitos. Posto isso, ao considerar a identidade como “um conceito de referência, de circunscrição da realidade a quadros de referência, quadros esses que podem ser imaginários” (1996, p. 70), Félix Guattari e Suely Rolnik apontam para uma problemática pertinente a esta discussão:

Me parece que os conceitos de cultura e identidade cultural são profundamente reacionários; a cada vez que os utilizamos, veiculamos, sem perceber, modos de representação da subjetividade que a reificam e com isso não nos permitem dar conta do seu caráter composto, elaborado, fabricado, da mesma forma que qualquer mercadoria no campo dos mercados capitalistas (1996, p. 70).

George Yúdice, fundamentando-se nas ideias que Foucault situa na virada do século XVIII e início do século XIX, traz que, com o surgimento da episteme moderna, “a representação não é mais adequada para o exame dos assuntos da vida, do orgânico e da história” (2006, p. 52), porquanto tornou-se necessário uma “profundidade” ou “densidade ensimesmada” onde subestima-se a importância das identidades e de personagens distintos, e eleva-se as “grandes forças ocultas desenvolvidas a partir do seu núcleo, origem, causalidade e história, primitivos e inacessíveis” (2006, p. 52).

Para este autor, o conhecimento moderno incide do “desvelamento dos processos primários que espreitam nas

profundezas, debaixo das manifestações superficiais da ideologia da personalidade e do social” (2006, p. 52). Isto leva a compreender a relação entre a representação, como junção de palavras e coisas apropriadas para o mundo ordenado do soberano, e as formas de exercício do conhecimento disciplinar nas estruturas da governabilidade. É também através da identidade que o governo exerce seu poder disciplinador.

Yúdice aponta que a crise da autoridade das grandes narrativas não é uma novidade da pós-modernidade, ao tempo em que sugere uma ampliação da periodização arqueológica de Foucault para propor uma quarta episteme, com base na relação entre as palavras e o mundo que resulta das epistemes anteriores, a saber: semelhança, representação e historicidade; combinando-as, levando em consideração a força constitutiva dos signos. “Alguns caracterizam essa força como simulacro, ou seja, um efeito da realidade baseada na processão do modelo” (2006, p. 53).

É nesse sentido que Yúdice apresenta o termo “performatividade”, pois segundo ele, “se refere aos processos pelos quais identidade e entidades da realidade social são constituídas pelas repetidas aproximações dos modelos, bem como por aqueles resíduos (exclusões constitutivas) que são insuficientes” (2006, p. 53). Os modelos aos quais o autor faz referência dizem respeito aos sistemas normativos. Destarte, a proximidade da globalização com diversidades culturais instiga a performatividade a medida em que questiona as instituições normativas.

Para Yúdice, “os princípios da inteligibilidade inscrevem não somete o que é materializável, mas também zonas de inteligibilidade que definem as exclusões constitutivas” (2006, p. 53). Assim, a performatividade elaborada por Butler traz a disputa entre princípios diferentes de inclusão e exclusão, quando, ao conferir caráter e conteúdo a uma lei que assegura os limites entre o dentro e o fora da inteligibilidade simbólica significa apropriar-se da análise social e histórica. Eis

a interface de Butler entre o sujeito individual e a sociedade, conforme nos ensina Yúdice.

Ademais, as forças performativas que operam os sujeitos e a sociedade, são responsáveis por conectá-las, ou para convergir as diferenças que as constituem e singularizam, ou para rearticular o ordenamento social. Dessa forma, Yúdice afirma que “tanto os indivíduos quanto as sociedades são campos de forças que constelam a multiplicidade” (2006, p. 54). Contudo, segundo este autor, forças hegemônicas controlam a multiplicidade de “diferenças instáveis” que constituem a “impossibilidade da sociedade”.

Implica salientar ainda que os malucos de estrada têm resistido a uma série de ataques institucionalizados no intuito de defender seus modos de vida. Isto se deve a um histórico de repressão das autoridades pública contra as suas atividades, postura esta contraposta por práticas de resistência. Tais reivindicações têm como argumento o fato de estarem habilitados como atores de uma expressão cultural nacional e, por este motivo, pretendem ter seus direitos reconhecidos. Uma pequena amostra das lutas cotidianas contra os abusos estatais finda o documentário, validando-o como uma possível porta de entrada para uma nova produção. Um fiscal do município de Campo Formoso/MS, enquanto apreende os instrumentos de produção dos malucos de estrada, anuncia que estes “têm de ver uma maneira de vocês trabalhar em outro local, porque ali essa guerra não vai parar” (60’30”).

Dois observações precisam ser feitas aqui. A primeira diz respeito aos sistemas de representações na seara do direito processual. Ou seja, a maneira como as expressões culturais são representadas em ações processuais que digam respeito aos seus interesses. O exemplo retoma o caso dos “malucos de estrada”. Trata-se de uma ação civil pública<sup>64</sup> em desfavor do município

---

64. Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.128973-0/001. Comarca de Belo

de Minas Gerais/BH que deferiu liminar pleiteada para permitir os “artesãos de rua e *hippies*” o exercício de seu direito a expressão artística e cultural no neste local, podendo confeccionar e expor suas peças e objetos artísticos em via pública, tendo em vista proibição por ato administrativo. Ao tempo em que assume uma representação do sujeito no cenário judicioso, é possível identificar que as nomenclaturas utilizados não correspondem a identificação dos “malucos de estrada”, embora se trate dos mesmos, o que no campo da performatividade, se torna possível de compreender as complexidades para que as especificidades do caso sejam levadas em consideração.

A segunda observação faz jus a crítica cultural diante dos problemas apresentados. Enquanto método na direito, a questão diz menos respeito aos aspectos contenciosos do que os passíveis de modificações. É judicioso falar que o direito precisa proporcionar aos sujeitos suportes de expressões culturais, ambientes processuais capazes de dimensionar sua performatividade, até mesmo para que as exclusões constitutivas destas identidades sejam representadas de maneira a abranger os aspectos relevantes em uma decisão judicial lastreada na equidade. Também neste sentido, processos judiciais que carregam o teor deste exemplo, carecem de pesquisas e diálogos direitos com os sujeitos. Mostrando-se, o método crítico cultural, pertinente as transformações sociais e garantias constitucionais que podem ser efetivadas com estas demandas, sendo a liberdade de expressão artística é protegida no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

---

Horizonte. Agravante: Município Belo Horizonte. Agravado: Defensoria Pública Estado Minas Gerais. Interessado: Estado de Minas Gerais.

## Algumas Conclusões

Em Semiologia e Gramatologia, entrevista de Julia Kristeva a Jacques Derrida, este trabalha com o “grama” como novo conceito de escrita. Para Derrida, é necessário que as rasuras produzam sentido, propondo uma abrangência maior ao significante e ao significado, ao tempo que estabelece estratégias metafísicas, defende que há uma “marca” no lugar entre a fala e a língua, posto que tenha esta como um fenômeno social. Para este autor, a coisa esquecida abre possibilidade de imergir. Assim, o “grama” é o entre-lugar, nem uma coisa, nem outra, sem determinantes, mas um lugar de possibilidades. Já em Posições, Derrida apresenta a linguagem como horizonte das pesquisas e dos discursos heterogêneos em intenção, método e ideologia. Neste sentido, traz o “différance” para propor a desconstrução da metafísica ocidental. A subversão da ordem lógica, a repetição como irredutível da identidade.

Com efeito, os panoramas das identidades e representações revelam os caminhos metodológicos a serem adotados na busca pela ampliação do debate da metalinguagem nas esferas jurídicas e culturais. O “grama”, enquanto entre-lugar nesta pesquisa, anota, de maneira contundente, as mais variadas necessidades que podem ser supridas através do método crítico cultural em direito. Ainda, o estudo de caso apresentado demonstrou uma aprendizagem significativa no cenário jurídico estruturado em arte, ativismo, discurso e cultura, além do processo judicial e representações culturais. Disso, compreende-se que a linguagem é vislumbrada nas mais diversas expressões culturais, na busca de interesses e, portanto, é um objeto de poder em sociedade.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_, Giorgio. *Infância e história: Destruição da experiência e origem da história*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CULLER, Jonathan. *Teoria Literária: uma introdução*. São Paulo: Beca Produções Culturais Ltda., 1999.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Introdução: Rizoma*. In *Mil Platôs (Capitalismo e Esquizofrenia)*. Vol. 1. Editora, 34, 1ª Ed. 1995.
- EAGLETON, Terry. *A Ideia de Cultura*. 1. ed. Lisboa: Temas e Debates, 2003.
- GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: Cartografias do desejo*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.
- LAGE, Rafael. *Malucos de estrada: Parte II – Cultura de BR. Brasil: Coletivo Beleza da Margem*, 2015. Disponível em: <[https://youtube.com/watch?v= FkNQzEck-vF0](https://youtube.com/watch?v=FkNQzEck-vF0)>. Acesso em: 15 de abr. de 2018.
- YÚDICE, George. *A conveniência da cultura: usos da cultura na era global*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

# **TEMAS DE VANGUARDA**



# As criptomoedas e os desafios regulatórios e fiscais

*Diogo de Castro Ferreira*

## Introdução

O hiato temporal existente entre o surgimento da moeda física e o advento do cartão de crédito permitiu que as alterações no ato de compra e venda fossem sendo assimiladas paulatinamente. O mesmo não se pode dizer a respeito do que vem no bojo das recentes inovações tecnológicas, visto que atualização e defasagem ocorrem quase que simultaneamente. Apesar de a tecnologia ser parte indissociável da vida social, há fenômenos ainda pouco abordados no âmbito jurídico brasileiro, justamente pela dificuldade encontrada em acompanhar a dinâmica dos mesmos. Um desses fenômenos são as moedas digitais.

Com isso, o presente artigo busca abordar os desafios oriundos do surgimento das criptomoedas<sup>65</sup>, moedas digitais e paralelas. Essas moedas vêm sendo cada vez mais

---

65. Etimologia: do grego *criptos*, que significa “escondido”, “secreto”.

utilizadas por pessoas ao redor do mundo como forma de pagamento em transações de bens e serviço.

A partir desta constatação, pretendo abordar o assunto a partir de três eixos principais. Em um primeiro momento, faremos uma breve abordagem histórica das moedas e traremos um conceito fora do direito para as criptomoedas. Sequencialmente, trabalharemos com o primeiro desafio – de ordem conceitual – que se apresenta da seguinte maneira: como definir juridicamente um fenômeno extremamente complexo e multifacetado? Nesse tópico é possível observar os múltiplos tratamentos dados por diversos países e os riscos de adoção de uma definição “engessada” para o fenômeno.

Outro desafio que será enfrentado consiste na enorme dificuldade em se definir mecanismos efetivos de fiscalização das criptomoedas. Em nosso contexto de imensa volatilidade do capital em um mundo globalizado, haveria soluções internas efetivas, ou os países terão que montar redes de cooperação para que haja um efetivo controle fiscal das operações que utilizam esse tipo de moeda?

A partir de um referencial, delineado pelas transformações teóricas e práticas a respeito da concepção sobre o dinheiro, especialmente o virtual, o presente artigo busca abordar os novos desafios que surgem com o advento das moedas criptografadas. Pretende-se fazer um esforço a fim de desvendar possíveis caminhos a serem adotados na fixação de parâmetros de definição de sua natureza jurídica, utilizando como exemplo o caso brasileiro e de outros países, bem como refletir sobre as formas de tributação com base no ordenamento jurídico pátrio e os enormes desafios fiscais impostos aos países ao redor do mundo.

## 1. Conceito e aspectos históricos

Moeda ou dinheiro, em sentido amplo, é algo que as pessoas consideram possuir a capacidade de representação de outros elementos em trocas sistemáticas de bens e serviços. Antes do surgimento desse elemento de trocas, o escambo era o meio usual através do qual as transações ocorriam. Uma pessoa em um vilarejo possuía trigo, mas necessitava de sandálias, então ela buscava outra que produzia ou detinha um excedente de sandálias, mas precisava de trigo, e a troca era feita. O maior problema de um modelo econômico baseado em transações de bens e serviços que possuem valores intrínsecos é a falta de padronização dos meios de troca, bem como, em muitos casos, a perecibilidade e a dificuldade de armazenamento do objeto a ser transacionado. Além disso, era necessário conciliar o interesse das partes e ficar à mercê de bens e serviços que, por vezes, detinham baixa liquidez.

Um avanço extraordinário na história monetária surge quando o ser humano passa a adotar dinheiro desprovido de valor intrínseco. O primeiro registro histórico desse avanço surgiu na antiga Mesopotâmia e está relatado no Código de Hamurabi, talhado em rocha em aproximadamente 1772 a.C. O referido documento elenca leis escritas que demonstram que, à época, já se usavam os conhecidos siclos de prata em transações financeiras. Os referidos siclos não eram moedas, mas sim 8,33 gramas de prata. O referido avanço marca a transição da utilização de bens com valor intrínseco, como o trigo, por exemplo, que serve como alimento, para a de objetos com valores convencionados pelo homem.

Hoje, após o surgimento da economia moderna, da adoção de um sistema monetário amplo e, principalmente, do imenso marco que foi o advento do crédito, a dinâmica do mercado mudou completamente e as transações com moedas físicas foram praticamente substituídas por dinheiro digital. Hoje utilizamos os cartões de crédito e débito, pagamos con-

tas com um toque em nosso smartphone e compramos ações de outros países com um clique em nosso home broker. A virtualização do dinheiro o tornou volátil, criando para os Estados modernos novos dilemas, principalmente no campo da tributação. Nesse contexto que mistura a tecnologia com o mercado moderno é que surgem as criptomoedas.

As criptomoedas, como o próprio nome diz, são viabilizadas por um sistema de métodos criptográficos que, por sua vez, são expressos por técnicas que possibilitam a proteção de dados transmitidos e armazenados, a partir da transformação de informações legíveis em códigos ininteligíveis. Desta forma, os avanços tecnológicos nas áreas da informática, com o advento da rede mundial de computadores, a internet, bem como e das comunicações, permitiu o surgimento de moedas desregulamentadas e descentralizadas. Exemplifica-se esta modalidade monetária tomando uma famosa ferramenta de compra, o bitcoin. Em termos técnicos:

O bitcoin utiliza a tecnologia de um sistema de registro de transações em rede de dados peer-to-peer (P2P), conhecida como blockchain, ou cadeia de blocos, para ser transferido, comprado e vendido, sem necessidade de autenticação e verificação de uma terceira parte. Trata-se, pois, de uma criptomoeda, como outras menos conhecidas - litecoin, worldcoin, olidcoin, ixcoins, coinbuck, betacoin, tenebrix. zcash, para citar algumas dentre as mais de mil que existem agora, segundo alguns levantamentos. Uma das suas características básicas é não contarem com uma autoridade central responsável pela liquidação e compensação das transferências realizadas, a partir de mecanismos institucionalizados. A tecnologia utiliza enigmas computacionais da criptografia para regular

e limitar a criação de bitcoins, assegurar o anonimato dos participantes e registrar as transações realizadas em um livro-caixa contábil (ledger), como forma de impedir o gasto duplo ou mesmo ilimitado da moeda, ou seja, que um usuário possa gastar o mesmo bitcoin mais de uma vez. É, portanto, um sistema de pagamento e um sistema de registro de transações inovador, descentralizado e privado, com grau de segurança bastante elevado, mas sem salvaguardas ou garantias do Estado (CARVALHO et al., 2017, p. 3).

Antes de avançarmos na conceituação das criptomoedas, faz-se pertinente fixar a premissa segundo a qual a concepção de moeda vai além de mera imposição estatal. Soma-se a isso o fato de que o fenômeno expresso nesse conceito é de cunho social, pois moeda é algo amplamente reconhecido como detentor de valor para fins de ser usado em trocas de bens e serviços. Atenta-se para a indagação de Fobe a esse respeito e para a sua respectiva consideração:

Afinal, o que efetivamente constitui uma moeda? O que define um instrumento como sendo suficiente para carregar, em si, um valor reconhecido por determinada sociedade? A proposta que se defende é que, além de uma mera imposição estatal, a moeda é, antes de tudo, um fenômeno social. É o reconhecimento por uma comunidade que faz com que certo meio circulante tenha valor e seja amplamente aceito para intermediar trocas e transações (FOBE, 2013, p. 6).

Além disso, é importante também pontuar alguns aspectos conceituais importantes acerca das moedas virtuais e criptomoedas. Nesse sentido, verifica-se que:

Há uma certa confusão terminológica entre as três denominações (digitais, virtuais e criptomoedas) que pode vir a dificultar a apreensão das características específicas a cada uma. Em termos gerais, pode-se identificar uma evolução tecnológica a partir das moedas digitais originalmente concebidas até as criptomoedas, dentre as quais o Bitcoin é apenas um exemplo. A seguir, foi desenhada uma proposta de diferenciação que leva em consideração especificidades de cada tipo monetário. Tanto as moedas virtuais quanto as criptomoedas são exemplos de moeda digital, uma vez que ambas precisam do suporte da rede para garantir sua circulação. Suas transações não ocorrem, portanto, sem que os usuários estejam conectados à internet (FOBE, 2016, p. 47).

Fobe concorda que moedas virtuais e criptomoedas são exemplos de moeda digital, visto que ambas necessitam do suporte da rede para garantir sua circulação. Suas transações não ocorrem, portanto, sem que os usuários estejam conectados à internet (FOBE, 2016, p. 47). Nesse sentido, a característica principal do referido tipo monetário, além do suporte de rede necessário, é o seu alcance global.

Podemos inferir que o principal elemento diferenciador entre moedas virtuais e criptomoedas está no fato de haver ou não um ente central que exerce controle:

Moeda virtual seria, assim uma generalização que engloba desde sistemas de pontuação oferecidos por lojas (bônus cujo valor é estabelecido por um ente central – um supermercado, por exemplo – e cuja utilização resume-se aos bens disponíveis naquele contexto – ou seja, os pontos não podem ser trocados

por dinheiro no caixa, eles têm de ser trocados por produtos) e valores acumulados em jogos de RPG online, até o próprio Bitcoin (FOBE, 2016, p. 51).

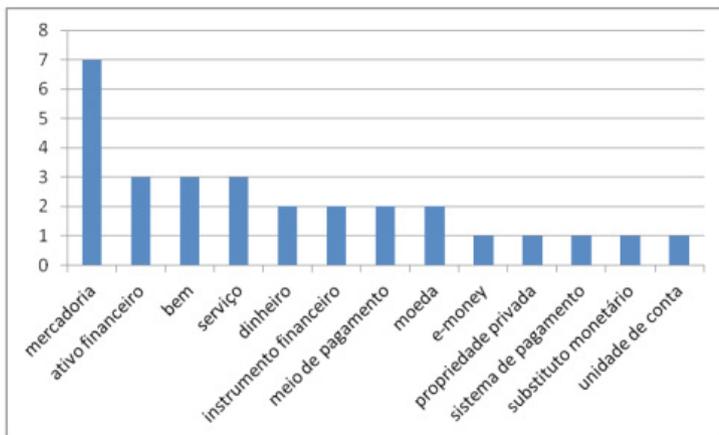
As abordagens conceituais são importantes para que alocuemos o objeto de análise no seu devido horizonte a fim de que receba a ponderação que lhe é cabida. Desta maneira, é preciso que fiquem claras as implicações existentes no que tange às criptomoedas e às moedas virtuais.

Desta forma, em uma primeira análise – ainda fora do direito –, sem pretender abordar uma definição exaustiva, partimos de aspectos técnicos e sociológicos para fixar o conceito. Assim, é possível conceituá-las como espécie do grupo moedas paralelas, pois não possuem a chancela do Estado. De igual modo, também é possível considerá-las moedas digitais, dado seu caráter de necessária relação de dependência com a internet.

## 2. A natureza jurídica das criptomoedas e os desafios conceituais

As primeiras discussões acerca da natureza jurídica das criptomoedas estavam focadas no reconhecimento ou não de seu caráter monetário. Hoje, porém, tem-se adotado um enfoque mais pragmático e direcionado à regulamentação desses ativos. Fato é que existe enorme controvérsia acerca dessa natureza jurídica, não apenas no Brasil, mas também no resto do mundo.

Em sua dissertação, Fobe relata que, dos vinte e nove países que se manifestaram de maneira formal ou informal sobre a natureza jurídica das criptomoedas, ao menos treze categorias distintas foram observadas, conforme demonstra o gráfico abaixo (FOBE, 2016, p. 71):



*Gráfico 01: Classificações jurídicas atribuídas ao Bitcoin, por número de países. Fonte: O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos.*

A definição da natureza jurídica das criptomoedas é algo de suma importância para fins de definições acerca da sua tributação, da sua não tributação e, em caso de tributação, para delimitar quais tributos incidirão. No Brasil, ainda não há um marco regulatório acerca das criptomoedas. A Receita Federal do Brasil foi a primeira a se manifestar sobre a discutida natureza jurídica, atribuindo o caráter de “ativo financeiro” para fins de incidência do imposto de renda. Há menção expressa sobre isso no manual de perguntas e respostas do órgão referente ao imposto de renda pessoa física do ano de 2018:

447 – As moedas virtuais devem ser declaradas? Sim. Moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moedas nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na ficha “Bens e Direitos” como “outros bens”,

uma vez que podem ser equiparadas a ativos financeiros. Elas devem ser declaradas no valor da aquisição (BRASIL, 2018, p. 182).

Desta forma, surge o primeiro desafio: o de cunho fiscalizatório. Como lidar com os diferentes tratamentos dados pelos países a esses ativos em um mundo cada vez mais globalizado, com transações virtuais e dinâmicas e, não menos importante, em um contexto de altíssima volatilidade do capital? Será que uma fiscalização nacional será suficiente, tendo em vista que as transações ocorrem de forma criptografada e na rede mundial de computadores? Como definir a natureza jurídica de um ativo tão complexo e mutável? Poderia uma definição engessada deixar de fora elementos importantes das criptomoedas e até mesmo criar entraves no próprio ato fiscalizatório?

Não pretendemos, aqui, responder a essas perguntas, pois navegar pelas respostas demandaria uma análise muito mais ampla. Não obstante, a identificação dos desafios é um passo inicial e significativo para que pensemos sobre quais caminhos deverão ser seguidos. Nesse sentido, é justificável que seja compreendido o contexto histórico e tecnológico atual para que possamos pensar em respostas eficientes.

Na tentativa de vencer as aparentemente intransponíveis barreiras impostas por um mundo tecnológico e globalizado, em que o capital, em suas variadas formas, flui com apenas um clique, os Estados vêm buscando formas de cooperação. Um dos exemplos notórios no âmbito fiscal é o plano de ação BEPS<sup>66</sup>, termo que representa esquemas agressivos de planejamento tributário com a finalidade precípua de transferências de lucros para os países considerados paraísos fiscais, ou

---

66. BEPS é um acrônimo derivado do termo em inglês *Base Erosion and Profit Shipping*, que em português significa Erosão de base e transferência de lucros.

seja, que possuem uma baixa ou inexistente tributação. O objetivo principal desse plano, que surgiu em 2013, traçado pelos países da OCDE, é o desenvolvimento de estratégias e políticas que, de maneira integrada internacionalmente, sirvam para reduzir a evasão fiscal em escala global.

No mesmo sentido de combinação de esforços entre países, dessa vez para contornar o anonimato virtual e restringir a liberdade total possibilitada pelo ciberespaço, surge a iniciativa ITOM, *Illegal Trade on Online Marketplaces*, liderada pela Holanda em conjunto com os Estados Unidos e a União Europeia. Trata-se de um plano financiado pela UE e executado por polícias especiais como a Europol (UE), a Eurojust (UE), o FBI (EUA) e a BKA (Alemanha). O objetivo principal dessa iniciativa é o de reduzir o cyber-anonimato e tornar possível o rastreamento de usuários que se escondem na rede para praticar atividades criminosas. O plano possui três eixos, sendo o último deles especificamente o Bitcoin (FOBE, 2016, p. 76).

Atento a essas questões, mas sem avançar no aspecto de elaboração de um plano estratégico, o Banco Central do Brasil, em 19 de fevereiro de 2014, emitiu o Comunicado nº **25.306**, esclarecendo sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas (BACEN, 2014). No âmbito do Congresso nacional, sobre o tema, tramita o PL 2.303/2015. O referido projeto demonstra como a complexidade do assunto das criptomoedas pode ser um entrave no desenvolvimento de leis eficazes e com amparo na realidade fática por parte do legislativo. Sua ementa “*dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de millagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central*” (BRASIL, 2015). Em resumo, o conteúdo da proposta consiste em regular o mercado de criptomoedas da mesma forma com que é regulado o mercado de cartões.

A proposta apresenta dois graves problemas: o primeiro de natureza regulatória, uma vez que a regulamentação proposta seria inviável, uma vez que se apresenta inadequada frente à dinâmica de utilização das criptomoedas. O segundo se dá no aspecto teórico, uma vez que há atribuição da natureza jurídica de “arranjos de pagamento”, conceito engessado e que não abrange a multiplicidade de possíveis usos das moedas criptografadas, como veremos adiante.

Desta forma, surgem dois grandes desafios que levantaremos na nossa abordagem. Primeiramente, qual caminho deverá seguir o Brasil na conceituação jurídica das criptomoedas para fins de tributação, hoje consideradas pela Receita Federal como ativos financeiros, uma vez que os criptoprotocolos assumem múltiplas funções? Um conceito estanque e engessado não seria limitador e distante da essência tecnológica e multifacetada de *software open source*<sup>67</sup>, real identidade do objeto regulamentado? Internamente, seria possível estabelecer mecanismos eficientes de fiscalização das operações envolvendo as moedas criptografadas, ou essa efetividade estaria atrelada a medidas de cooperação internacional?

### 3. A tributação das criptomoedas no direito brasileiro e os desafios fiscais

Como já comentado, a Receita Federal do Brasil foi a primeira instituição a se manifestar de forma oficial acerca da natureza jurídica das criptomoedas, dando a elas o *status* de ativo financeiro. Desta forma, seria inegável a incidência de imposto de renda.

---

67. *Open source* é um termo em inglês que significa código aberto. Isso diz respeito ao código-fonte de um software, ou programa, que pode ser adaptado para diferentes fins.

Apesar de, juridicamente, não serem consideradas moedas – e não existir, portanto, cotação por um órgão oficial – as criptomoedas são tidas como bens de valor econômico e possibilitam o acréscimo patrimonial em eventual venda, por exemplo. Dessa forma, nos termos do art. 153, inciso III, da Constituição Federal e art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), o Imposto de Renda incidirá sobre o acréscimo patrimonial, que é tido pela legislação como a aquisição de renda.

É possível também que haja a incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação. Pois, nos termos do artigo 155, I e § 1º, da Constituição e artigos 35 a 42, do CTN, pode-se constatar que o seu fato gerador é **a transmissão causa mortis** e a doação de quaisquer bens ou direitos (BRASIL, 1988; BRASIL, 1966). Desta forma, pelo fato de a criptomoeda possuir a qualidade de “ativo financeiro”, sendo dotada de valor econômico, pode ser tributada pelo referido imposto estadual de duas formas: quando houver a transmissão a título gratuito, por meio de uma doação, ou quando houver a transmissão desses ativos para herdeiros, diante da hipótese de transmissão *causa mortis*.

Outra possibilidade que se discute é a de incidência de ISS sobre a intermediação de compra e venda de moedas criptografadas. E isso porque, uma vez que no item 10.02 da lista anexa do ISS, encontramos o seguinte fato gerador: “*agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer*”<sup>68</sup>.

Para aqueles que defendem a natureza jurídica de moeda alheia ou paralela ao sistema financeiro nacional, poderíamos estar, inclusive, diante da possibilidade de incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

---

68. Cf. <[http://191.209.62.194:8080/issweb/temp/Cnae\\_X\\_Item\\_Lista\\_Servicos.pdf](http://191.209.62.194:8080/issweb/temp/Cnae_X_Item_Lista_Servicos.pdf)>. Acesso em: 8/4/2018.

Por fim, é necessário pontuar que nenhuma dessas questões está fechada, uma vez que a própria natureza jurídica das criptomoedas é discutível no direito brasileiro e comparado, carente de um marco regulatório que a defina em nosso país. No Brasil, o debate mais comum gira em torno da conceitualização como moeda, ainda que paralela, ou bem. Após sua manifestação sobre o tema em 2014, o Banco Central do Brasil emitiu, em 2017, novo comunicado ressaltando a falta de definição jurídica das moedas criptografadas (BACEN, 2017).

Para se ter uma ideia da multiplicidade de funções e usos que há em uma criptomoeda, é possível citar o exemplo dos bitcoins, talvez a mais popular das moedas criptografadas. Recentemente, a rede *Lightning Network*<sup>69</sup> implementou uma plataforma para a celebração de contratos inteligentes com transações via bitcoins. Trata-se de uma rede descentralizada que usa a funcionalidade de contrato inteligente no *blockchain* para permitir pagamentos instantâneos em uma rede de participantes. Em outras palavras:

Uma das inovações permitidas pela blockchain é a criação de smart contracts: contratos autoexecutáveis regidos apenas por código. Tais contratos permitem que indivíduos acordem entre si transações de bens e valores associados à blockchain que seriam automaticamente executadas assim que as condições contratuais escolhidas fossem cumpridas. Surgiria, então, uma dinâmica que dispensa a necessidade de confiança – seja na outra parte envolvida, seja no sistema jurídico estatal – para o estabelecimento de relações contratuais envolvendo bens e valores de todos os tipos. Os smart contracts seriam assim, uma concretização

---

69. Cf. <<http://lightning.network/how-it-works/>>. Acesso em: 8/4/2018.

quase literal da ideia de “Code is Law” de Lawrence Lessig – funcionariam alheios e independentes do poder jurisdicional do Estado contemporâneo (GONÇALVES; CAMARGOS, 2016, p. 207).

Outra funcionalidade se dá com relação à Internet das Coisas (IoT)<sup>70</sup>, que é uma espécie de rede de objetos físicos, partindo do uso da internet para o controle desses objetos, como carros elétricos, por exemplo. Recentemente, a empresa Chubu Electric Power Co Inc, em parceria com uma startup da Internet das Coisas, a Nayuta, realizou uma operação usando Bitcoin com LN para pagar um carro elétrico em uma estação de carregamento. Foi, talvez, o primeiro uso prático do Bitcoin na indústria da IoT. A operação se deu através do envio do pagamento Bitcoin para uma estação de carregamento de veículo elétrico conectada a um carro. Quase imediatamente, a estação de carga processou o pagamento e começou a carregar o veículo. A transação se deu por meio da já mencionada Lightning Network<sup>71</sup>.

Em um contexto de globalização crescente e de ampliação da virtualização financeira, Fobe destaca aspectos importantes sobre a correlação das criptomoedas com os desafios impostos nesse cenário:

É muito interessante observar como o Bitcoin, de uma certa forma, parece exacerbar dois aspectos da globalização que nunca foram muito bem resolvidos pelos Estados – a potencialidade e os perigos da interconexão em rede propiciada pela internet, e a ausên-

---

70. Do inglês, *Internet of Things*, IoT.

71. Cf.: <<https://www.coindesk.com/japans-third-largest-electric-provider-testing-bitcoin-lightning/>>. Acesso em: 8/4/2018.

cia de órgãos de controle e supervisão supranacionais que sejam, de fato, eficazes. Por personificar a descentralização e o pseudononimato – que são inerentes ao atual momento globalizado em que vivemos –, o Bitcoin traz consigo os mesmos problemas que os Estados não conseguem enfrentar quando certas questões exigem tanto uma postura supra-nacional quanto a soma de esforços para que sejam abordadas e solucionadas (FOBES, 2016, p. 77).

Tudo parece apontar para a necessidade de adoção da referida postura supra-nacional. No entanto, quais seriam os desdobramentos da crescente necessidade de formação de estruturas supra-nacionais de poder e articulação? Até quando articulações para fins específicos serão suficientes e não serão substituídas por uma nova espécie de comando ou governo organizado de maneira global? Só o tempo poderá nos trazer essas respostas.

## Conclusão

Muitos são os desafios que se apresentam frente à crescente utilização das moedas criptografadas ao redor do mundo. O maior deles, sem dúvida, é o de cunho fiscalizatório, visto que, conforme abordado, uma fiscalização meramente nacional provavelmente não será suficiente e a questão demandará, mais uma vez, a integração entre países no sentido de fixar estratégias e parâmetros regulatórios e fiscalizatórios.

Outro importante desafio a ser superado é vencer as barreiras legislativas. No Brasil, sequer há um marco legal que defina a natureza jurídica das criptomoedas, fato que cria insegurança jurídica e abre caminho para arbitrariedades no âmbito fiscal. Não se pode esquecer de que a ausência de definição legal acerca do caráter jurídico pode ensejar a tri-

butação indevida desse ativo financeiro, gerando estado de insegurança permanente para os entes e para o contribuinte.

Além disso, por se tratar de matéria extremamente técnica e complexa, uma regulamentação eficiente e correta dependeria de uma abrangente compreensão do que se trata essa tecnologia. E isso ao se pensar principalmente em sua essência multifacetada, chegando-se à noção de que, muito provavelmente, uma definição engessada não é suficiente para abranger a integralidade do objeto.

O fato é que as moedas criptografadas já são uma realidade social e econômica e a discussão acerca delas vai muito além de se permitir ou proibir e, claro, de simplesmente regulamentar sem o necessário aprofundamento técnico e teórico. A discussão deve, para além do direito, ser pautada pela possibilidade - ou não - de promoção de uma fiscalização efetiva dessas informações por parte do Estado. Até o momento, as peças desse imenso quebra-cabeça encontram-se espalhadas. Os entraves tecnológicos a serem ultrapassados são grandes e é possível inferir que o avanço das criptomoedas tem o potencial de exigir uma verdadeira reinvenção do Poder Público.

## Referências

BACEN. **Comunicado nº 25.306**, de 19 de fevereiro de 2014. Esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas” e da realização de transações com elas. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>>. Acesso em: 10/4/2018.

\_\_\_\_\_. **Comunicado nº 31.379**, de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações

de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&-tipo=Comunicado&data=16/11/2017>>. Acesso em: 10/4/2018.

\_\_\_\_\_. CÂMARA. **Projeto de Lei 2303/15**, 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 11/4/2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 11/4/2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Institui o Código Tributário Nacional**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em 11/4/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Imposto sobre a Renda - Pessoa Física**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2018/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2018-v-1-0.pdf>>. Acesso em: 13/4/2018.

CARVALHO, C. E. F.; PIRES, D. A.; OLIVEIRA, G. C.; ARTIOLI, M. **Bitcoin**: natureza, desafios analíticos, implicações regulatórias. I Fórum Mackenzie de Liberdade Econômica, 6 a 8 de novembro de 2017, São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<http://liberdadeeconomica.mackenzie>>.

br/fileadmin/ARQUIVOS/PUBLIC/SITES/ECONOMICA/2017/Carvalho\_\_Pires\_\_Artioli\_\_Oliveira\_-\_Bitcoin\_\_criptomoedas...\_Encontro\_Mackenzie.pdf}. Acesso em: 10/4/2018.

FOBE, Nicole Julie. Moedas Sociais e a Falência da Teoria Geral do Estado. 2013. Dissertação (Requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito) - Instituto de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

GONÇALVES, P.; CAMARGOS, R. **Blockchain, smart contracts e ‘judge as a service’ no direito brasileiro**. In: POLIDO, R; DOS ANJOS, L.; BRANDÃO, L. Anais do II Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Globalização, Tecnologias e Conectividade, Inclusão Digital, Acesso e Conectividade. p. 207-2012, Belo Horizonte, 2016.

# O sopesamento da palavra da vítima com a do arguido em crimes sexuais

*Alcides Marques Porto Pacheco e Julio Mariano Fernandes Praseres*

## Introdução

A humanidade vem sendo assolada por diversas formas de violência, e a violência sexual é uma entre as quais possui maior atenção devido a sua indignação social.

Nos crimes sexuais, além de gerar uma perturbação social, faz com que as vítimas tenham suas emoções sufocadas, abalando a moral e a honra se estima.

É de se destacar que a violência sexual quando praticada contra crianças ou adolescentes há ainda mais repulsa social, pois entende-se que são detentoras de pureza, ou seja, pessoas que não possuem malícias, há ainda a inocência em seu ser, e com isto, o agressor busca satisfazer sua lascívia.

Deve-se considerar que, em quase sua totalidade, crimes dessa espécie ocorrem às ocultas, sem vestígios, impossibilitando a realização da perícia sobre o corpo do arguido, sendo por

causa do desaparecimento, da negativa em fornecer o material físico corporal ou pelo perecimento, logo, a palavra da vítima passa a ter peso e influência na formação da convicção do Juiz.

A doutrina defende que dada a essa relevância no ordenamento processual à palavra da vítima em crimes sexuais, em conjunto com a coleta de provas que se volta o processo penal para responsabilização criminal do agente, gerando desequilíbrios de ordem processual.

Haja visto que a vítima como sujeito de direitos, possuidora da proteção por parte do Estado, não pode ser detentora de irrestrita credibilidade em sua palavra, ao grau, de que seja suficientemente valorada para a condução de um juízo condenatório.

Assim, na inquirição quando a palavra da vítima é o único objeto de prova merece principal atenção, pois podem causar danos irreversíveis ao acusado, e para que isto possa ser evitado, torna-se necessário uma ação conjunta da polícia, do Judiciário, de psicólogos, psiquiatras e redes de apoio.

Frisa-se frequentemente existe problemas ao realizar a coleta de prova através do testemunho da vítima de crime sexual, pois possui pontos de intersecção entre a vítima menor e adulta, apesar de não ser idênticos. Essas vítimas ficam submetidas às intempéries do tempo sobre a memória, o que ocorre também com as falsas recordação.

Deste modo, o objeto de pesquisa deste trabalho, será atestar que o sistema processual acusatório faz com que o sopesamento da palavra da vítima seja superior à do arguido.

Assim, pretende-se demonstrar como ocorre o sopesamento da palavra da vítima, devido ao corpo se tornar o argumento de que, quando houver falta de provas materiais, a palavra passa a ser importância no processo judicial, já que na maioria dos casos essa seria a única prova possível de ser produzida. Ademais, com a palavra da vítima em maior credibilidade, passa-se a um sistema processual acusatório, onde

a falta de paridade de armas faz com que o arguido não tenha meios de defesas, com grande probabilidade de sofrer uma reprimenda penal injusta.

## 1. A efetividade da palavra da vítima em crimes sexuais no processo penal brasileiro

Ao tratar da palavra da vítima de crimes sexuais deve atentar-se que, essa vítima teve seu bem lesado, isto é, a sua dignidade e liberdade sexual foi violada em um crime de estupro.

Para que a palavra da vítima tenha efetividade no processo crime, deverá assumir um papel relevante no cenário processual, necessita ter coerência com os demais elementos de prova que são carreados nos autos, ou caso a declaração for um meio de prova isolado, necessita estar carregadas de verossimilhança e linearidade, em atenção a credibilidade da pessoa que as presta.

Para Lopes Júnior (2014, p.668), em regra, a palavra do “ofendido possui relativo valor probante, porquanto, por vezes, pode estar revestida de interesses escusos ou motivada por medo, hipóteses em que suas declarações serão maculadas, não merecendo força probatória para justificar uma sentença.”

De outro lado, Sperandio (2017) diz que, “dificilmente vítimas de delitos contra a dignidade sexual os inventam, tendo em vista que referidos crimes carregam um forte e negativo estigma social, pautado em concepções retrógradas.”

Segundo Tourinho Filho (2013, p.336) a vítima, mesmo que esteja livre de intenções dissimuladas, poderá prestar declarações distantes da verdade dos fatos, pois, “às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos”.

Como é sabido, em crimes sexuais, os rastros e pistas ficam ainda mais difíceis, pois geralmente os crimes são realizados sem

presença de testemunhas, locais incertos, cometidos por parentes, amigos, e casos excepcionais por pessoas desconhecidas.

Assim, nos crimes sexuais que envolve menor absolutamente ou relativamente incapaz boa parte dos Tribunais de Justiça do Brasil dizem ser desnecessário qualquer tipo de prova técnica, quando os demais elementos que estão nos autos afastam qualquer dúvida acerca da materialidade e da autoria do delito.

Nesse retrato, Nucci (2014) aduz que “a suposta vítima que é absolutamente menor não possui o compromisso com a verdade, não sendo responsabilizada criminalmente por mentir ou omitir a verdade.”

A convicção do juiz deve partir de uma certeza, e Moura (2016) diz que “a palavra da vítima deve ser colhida e valorada com cautela, valendo-se os operadores do direito de técnicas inquiritórias que evitem injustiças irremediáveis ao arguido, à sociedade e ao próprio ofendido, seja pela impunidade, seja pela vitimização secundária.”

A certeza é a crença na conformidade entre noção ideológica e realidade ontológica. Ora, é preciso observar, em matéria criminal, as relações de conformidade entre uma noção ideal gerada de provas, que a rigor, quaisquer que sejam, mostram-se sempre imperfeitas, e o fato criminoso que se quer verificar; estas relações, dizia, não são nunca absolutas, não se referem a verdades evidentes da razão, mas a verdades de fato sempre contingentes. E, no entanto, como vemos, a certeza em matéria criminal é capaz de erro, admitindo, assim, a possibilidade do contrário. Quem diz: estou certo, não faz mais que afirmar as grandes, mas nem por isso absolutas, relações de conformidade entre o próprio pensamento e a verdade objetiva; não faz mais que afirmar preliminar-

mente a suficiências dos motivos a favor da verdade.  
(MALATESTA, 2013, p.62)

Atualmente em crimes sexuais que envolvem menores absolutamente ou relativamente incapaz, há falsas memórias que conforme visto são a “inserção de informação não verdadeira ou decorrente da imaginação em meio a um contexto real vivenciado pelo indivíduo, o qual passa a acreditar que aquela informação, originariamente falsa ou imaginária, corresponde à realidade”. (Moura, 2016, p.69)

Sob esta ótica, Bittencourt (1971, p.104) destaca que o:

[...] elemento importante para o crédito da palavra da vítima é o modo firme com que presta suas declarações. Aceita-se a palavra da vítima, quando suas declarações ‘são de impressionante firmeza, acusando sempre o réu e de forma inabalável’ (RT. 195-355). A assertiva não pode deixar de ser aceita com alguma reserva, tendo em vista a personalidade da vítima, porque há pessoas que mentem com mais firmeza do que os tímidos dizem a verdade. A convicção do depoimento aumenta sua credibilidade, mas não exclui o confronto com as demais circunstâncias, para encontrar-se algum apoio, ao menos conjectural, de certa expressão.

Os tribunais superiores vêm assentando a jurisprudência em admitir relevante valor à palavra da vítima, quando esta for coesa e não haja nos autos outros elementos que maculem ou tirem a qualidade de suas declarações, veja-se a seguinte jurisprudência:

HABEAS CORPUS - CRIME DE ESTUPRO  
COM VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PENAL PÚ-

BLICA INCONDICIONADA - SÚMULA 608 DO STF - DECLARAÇÃO DE POBREZA EMANADA DA VÍTIMA - VALIDADE - LAUDO PERICIAL NEGATIVO QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL - EXISTÊNCIA DE LESÕES INDICATIVAS DE RESISTÊNCIA A AGRESSÃO SEXUAL - VESTÍGIOS IDÔNEOS - EFICÁCIA PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA DE ESTUPRO - PRECEDENTES - NECESSÁRIO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - PEDIDO INDEFERIDO. – [...]. A palavra da vítima - quando não está em conflito com os elementos produzidos ao longo da instrução penal - assume importância probatória decisiva, especialmente quando a narração que faz apresenta-se verossímil, coerente e despojada de aspectos contraditórios. [...]. Precedentes.

(HC 74302, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/11/1996, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00001) (Grifo nosso).

A palavra da vítima passa a ter maior credibilidade em crimes sexuais, Lopes Júnior (2014, p.668) explica que “apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado”.

Destarte, em crimes de violência sexual o entendimento que predomina é de que se deverá haver a exceção, dan-

do maior credibilidade a palavra da vítima, quando não se tem outras provas.

Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar a sentença condenatória. (Lopes Júnior, 2014, p.668).

Segundo Pedroso (2005, p.79-80), a importância da palavra da vítima deve estar atrelada a coerência de suas declarações, atribuindo maior ou menor confiabilidade.

De regra, a palavra isolada da vítima não pode sustentar a condenação quando está em conflito com a versão do acusado, devendo ser corroborada por outros elementos de prova. Sustentem-se, contudo, condenações nos dizeres da vítima em certas hipóteses, levando-se em conta dois elementos fundamentais: a pessoa da vítima e a natureza do crime. Quanto à pessoa do ofendido influem: antecedentes; formação moral; idade; o estado mental; a maneira firme ou titubeante com que prestou declarações; a manutenção do mesmo relato para familiares e autoridade ou, ao contrário, a insegurança, a contradição nos diversos depoimentos; maior verossimilhança na versão da vítima do que na do réu; a sua posição em relação ao réu: desconhecido, conhecido, parente, amigo, inimigo. Sobre a natureza do crime tem merecido especial atenção o delito cometido na clandestinidade, às ocultas, em que avulta de importância a palavra da vítima, sendo normalmente citados os crimes contra os costumes (atualmente contra a dignidade sexual), o furto e o roubo. (Fernandes, 1995, p.221)

Logo, num sistema que vigora o livre convencimento motivado do juiz, “este não está sujeito a regras e valores previamente determinados em relação às provas, podendo, por

esta razão, a palavra do ofendido por vezes, convencê-lo mais do que as de uma testemunha.” (Fernandes, 1995, p.221)

Depara-se com aspectos do sistema processual inquisitivo, pois “o julgador não forma sua convicção através das provas que lhe são trazidas pelas partes, mas busca convencê-las da sua convicção íntima, o que desestabiliza a imparcialidade do órgão julgador.” (Moura, 2016, p.21)

Neste diapasão, é importante destacar que antes do sistema inquisitivo, “predominava o sistema acusatório privado, o qual cedeu espaço àquele, gradativamente, à medida que não satisfazia os interesses sociais uma vez que a crescente prática criminosa ficava à mercê da vontade individual.” (Rangel, 2008, p.48)

No sistema inquisitório, possui como característica fundamental, segundo Coutinho (apud Pacheco, 2011, p.169), a “gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, coleta-a secretamente.”

Logo, a diferenciação entre o sistema acusatório e inquisitivo é necessário para que se possa compreender como o sistema processual contemporâneo age na acusação e na inquirição.

Parafraseando Moura (2016), o sistema acusatório colocava nas mãos do juiz o poder de acusar e julgar, isto é, o Estado que investiga é o que pune, inicia a ação penal, condena ou absolve (julga). E pelo sistema inquisitivo o julgador não forma sua convicção através das provas que lhe são trazidas pelas partes, mas busca convencê-las da sua convicção íntima, o que desestabiliza a imparcialidade do órgão julgador. Entretanto, no sistema inquisitivo o arguido é objeto do processo. Contraditório e ampla garantia de defesa inexistem, mitigando garantias dirigidas e que tencionam sistemicamente um julgamento imparcial, cujo desfecho se aproxime da verdade da melhor forma possível. Outra característica

marcante desse sistema é a prova tarifada ou legal, tendo a confissão como a de maior relevância ou peso.

Em síntese, o legislador atribuiu um valor sobre as provas, com isto, não poderá decidir no que tange ao valor da prova por meio de sua íntima convicção.

Para Moura (2016, p. 22), “isso representa um grande prejuízo à verdade, na medida em que o legislador não tem condições de, em cada caso concreto, sopesar com exatidão o quanto se pode atribuir de peso àquela prova evidenciada ou posta em causa na situação fática.”

Atenta-se que o juiz não poderá julgar com interpretação valorativa além do que determinou o legislador.

Destarte, Moura (2016, p.22) infere que é fácil concluir de que o sistema inquisitivo “afronta diversas garantias constitucionais estabelecidas sob o teto do Estado Democrático de Direito, haja vista que a figura do Estado-Juiz confunde-se com a de autor e julgador, colocando em dúvida a imparcialidade esperada no ato de decidir.”

De outro lado, o sistema acusatório deixa visível a divisão de tarefas, formando o chamado *actum trium personarum*.

Para Pacheco (2011, p.180), Tornaghi argumenta contra o sistema acusatório, expõe que há impunidade de criminosos; facilitação da acusação falsa; desampara dos fracos; deturpação da verdade; impossibilidade de julgamento, em muitos casos; e inexequibilidade da sentença.

De tal maneira, Moura (2016, p.22) diz que o sistema acusatório não possibilita o conhecimento da verdade. Contenta-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdadeiro.

Por conseguinte, caso o réu se declarasse culpado, mesmo que não o seja, não haveria mais a colheita de provas pelo juiz. De tal modo, se o acusador, incutisse uma circunstância

que favorecesse o réu, o juiz não iria julgar conforme a verdade, mas acataria a afirmação.

Segundo Pacheco (2011, p.180), “o procedimento inquisitório é mais eficaz para a apuração dos fatos, enquanto que o acusatório oferece maiores garantias ao acusado.”

Em atenção ao sistema adotado pelo Brasil, Rangel (2008, p.49), diz que vige o sistema acusatório, “pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”.

De tal modo, Mirabete (1996, p.96) expressa que no Brasil o sistema vigente é o acusatório, tendo em vista que a Constituição Federal estabelece “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art.5º, LV).

Arruda (2014) expõe que, “à luz da doutrina pátria, o sistema adotado no Brasil é o acusatório.”

Neste ínterim, o sistema adotado pelo Brasil ocorre por haver funções de acusar e julgar a órgãos separados, como também por estar regido de princípios constitucionais vigentes, como a imparcialidade do juiz, o contraditório e ampla defesa, a publicidade.

“O juiz é órgão imparcial que julga a partir de provocação do autor, titular da ação penal.” (Moura, 2016, p.23)

O princípio acusatório, segundo Nevez (apud Moura, 2016, p.23), “tem por premissa conciliar o interesse público de repressão dos crimes “com as exigências, de não menor interesse público, da imparcialidade e objetividade no julgamento das infrações”.”

Desta maneira, o órgão acusador (Ministério Público) possui o condão de colaborar para a busca da verdade.

Para Ferrua (2005, p.286), não há um “método da verdade absoluta a atender a uma perfeita reconstrução do fato criminoso, o processo se desvia de sua finalidade quando ab-

solve um culpado, deixando impune o delito, mas também é assaz violento quando condena um inocente.”

Atenta-se que Ferrua (2005) orienta em sentido da encruzilhada finalística sobre os métodos utilizados para verificação fática penal.

E “atualmente a preocupação com o papel da ciência processual tem se bifurcado em termos de eficiência e garantia.” (Fernandes, 2008, p.231)

Verifica-se que o sistema de regras foi realizado em torno dos instrumentos processuais, uns mais, outros menos, e com isto, tentam fazer com que o fato histórico penal seja certo com a realidade da cena delitiva, no intuito que haja o cumprimento da dúplice função, ou seja, da proteção social e principalmente da garantia da liberdade individual.

Assim, entende-se que os sistemas processuais penais probatórios sempre permaneceram buscando encontrar a verdade fática da conduta criminoso, cada um de sua maneira, legitimando a aplicação da pena, por um conteúdo racional, ou até mesmo divino, desde que a verdade fosse descoberta.

Diante dessa busca da legitimidade, observa-se que está de encontro com a “justiça” mas como um pano de fundo que encobre a violência da pena.

Entre as tendências contemporâneas do processo penal, Fernandes (2008, p.231) expõe que:

[...] vem se manifestando de forma intensa, a que busca o equilíbrio entre a exigência de assegurar ao investigado, ao acusado e ao condenado as garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior eficiência do sistema persecutória para a segurança social”.

A reconstrução do fato criminoso sempre será alvo de estudos minudentes. Bem como se sabe, os sistemas processuais não são infalíveis ou perfeitos, mas não há como negar que a referência conceitual entre os sistemas é a garantia do contraditório.

A posição que assumem as partes, especialmente a defesa e o juiz a partir de um sistema acusatório marcam a sistemática da coleta da prova e da proporção de verdade que emite a sentença penal.

“Ao arguido são garantidos todos os meios de prova admissíveis constitucional e processualmente, com o objetivo de exercer amplamente sua defesa e contraditório em plenitude.” (Moura, 2016, p.24)

Indaga-se, que contraditório seria esse? Para Roberto (2007, p.58) é claro que no sistema de normas nacional “do século passado o contraditório é tratado timidamente sob o ângulo e ponto de partida da dialeticidade argumentativa, um contraditório que garante tão só a retórica da discussão, em que a defesa se posiciona como inferior e sem poderio de prova.”

E de ilustre menção, o autor supra, deixa claro que o juiz fica numa posição como o senhorio na busca da verdade, dita real, em que se trata o Ministério Público como autoridade e seus posicionamentos enquadram, adornam ou até mesmo fundamentam as próprias decisões – quer condenatórias, quer absolutórias.

Consequentemente, os pareceres emitidos pelos procuradores geralmente encaixilham as decisões judiciais.

Neste ínterim, Bonato e Vasconcelos (2001, p.509) trataram de especificar que o princípio do contraditório está intimamente ligado à ampla defesa, enquanto direito fundamental da pessoa humana.

Logo, o contraditório deve/deveria servir para que ninguém seja julgado sem antes ser ouvido sobre as alegações e provas demonstradas pela parte contrária.

Isto posto, o magistrado deverá julgar de acordo com sua convicção. Entretanto, o livre convencimento, segundo Moura (2016, p.24) não exime o juiz de fundamentar com base na prova constante do processo, despontando aqui, com muita propriedade, o velho jargão de que “O que não está nos autos não está no mundo”.

Nesta esteira, naquela fase do potesta puniendi, tem-se a necessidade da presença da tríade básica de princípios do processo, quais sejam, dualidades de partes, contraditório e igualdade, pois, se estes buscam a defesa dos direitos fundamentais do réu no processo de conhecimento. (Pacheco, 2011, p.179)

Essa dualidade de partes está atrelada a publicidade dos atos processuais, interligando o exercício do contraditório, “já que por meio dela será possível os sujeitos processuais conduzirem o processo com paridade de armas.” (Moura, 2016, p.24)

Segundo Pacheco (2011, p.179), “tem-se que a essência do contraditório está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.”

Portanto, se o sistema é acusatório, um dos pressupostos deste é a paridade de armas, e caso não haja a paridade o sopesamento da palavra da vítima passa a ser superior à do arguido.

Contudo, como garantia constitucional é necessário que se utilize todos os meios para evitar uma disparidade de tratamento entre as partes, em atenção às posições no processo, que consiga interferir no seu resultado, colocando em risco a tutela jurisdicional.

Em crimes sexuais, o sistema processual penal brasileiro vem apresentando afronta ao princípio do devido processo legal, ou seja, demonstra ser um sistema desigual, fazendo com que as partes tenham tratamentos desiguais, deixando de garantir os direitos e garantias assegurados pela Constituição.

O contraditório revestido de um conteúdo de justo processo penal, começa pelas premissas necessárias ao sistema acusatório sobre o acerto da verdade processual criminal, alocando a paridade de armas sob um contexto integrativo.

Para Ferrua (et al, 2005, p.283), o processo penal não é um lugar em que se dispensa ao acusado “qualquer forma de honorabilidade, visto que o que se pretende é justamente o oposto, ou seja, demonstrar a culpabilidade de conduta(s) altamente reprovável(eis) pela ciência do Direito, evidenciando no direito penal a resposta mais violenta do Estado.”

De tal modo, o próprio processo representa uma carga suficientemente negativa, e já importuna uma pena em si para o arguido face aos efeitos estigmatizantes que acarreta em sua vida social, familiar, pessoal.

A simples acusação em juízo já traz uma marca negativa sobre os componentes de sociabilidade do acusado, diminuindo seus espectros e suas aspirações pessoais, profissionais, sociais, financeiras e até políticas. A sentença absolutória não tem o condão de apagar os efeitos sofridos durante a longa estrada e a marcha do processo criminal. (Ferrua, et al, 2005, p.283)

Logo, a sentença condenatória, não é apenas uma escolha sobre quem teve seu melhor desempenho das partes no processo penal, mas sim de reconhecer sempre, ao prover a pretensão ministerial, que os fatos provados vão além de uma dúvida razoável e que possivelmente ocorreram.

“Portanto, não se olvida que o processo precisa garantir ao acusado instrumentos para combater os efeitos que advirão inexoravelmente das decisões judiciais.” (Ferrua, et al, 2005, p.283)

Observa-se que como essência do contraditório:

[...] a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o

qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável dentro do que propõe o que se denomina justo processo. (Ferrua, et al, 2005, p.302)

Para Ferrua (et al, 2005, p.303), a legitimidade do poder punitivo estatal possui natureza cognitivo-judicial, sendo esta imanente ao atendimento a garantias funcionais do processo, tendo como seu elemento cardeal o contraditório.

Entende-se que não é possível negar que a paridade de armas, sendo o elemento cerne para que aconteça o contraditório, venha a se posicionar, também, como consectário da realização do justo processo.

Segundo Ferrua (et al, 2005, p.142), “se houver alteração no papel e/ou nas prerrogativas de uma das partes alterará substancialmente a outra, demonstrando assim a necessidade da reciprocidade (e não igualdade) entre o atuar dos sujeitos processuais.”

Na paridade de armas, partindo da premissa de que se inicia na verificação dos diversos papéis que serão desempenhados pelas partes, como também pelo julgador, no intuito de estabelecer funções distintas que possam localizar o ponto de equilíbrio dentre os respectivos direitos, garantias entre outros.

Embora nem sempre os sujeitos parciais estejam no mesmo plano, e embora não se possa afirmar a paridade de armas, mantida está a igualdade no processo penal. (Costa, 2001, p.10)

Isto posto, a paridade parte de um pressuposto visando balancear determinados instrumentos que são colocados à disposição das partes, fazendo com que seja possível existir uma paridade mesmo na disposição de armas distintas.

Em análise ao sistema adotado pelo Brasil, a paridade não deve ser confundida com a igualdade das partes, como também não tem o condão de fazer com que as partes se tornem

iguais, mas sim de garantir com que as partes tenham os direitos e garantias assegurados pela Constituição.

Observou-se que há uma valoração na palavra da vítima sobre a do arguido, colocando desnivelamento da paridade, pois o sopesamento entre a palavra da vítima com a do arguido devem estar no mesmo nível, resguardando os direitos garantidos pela Carta Magna. Sendo respeitado as garantias do arguido em simetria com os direitos da vítima, principalmente em atenção da vítima não ser vitimizada no processo, faz com que haja maior indubitabilidade ao fato do objeto de acusação.

## Conclusão

O abuso ou violência sexual promove danos que passam por um laborioso trabalho para que os efeitos possam se encerrar. Na fase de audiência de julgamento há a predominância dos efeitos na aplicação de princípios e normas constitucionais, que não deixam de participar de outros momentos e fases.

Em qualquer modelo procedimental de inquirição é elencado e inafastável o princípio do contraditório, uma garantia para o arguido poder se defender.

Quando se depara com o magistrado, promotor e advogado, com foco apenas no sistema processual acusatório, buscando intrinsecamente a verdade dos fatos, ocorre a violação da intimidade, privacidade e dignidade da vítima.

Na atualidade não é possível afirmar que existe direito absoluto, especialmente no Estado Democrático de Direito que estamos inseridos. Pois, para que haja harmonização entre os interesses das partes, deverá ceder parte de seu direito, especialmente os coletivos.

Nessa cessão de direitos, o sistema processual não possui essa facilidade, já que está cruzado com diversas garantias constitucionais. Apresentando-se como um sistema de in-

quirição planejado para encontrar a verdade dos fatos, apesar de que em muitos casos vai além, extrapola limites e invade a privacidade e especialmente a intimidade das vítimas de abuso ou violência sexual.

O efeito causado a vítima de violência sexual é avassalador, abala a estrutura psicológica do indivíduo por um curto ou longo prazo, e a sociedade passa a ter maior preocupação de crimes dessa espécie.

O sistema acusatório propõe maiores garantias para o ofendido e o arguido, colocando-os em uma paridade, garantindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Neste aspecto, apesar de que as vítimas de crimes sexuais, na maioria das vezes, sejam tratadas de maneira diversa de outras espécies de crime, não faz com que haja uma disparidade de armas, pois ao analisar a vítima e verificar seu grau de trauma, é necessário que o Estado utilize seu poder para tentar reduzir o trauma e a vitimização secundária.

Todavia, quando o Estado usa o poder em qualquer caso, colocando o arguido em situação que não lhe possibilite defesa, há claramente uma disparidade, pois, a vítima sobrepuja o arguido, não havendo sopesamento entre as provas.

Conclui-se que no atual cenário, está sendo trabalhado a prevenção e minimização de resultados causados pelos crimes sexuais, sejam elas vítimas adultas ou de infanto-juvenis, e que os sistemas são capazes de serem melhorados.

## Referências bibliográficas

Arruda, W. R. (2014). Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 dez. 2014. Consultado em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51623&seo=1>

- Bittencourt, E. M. (1971). *Vítima*. São Paulo: Universitária de Direito.
- Bonato, G., & Vasconcelos, R. C. C. (2001). Aspectos controvertidos do contraditório nos recursos cíveis. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Vol.4, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Brasil. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF.
- Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.
- Costa, P. B. F. (2001). *A igualdade no direito processual brasileiro*. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais.
- Fernandes, A. S. (1995). *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros.
- Fernandes, A. S. (2008). O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. jan-fév. n.70, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferrua, P., Grifantini, F. M., Illuminati, G., Orlandi, R. (2005). *La prova nel dibattimento penale*. G.giappichelli. Editora: Torino.
- Lopes Júnior, A. (2014). *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.
- Malatesta, N. F. D. (2013). *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução para o português: J. Alves de Sá.

Adaptação para o português do Brasil: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora.

Mirabete, J. (1996). Processo Penal. 5ª Ed. São Paulo: Atlas.

Moura, J. B. O. (2016). Crimes sexuais – a inquirição da vítima como objeto da prova. Editora Juruá.

Nucci, G. S. (2014). Provas no processo penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense.

Pacheco, A. M. P. (2011). Sistema acusatório, sistema inquisitivo e execução nas penitenciárias de administração federal. Ano 19, vol. 90, mai-jun. 2011. Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM: Editora Revista dos Tribunais.

Pedroso, F. A. (2005). Prova penal: doutrina e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Rangel, P. (2008). Direito processual penal. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

Roberto, W. (2007). Decisão penal benigna – retroatividade. Curitiba: Juruá.

Sperandio, V. B. (2017). O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017. Consultado em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18886](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18886)

Tourinho Filho, F. C. (2013). Manual de processo penal. 35. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva.



# Efetivação do direito à moradia adequada e da inclusão social como ferramentas para o desenvolvimento econômico

*Iasmim Barbosa Araújo*

## Introdução

O número de pessoas que habitam, no Brasil, em favelas e outras regiões cuja estrutura básica é precária constitui fato notório e inegável. Problemas sociais como pobreza, fome e analfabetismo, decorrentes em grande parte da expansão do capitalismo e ampliação do individualismo, encontram na atual conjuntura social terreno fértil para se expandirem, de modo que inúmeras famílias encontram-se em situação de extrema vulnerabilidade, por não possuírem suporte do poder público para lhes propiciar um ambiente adequado para viver. De

acordo com o Censo 2010 do IBGE, cerca de 11,4 milhões de pessoas habitavam as favelas do Brasil, além de que aproximadamente 18,7 milhões de todos os domicílios brasileiros não contavam com serviço de esgoto, coleta de lixo ou água encanada.

Embora seja constitucionalmente previsto no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal, o direito à moradia digna tem sido inegavelmente ignorado pela União, Estados e Municípios, de modo que as favelas padecem diariamente sem o investimento necessário para o seu desenvolvimento, sendo necessário que seus habitantes transitem por ruas pouco acessíveis, residam em casas com estrutura inadequada – apresentando iminentes riscos aos seus moradores – e que continuem sendo excluídos do mercado de trabalho formal e da sociedade como um todo, pelo problema patente de individualismo e exclusão enfrentado pela sociedade contemporânea. Em pesquisa realizada pelo Instituto Data Popular, constatou-se que cerca de 47% dos entrevistados afirmaram que não contratariam, para trabalhar em sua casa, uma pessoa que morasse em favela, o que contribui para a manutenção de pessoas residentes nesses ambientes em situação de marginalidade e, muitas vezes, criminalidade, impedindo que desenvolvam suas capacidades enquanto pessoas e possam contribuir ativamente para o desenvolvimento econômico e social do país.

O desenvolvimento econômico, sem dúvida, pode ser alcançado a partir da promoção da liberdade da população, podendo a liberdade ser encarada como oportunidade de participar ativamente nos espaços de cidadania e ter acesso a serviços públicos essenciais, como saúde, educação e moradia. Segundo o estudioso indiano Amartya Sen (2010, p. 55), a expansão da liberdade não é só o fim primordial do desenvolvimento, mas também seu principal meio, sendo esta última perspectiva a utilizada para apresentar a discussão aqui

proposta, com ênfase à efetivação do direito à moradia como meio para atingir o almejado desenvolvimento.

Para a realização desse estudo, saliente-se que foi utilizada unicamente a perspectiva metodológica dedutiva, sendo realizada revisão bibliográfica de obras relevantes às temáticas abordadas de direitos fundamentais, exclusão e desenvolvimento. Dentre os estudiosos escolhidos, destacam-se Immanuel Kant, Gilles Lipovetsky e Amartya Sen. Além disso, são utilizadas também como fontes pesquisas realizadas por institutos ou empresas, cujos indicadores possam servir de parâmetro informativo e norteador do presente estudo bibliográfico.

## 1. Exclusão social e marginalidade

Com a eclosão da Segunda Revolução Industrial no século XIX, o mercado mundial presenciou inúmeras mudanças na forma de produção e nas formas de trabalho, principalmente. A inserção de novas máquinas e novos modelos de produção, cada vez mais acelerados para acompanhar o ritmo do maquinário, provocou mudanças também nas perspectivas dos trabalhadores, que passavam a não mais cumprir com os requisitos necessários ao aperfeiçoamento dos equipamentos utilizados nas indústrias. Elimar Pinheiro do Nascimento (2003, p. 69) salienta que essas alterações geraram, por si sós, a segregação dos trabalhadores, que passaram a ser vistos como “excluídos desnecessários”. Em outras palavras, no período de manufatura já se excluía os trabalhadores, mas sua força de trabalho era fundamental, de modo que ele eram excluídos, mas necessários ao mercado; com a industrialização e aperfeiçoamento do maquinário, porém, a força humana não constituía mais elemento essencial ao desenvolvimento das atividades de produção, tornando-se esse trabalhador um peso econômico, por não ter capital para consumir, nem ter valia sua mão-de-obra.

Não só isso, a massificação da produção industrial gerou também a ampliação da exclusão social daqueles que não tinham recursos para adquirir os bens materiais ofertados pelo mercado. Desse modo, ampliam-se as desigualdades no que Gilles Lipovetsky (2004, p. 24-25) chama de sociedade do hiperconsumo, a qual tem como forte característica o individualismo exacerbado e a conseqüente marginalização dos grupos menos favorecidos. Um dos visíveis resultados desse processo, sem dúvida, é a formação de aglomerados urbanos em regiões inadequadas para a habitação, conhecidas como favelas, ocasionada pela gradual expulsão dessas pessoas dos centros urbanos.

No Brasil, esse processo se deu em grande parte no início do século XX, com as reformas urbanas ocorridas principalmente nas grandes metrópoles e capitais dos Estados, como São Paulo e Rio de Janeiro, sendo que tais reformas não tinham simplesmente o intuito de modificar a estrutura da cidade, mas principalmente de retirar dela tudo e todos que não estivessem em conformidade com os padrões de beleza importados das cidades europeias. Assim, foi segregada a parcela de “indesejáveis”, como os residentes nos então existentes e numerosos cortiços, sendo que tais pessoas precisaram se deslocar para zonas afastadas e desocupadas, criando as favelas. Nessa perspectiva, Nascimento (2003, 27-65) defende que o processo de repressão é um gradativo afastamento desses “agentes incômodos” do espaço de representação social. Além disso, é importante ressaltar que essa marginalização não só acarreta a óbvia e patente exclusão social, mas cria uma imagem estereotipada dos habitantes da favela, sendo que a sociedade civil em geral e a própria polícia, de certo modo, acabam considerando todos, independentemente de sua atuação pessoal, bandidos em potencial, pelo simples fato de lá morarem, sendo isso o que Nascimento chama de

“geografia da exclusão”, pois as pessoas de comunidades carentes já nasceriam excluídas (2003, 65-69).

No ponto, é necessário destacar o pensamento de Émile Durkheim (1999, p. 40-83; 128-132) no que tange aos elos de coesão social nas diferentes sociedades. Nas modernas, o vínculo entre os indivíduos se dá por meio de elos de solidariedade orgânica, que pode ser entendido como um elo existente não mais por identificações ou compartilhamento de crenças e ideais – como visto na solidariedade mecânica-, existente nas sociedades primitivas; a solidariedade orgânica une os indivíduos com suas diferenças, pois, nesse momento, o “eu” individual torna-se mais forte que a coletividade. Assim, as diferenças tornam-se engrenagens para o funcionamento de um todo, em que os seus membros desempenham funções específicas com resultados prioritariamente individuais, mas é importante que se questione o que acontece com as pessoas que não se encaixam nessa divisão de funções, ou na própria divisão de produção. A resposta, claramente, é que ocorre a exclusão desses indivíduos, que restam cada vez mais distanciados da efetiva participação social e também da participação econômica, por meio da oferta do seu trabalho, gerando déficit para toda a sociedade.

## 2. Direitos fundamentais e dignidade humana

Os Direitos e Garantias Fundamentais não constituem mera construção filosófica, mas compõem o texto da Constituição Federal Brasileira vigente, na forma de direitos individuais, humanos e sociais, formando um rol exemplificativo de direitos, além de haver a preocupação do constituinte na ampliação de tais direitos, não só a garantia dos já existentes, tal como consta em seu artigo 5º, caput e §§ 2º e 3º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

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

Os direitos humanos são resultado, em última instância, de uma luta contra a arrogância e a opressão do poder, tratando-se de erigir um campo de proteção a pessoas e grupos sociais, em face de um domínio no mais das vezes revestido de postura oficial. De modo que tais direitos decorrem de uma necessária confluência ética, filosófica, jurídica e política, visto que o poder do Estado ou do capital, mesmo que juridicamente constituído, deve conhecer limites éticos que salvaguardem a liberdade, a igualdade, a autonomia e a dignidade das pessoas e dos povos.

É pertinente destacar que muitas vezes esse mesmo discurso foi, em parte, colonizado por práticas governamentais que visam apenas a autolegitimação, ou seja, fala-se mais em direitos humanos do que se pratica. Em geral, os mais empobrecidos e socialmente vulneráveis são os que mais sentem esta distorção, sendo exatamente em nome deles

que a luta pelos direitos humanos deve ser constantemente travada. Nesse sentido, enfatiza Costas Douzinas:

[...] toda vez que um pobre, ou oprimido, ou torturado emprega a linguagem do direito – porque não existe nenhuma outra disponível atualmente – para protestar, resistir, lutar, essa pessoa recorre e se conecta a mais honrada metafísica, moralidade e política do mundo ocidental. [...] (2009, p. 17)

Nesse contexto, cumpre salientar que há uma adesão crescente à ideia de direitos humanos, sendo oportuno ressaltar o pensamento de Bobbio (2004), que salienta que, na época atual, é necessária, sobretudo, a busca da efetivação dos direitos humanos, isto é, da consolidação de seus mecanismos de aplicação. Isso porque, como sabido, os direitos humanos constituem normas programáticas, não havendo mecanismos de aplicabilidade imediata e dependendo, fundamentalmente, da atuação do Poder Público em conjunto com a sociedade civil para que haja sua real efetivação no plano concreto. De fato, os direitos humanos são, de início, normas meramente principiológica e norteadoras do ordenamento jurídico, necessitando de atuação firme e constante no sentido de alcançar sua realização.

Como já salientado, a concepção de Direitos Humanos pode ser discutida inicialmente a partir de uma perspectiva filosófica, para que então sejam contempladas algumas de suas relações com as ciências jurídicas, a política e a ética. Uma aceção mais abrangente do assunto pode ser encontrada no art. VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabelece: “Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Nessa abordagem, é indiscutível a importância do pensamen-

to kantiano com relação ao respeito à dignidade da pessoa humana, segundo o qual os homens devem ser tratados como fins em si próprios, nunca como meios para atingir quaisquer objetivos “aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre, ao mesmo tempo, como um fim” (2007, p. 442).

O artigo mencionado foi categoricamente explicitado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, de 1993, sendo consignado que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Os interesses e valores comuns a todos, independentemente de características particulares que porventura venha a diferenciar os indivíduos, são de fundamental importância para a aplicação universal dos direitos humanos, conferindo à totalidade dos indivíduos uma noção genérica de valores e princípios atribuíveis a toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de sê-lo. Apesar de reconhecida na legislação e doutrina a importância dos direitos humanos, constantemente se visualizam agressões a tais direitos, tal como o direito à moradia, o qual, como já amplamente salientado tem sido pouco aplicado no cotidiano de diversos brasileiros, que vivem si-

tuações de verdadeira iniquidade, sofrendo constantemente com situações vexatórias e degradantes, tendo sua dignidade frequentemente afetada. É o caso, por exemplo, de pessoas idosas ou com deficiência cuja acessibilidade às suas casas nas favelas fica limitada por falta de estrutura básica.

### 3. Direito à moradia adequada

A realidade cotidiana, como já exposto, é que esse grupo social enfrenta rotineiramente diversos riscos à sua integridade física e psíquica, tendo sua dignidade e auto-estima cada vez mais afetadas pelas condições do local que lhe oferece abrigo e que, na maior parte dos casos, é o único que possui. Esse distanciamento entre a realidade social e a inscrição na legislação está intimamente fundamentado nos valores e na tradição de nossas relações autoritária e excludente. Com efeito, concordamos com a ideia de que “o reconhecimento formal de direitos pelo Estado encerra a luta pela cidadania é um equívoco, que subestima tanto a sociedade civil como arena política, com o enraizamento do autoritarismo social” (DAGNINO, 1994, p.109). Logo, embora a inscrição em legislações e a consequente implementação de políticas seja o resultado esperado pelos movimentos sociais que demandam direitos, a realidade vem demonstrando que isto não é suficiente, haja vista que a garantia do seu exercício de efetividade é revelada principalmente na mudança de valores e atitudes.

É atribuição conjunta da União, Estados e Municípios atuar em prol da efetivação do direito à moradia, que consiste não só em abrigo coberto, mas é incluído nesse conceito também a dignidade humana e, conseqüentemente, a noção de moradia digna. A definição aceita e reconhecida pelo Governo Brasileiro (2013) é de que a moradia adequada deve ser avaliada conforme os seguintes critérios: segurança do ambiente,

com disponibilidade de serviços materiais e infraestrutura, habitabilidade, acessibilidade e localização. Disso, depreende-se que a moradia deve contar com condições mínimas de higiene, tais como esgotamento sanitário e coleta de lixo, além de recursos que forneçam aos seus moradores efetiva proteção contra possíveis ameaças ao seu direito. Também deve ter instalações e recursos básicos, como energia elétrica, água encanada, esgotamento sanitário e coleta de lixo. Enfim, deve ser um local acessível, não isolado da vida em comunidade, nem do acesso a serviços públicos ou a oportunidades de emprego, o que também exige fundamental atuação do Poder Público no investimento em pavimentação adequada, criação de ruas nas quais o trânsito de ambulâncias, por exemplo, seja possível, instalação de pontos de ônibus urbanos, dentre outras ações de relevância para a concretização do exposto.

Em síntese, a moradia não deve ser vista de forma reducionista, mas entendida como ambiente de paz e tranquilidade dos seus habitantes. A ausência de qualquer dos requisitos anteriormente apresentados acarreta, sem dúvidas, em sérias dificuldades na efetiva integração social do indivíduo. No caso dos moradores de favela, a dificuldade na acessibilidade, de forma geral, associada ao estereótipo de criminalidade instituído sobre seus membros contribuem de forma contundente para o desemprego de inúmeros moradores das favelas. No mesmo documento expedido pelo Brasil (2013, p. 25), se reconhece a vulnerabilidade dos habitantes das favelas, bem como a necessidade de adoção de medidas voltadas a promover a moradia digna desse grupo, sendo uma das alternativas a urbanização desses ambientes, cujo objetivo é levar a tais ambientes a cidadania legal, incluindo serviços de lazer e estrutura básica.

Embora tenham sido buscadas soluções para a situação dos moradores de favelas, fato é que muitos ainda vivem em situação de insalubridade e periculosidade, além de que não

há, de fato, inclusão social dos seus membros, fato decorrente em grande parte da própria sociedade excludente, conforme os dados já apresentados, que indicam que é forte o preconceito sofrido pelos moradores dessas localidades, o que dificulta, inclusive, que consigam emprego formal ou outras oportunidades de crescimento econômico.

#### 4. Liberdade como instrumento para o desenvolvimento

O desenvolvimento, seja ele social ou econômico, não é constituído unicamente por ações isoladas dos diversos atores sociais, como os cidadãos, o Poder Público e as empresas privadas, mas sobretudo por meio de ações conjuntas de todos, de modo que a promoção de determinado direito impulsiona outro e as consequências desse quadro é, sem dúvida, o desenvolvimento. Segundo Sen (2010, p. 11), as disposições sociais envolvem diversas instituições, dentre elas o Estado, os partidos políticos e a mídia, sendo todos responsáveis pela ampliação e garantia de direitos e liberdades individuais e figurando os indivíduos como partes ativas no processo, não como meros agentes passivos receptores dos direitos que outros lhe conseguem.

No ponto, é de fundamental importância que se observe a interligação que há entre todos os direitos e garantias individuais, sendo que o fortalecimento de um também influencia no fortalecimento de outro. Não há, porém, como se efetivarem de forma autônoma, pois o conjunto de liberdades previstos dependem sobremaneira de disposições sociais e econômicas, como o acesso a saúde e educação. Sem que haja o efetivo acesso a tais fatores elementares, não é possível que haja o efetivo desenvolvimento, pois, nas palavras de Sen (2010, p. 17), “a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas”. A liberdade, frise-se,

é entendida como o exercício pleno dos direitos e garantias que são dispostos ao indivíduo, de modo que, tendo acesso a eles, a consequência primordial é a da efetivação da cidadania e da participação. A condição de liberdade do agente funciona como motor ao desenvolvimento, à medida que as oportunidades e liberdades influenciam diretamente no que as pessoas conseguem de fato realizar. Assim, pode-se inferir que o indivíduo com menor acesso a oportunidades, como baixa escolaridade e renda insuficiente, terá menos perspectivas de atuação como agente ativo socialmente, não podendo, desse modo, contribuir de modo eficaz para o desenvolvimento.

A efetivação dos direitos fundamentais, encarados aqui como liberdades, pela perspectiva do teórico estudado, são mecanismo para o desenvolvimento, pelo fato de proporcionarem ao indivíduo emancipação e ampliação de suas capacidades. O acesso a direitos fundamentais, como a moradia adequada, é forma de promover aos moradores de favelas mais liberdade dentro do espaço em que vivem, podendo tornar-se pessoas socialmente integradas e economicamente ativas, por encontrarem oportunidades adequadas. Necessário destacar o pensamento de Sen:

O processo de desenvolvimento, quando julgado pela ampliação da liberdade humana, precisa incluir a eliminação da privação dessa pessoa. Mesmo se ela não tivesse interesse imediato em exercer a liberdade de expressão ou de participação, ainda assim seria uma privação de suas liberdades se ela não pudesse ter escolha nessas questões. O desenvolvimento como liberdade não pode deixar de levar em conta essas privações. A relevância da privação de liberdades políticas ou direitos civis básicos para uma compreensão adequada do desenvolvimento não

tem de ser estabelecida por meio de sua contribuição indireta a outras características do desenvolvimento (como o crescimento do PNB ou a promoção da industrialização). Essas liberdades são parte integrante do enriquecimento do processo de desenvolvimento. (2010, p. 56)

O acesso a liberdades, portanto, não deve ser visto de forma restrita a dados estatísticos referentes ao desenvolvimento, mas como peças indispensáveis ao processo de desenvolvimento. A garantia de moradia adequada a todos, em especial aos moradores de favela, grupo vulnerabilizado aqui estudado, pode ser entendida como alternativa de promoção das liberdades individuais e, conseqüentemente, da ampliação do desenvolvimento.

Finalmente, é importante ressaltar que não é o Poder Público o único responsável pela efetivação do direito à moradia digna, embora seja um dos principais beneficiados com suas conseqüências. A sociedade civil, por meio da inclusão social, e as empresas privadas desempenham papel de grande importância nesse processo. Conforme lecionam Bernardo Kliksberg e Amartya Sen (2010, p. 364), espera-se que a empresa privada também colabore com as políticas públicas em questões que digam respeito a matérias de interesse coletivo, como melhoria da qualidade de ensino e inclusão dos jovens marginalizados. Dessa lição, pode-se entender que o papel das empresas não deve abster-se apenas ao lucro próprio, mas buscar prestar um retorno à sociedade, incentivando também o seu crescimento.

## Considerações finais

Com a realização deste estudo, percebeu-se a importância dos direitos fundamentais e do imperativo categórico

kantiano para toda a sociedade, não só em sede profilática (como medidas sociais para evitar consequências a longo prazo), mas também para a ampliação das liberdades e promoção do desenvolvimento social e econômico.

Embora a precariedade de inúmeras casas de favelas ainda seja uma realidade brasileira e ainda haja o preconceito relacionado aos seus habitantes, dificultando especialmente a busca por empregos formais, vê-se nas políticas públicas de inclusão social dos moradores de favelas e na urbanização das comunidades maior oferta de oportunidades e, conseqüentemente, maior possibilidade de desenvolvimento econômico, por meio da emancipação dos indivíduos integrantes da sociedade.

Por fim, destaca-se que a responsabilidade para alterar o atual quadro de descaso e esquecimento de diversas favelas não é exclusiva do governo brasileiro, mas de todas as pessoas conjuntamente, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas. A sociedade civil tem importante papel a exercer, no que diz respeito à inclusão social e busca pela redução do preconceito e das iniquidades sociais. As pessoas jurídicas de direito privado, por sua vez, devem apresentar contraprestação à população e investir grandemente nos setores sociais mais afetados, para que, só assim, conjuntamente, o desenvolvimento econômico possa ser mais efetivo.

## Referências

BRASIL. IBGE. **Dia Nacional da Habitação:** Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas.html>>. Acesso em 25 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Portal de Direito Internacional. Viena: 14-25 de Junho de 1993. Disponível em: < [http://www.oas.org/dil/port/1993/Declaração e Programa de Acção adoptado pela Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos em junho de 1993.pdf](http://www.oas.org/dil/port/1993/Declaração_e_Programa_de_Ação_adoptado_pela_Conferência_Mundial_de_Viena_sobre_Direitos_Humanos_em_junho_de_1993.pdf) >. Acesso em: 04 mai. 2016.

DAGNINO, E. Movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GANDRA, Alana. **Mais de 40% de moradores “do asfalto” não contratariam pessoas da favela para trabalhar**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/02/moradores-do-asfalto-tem-visao-preconceituosa-em-relacao-favelas>>. Acesso em 15 mai. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2007.

KLIKSBERG, Bernardo; SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

# Necessidade da descriminalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro: breve análise a partir da obra “as intermitências da morte”

*Iasmim Barbosa Araújo e Pedro Higor Silva Oliveira*

## Introdução

José Saramago, na sua obra “As Intermitências da Morte”, que é escolhida a título ilustrativo da situação aqui exposta, apresenta a situação em que a morte resolve se ausentar e, em determinado local, as pessoas simplesmente não morrem mais. A princípio, a situação anima a todos, porém, com o passar do tempo, os seus habitantes percebem as consequências práticas da vida eterna, como é o caso da superlotação de hospitais – já que vida eterna não corresponde à juventude eterna, continuando o corpo físico a se deteriorar – e mesmo

a cômica situação da falência de empresas de seguro de vida. Com isso, eles descobrem que nos outros lugares as pessoas continuam a morrer normalmente, fato esse que os faz levar seus entes queridos, que já estavam no leito de morte, mas não morriam, para atravessar as fronteiras e obter uma morte digna, pondo fim a uma vida de sofrimento.

Essa situação, embora apresentada inicialmente de forma alegórica, é recorrente no cotidiano de hospitais e clínicas de tratamento no país, à medida que diversos pacientes são mantidos internados, prolongando o sofrimento causado por doenças sem perspectiva de cura, e impedidos de pôr um fim à angústia de forma autônoma, submetendo-se a situações de degradação física e psicológica, pelo fato de os médicos ou seus familiares não poderem agir positivamente de modo a cessar tal cenário, embora seja a sua vontade. É com essa ilustração inicial que são travadas as questões aqui apresentadas, com o intuito de propiciar o debate acerca da descriminalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de amenizar o sofrimento de um paciente, não deixando que a morte ocorra naturalmente, caso da ortotanásia, tampouco auxiliando no seu suicídio, mas agindo para a efetivação de sua morte digna, antes que se chegue a um estado de deterioração da pessoa.

Embora seja claramente uma conduta humana, com o intuito de ajudar uma pessoa que está em má situação, evitando seu desgaste, conforme seja sua vontade, a eutanásia é tida ainda como crime no ordenamento jurídico brasileiro. Embora haja a possibilidade de uma redução de pena, pelo fato de o julgador poder entender o crime como homicídio privilegiado, em que há relevante valor social (art. 121, §1º, do Código Penal), a conduta ainda é penalizada como homicídio, estando o agente sujeito a cumprir as penas decorrentes de sua ação. São frequentes os exemplos de profissionais

da área da saúde julgados e punidos por terem praticado ou ordenado que se praticassem atos que acabaram por retirar a vida do paciente. Caso conhecido é o do médico Italo Fernando Fumagali e sua auxiliar, em 2007, pela prática da eutanásia, tendo sido condenados por homicídio por ministrarem alta quantidade de medicamentos em paciente em fase terminal, fato que levou à sua morte. A maior discussão que se trava com relação à conduta médica diz respeito à ética: o médico deve prosseguir respeitando a vontade do paciente, de tirar sua vida, ou seguir seu juramento de manter a vida até quando seja possível? Entendemos que o médico deve, sim, procurar manter a vida, mas também respeitar os anseios do paciente, que se encontra em estado de sofrimento.

A discussão, porém, não é restrita nem pode ser exaurida em um único trabalho, o que evidencia a necessidade da discussão acerca da temática abordada neste estudo, em que se propõe o sopesamento principiológico entre a vida e a dignidade, questionando-se até que ponto seria aceitável privilegiar um em detrimento do outro, motivo pelo qual propomos a descriminalização da eutanásia. Não sua legalização, muito menos sua proibição, mas o meio termo proposto por Luis Jimenez de Asua (2003), no intuito de não criminalizar tal prática, concedendo o perdão judicial àqueles que, justificada e comprovadamente, a realizarem em cumprimento da vontade do paciente. Para tanto, neste estudo foi utilizada exclusivamente a perspectiva metodológica dedutiva, realizada a partir de levantamentos de dados bibliográficos, documentais, legislativos e via rede mundial de computadores, entre outras fontes de leitura, com ênfase para autores como Immanuel Kant e Zigmunt Bauman, com o objetivo principal de promover o diálogo de uma perspectiva jurídico-social acerca da temática abordada.

## 1. Suicídio assistido, ortotanásia e eutanásia

Antes mesmo de tocarmos no cerne da discussão aqui almejada, cumpre salientar brevemente a distinção entre eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia, vez que a primeira nomenclatura vem sendo utilizada de maneira bastante genérica para classificar qualquer atuação no sentido de promover uma morte digna, não havendo a necessária diferenciação terminológica e se estabelecendo certa confusão entre os conceitos. O professor e advogado Paulo Ferrareze Filho (2010) apresenta essa distinção de maneira bastante didática: a eutanásia, também conhecida como eutanásia ativa, é a participação ativa de um terceiro na aceleração do processo de morte; é o caso, por exemplo, da situação em que se ministram medicamentos responsáveis por cessar a vida do paciente. O suicídio assistido, como o nome já aponta, não conta com a atuação ativa de um terceiro, mas apenas de seu auxílio para que o paciente retire sua própria vida. Por fim, a ortotanásia pode ser caracterizada como a não interferência no decurso da morte natural, apenas redução do sofrimento, como é o caso de pacientes que rejeitam tratamento médico para o seu caso clínico; essa é a única possibilidade com regulamentação do Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de sua resolução de nº 1.805/2006, que determina que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (BRASIL, 2006)

Entretanto, apesar de haver tal determinação do Conselho Federal de Medicina, entendemos que ela não é suficiente para sanar todos os problemas relacionados ao direito à morte digna, à medida que trata apenas das situações que envolvam degeneração física decorrente da enfermidade, não contemplando a deterioração mental (como é o caso de doenças psico-degenerativas, a exemplo do Alzheimer), além de não tratar sobre a antecipação do processo de morte, prevendo exclusivamente a diminuição dos sintomas que causem sofrimento ao paciente, estando este ainda sujeito a enfrentar todo o processo de uma morte degradante, motivo pelo qual defendemos a descriminalização da eutanásia, visto que esta possibilita a retirada da vida, a critério do paciente, quando esta não lhe seja mais gratificante ou lhe traga indignidade, independentemente do grau de sua enfermidade, mesmo que esta seja exclusivamente psíquica.

## 2. Abordagem principiológica

Em uma abordagem constitucional, a problemática da recepção da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro se encontra em um aparente conflito entre Princípios Fundamentais que compõem os Direitos Humanos, quais sejam a Vida, a Dignidade e a Honra, este último de forma subsidiária ao princípio da Dignidade. Realmente, esse conflito é apenas aparente, vez que, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1993), princípios não conflitam entre si, mas convivem de forma harmônica no ordenamento, sendo um o fundamento do outro. Isso justifica nossa tese de que nem a vida nem a dignidade podem se sobrepor um ao outro, mas sim se complementarem.

Essa visão foi ratificada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, consignando que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Desse modo, a harmonização dos princípios aqui tratados se concretiza no conceito de vida digna, amplamente discutida jurídica e socialmente, a partir de problemáticas cotidianas, como pobreza e exclusão social. Porém, o conceito de morte digna, que decorre naturalmente do primeiro, embora seja fato biológico e natural, não encontra espaço nas discussões que abrangem a dignidade da vida, visto que, por questões ideológico-culturais<sup>72</sup>, tendemos a não falar sobre o processo de morte, fortalecendo cada vez mais o estigma em torno da concretização de uma morte digna, possibilitada pela eutanásia.

## 2.1. A vida

---

72. O jurista Norberto Bobbio apresenta a perspectiva de que na sociedade coexistem três poderes, que exercem influência na organização do corpo social, sendo estes: o poder político, o poder econômico e o ideológico. Este último apresenta-se como um dos principais reguladores da perspectiva social acerca de diversos temas do cotidiano, sendo controlado por instituições como a Igreja e a família. Desse modo, entende-se que discussões que contradizem preceitos morais ou religiosos podem tornar-se estigmas sociais, como é o caso da discussão sobre a antecipação do processo de morte. (BOBBIO, 1996)

Nas bases do constitucionalismo, temos como princípios basilares a vida, a liberdade e a propriedade. Em legislações infraconstitucionais, como o Código Civil, a propriedade sempre foi objeto de maior proteção do legislador, que visava a garantir os direitos patrimoniais e o cumprimento dos contratos, dando importância especial a princípios como *pacta sunt servanda*, que punha até mesmo a integridade e a liberdade do indivíduo em segundo plano frente à propriedade e aos negócios jurídicos (GONÇALVES, 2016). Porém, com o avanço do pensamento filosófico e jurídico acerca de necessidades humanas fundamentais e instituindo-se princípios como dignidade da pessoa humana, estes, atrelados ao direito à vida, que já era previsto, passaram a figurar no rol dos principais fundamentos constitucionais, tornando-se imprescindíveis para a manutenção de todos os demais direitos.

Foi também moral e socialmente convencionado que a disposição do direito à vida não nos é facultada, em maioria devido às bases cristãs da nossa sociedade, como já explicitado na demonstração do pensamento de Norberto Bobbio acerca das instituições que regem a vida social. Além deste, outro autor que retrata a forma como a sociedade lida com as informações que lhes são apresentadas é Jürgen Habermas, que apresenta a teoria do mundo da vida, composto pelo mundo objetivo (conjunto de enunciados verdadeiros), mundo social (conjunto de relações interpessoais) e o mundo subjetivo (conjunto de experiências de vida do interlocutor). Com a inserção da pessoa no chamado mundo da vida, este torna-se influenciado pelos mundos e informações que o cercam, ajustando sua linguagem aos elementos dos três mundos, esclarecendo Habermas que:

O agir comunicativo depende de um processo de interpretação cooperativo em que os participantes se

referem simultaneamente a algo no mundo subjetivo, no mundo social e no mundo objetivo [...] Os falantes e ouvintes utilizam o sistema de referência dos tês mundos como uma moldura no interior da qual tecem e interpretam definições comuns relativas à situação de sua ação. (HABERMAS, 2012)

Assim, são as experiências e a inserção dos interlocutores em um ou outro contexto que colaboram para a estruturação de seu discurso. Desse modo, não há que se esperar que em um país tradicionalmente cristão, como o Brasil, não haja qualquer tipo de influência dos preceitos morais e religiosos na formação ideológica e, conseqüentemente, jurídica, dos cidadãos, havendo constante reprodução de padrões culturais e sociais com os quais estes estão habituados a conviver. Portanto, sendo partes da população brasileira, o constituinte e o legislador adequaram as normas jurídicas brasileiras à realidade social e cultural preexistente, escolhendo pela indisponibilidade da vida, mesmo que esta não seja vivida da forma como seu portador desejaria.

Nota-se, entretanto, que o vocábulo “vida” possui variados significados. Seria a vida, portanto, a manutenção da funcionalidade orgânica do corpo do homem? Ou um conceito transcendental, que envolveria também a forma como esse homem vive, sua personalidade e sua interação com o meio em que está inserido? Acreditamos que o primeiro trata-se de um pensamento muito reducionista de todas as perspectivas às quais a visão humana de sua existência pode ter, já que no desenvolvimento dos séculos essa visão tem se alterado, o que nos leva a pensar o próximo princípio a que nos propomos tratar.

## 2.2. A dignidade

Este princípio não estava previsto originalmente nas bases do constitucionalismo, todavia um evento histórico fez mudar radicalmente essa visão, tornando esse, segundo a maioria dos constitucionalistas modernos, o princípio mais importante do ordenamento, sendo base até mesmo para a própria vida. A ascensão do Nazismo na Europa, a perseguição de judeus e outras minorias na Alemanha e, depois, em todos os países invadidos pelo 3º Reich e, por fim, o Holocausto, moveram o raciocínio jurídico para a capacidade destrutiva e a prática de atrocidades humanas. A humanidade se deparou com um crime maior que retirar a vida de alguém: a degradação gradual e da própria capacidade existencial. Era importante não apenas que a vida fosse mantida – em certa perspectiva não foram as mortes que mais chocaram, sendo esse o cenário comum da guerra, mas a forma como essas mortes vieram a ocorrer –, o mais importante era manter a dignidade da pessoa.

Dado este acontecimento, as autoridades de diversos países refletiram sobre a necessidade de contemplar a temática dos Direitos Humanos, que até então não tinha especial destaque social e acadêmico. Assim surge, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu artigo VI preleciona que: “Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”, instituindo um marco para o Direito. Corroborar com essa ideia o pensamento de Kant quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana, segundo o qual os homens devem ser tratados como fins em si próprios: “aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre, ao mesmo tempo, como um fim” (KANT, 2007).

Se nos aprofundarmos mais, temos que os direitos fundamentais são aqueles inerentes ao homem por sua característica de ser humano. Mas o que nos faz humano? Essa é uma ques-

tão a que se atém à filosofia, uma questão existencial; da mesma forma se apresenta a dignidade. Segundo Miguel Reale:

A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais. A personalidade do homem situa-o como ser autônomo, conferindo-lhe dimensão de natureza moral. No plano jurídico a personalidade é isto: a capacidade genérica de ser sujeito de direitos, o que é expressão de sua autonomia moral. (REALE, 1997)

Com isso, percebe-se que, se é a dignidade pilar dos direitos fundamentais, não constitui apenas um direito a ser garantido, mas uma das características que nos torna humanos. Ao se retirar a dignidade do ser, ele é reduzido a uma categoria inferior de existência, não sendo mais visto no mesmo patamar que os demais seres humanos. Portanto, a dignidade da pessoa, como princípio constitucional e norteador de outros princípios, deve ser entendida não só como fundamento para uma vida digna, mas para uma morte também digna, sendo essa a base que justifica a tese aqui proposta de descriminalização da eutanásia.

### 3. Formalização da decisão do paciente

Após apontados os elementos que justificam a defesa aqui realizada, resta inequívoco que as soluções possíveis e as formas de tornar a eutanásia um meio sério e seguro de garantir a morte digna também precisam ser discutidas e propostas. Não se pode negar a necessidade de formalização e instrumentalização de quaisquer decisões que sejam tomadas, no tocante à constituição ou modificação de direitos, de modo a traduzir seriedade e credibilidade para aquela ação, especialmente ao se

tratar de decisão tão impactante quanto a escolha pela retirada da própria vida, quando esta não mais lhe pareça digna.

Claramente, a proposta de descriminalização da eutanásia não tem como fundamento a banalização da vida, tratando de forma simples e pueril esse procedimento, livre de qualquer formalidade. Pelo contrário, um dos principais aspectos com que se deve preocupar ao propor tal mudança no ordenamento jurídico é a forma como a vontade do paciente será expressa e por quais meios podem os familiares, a equipe médica e todos os outros envolvidos no processo se resguardar, no caso de eventuais acusações contra eles. Em outras palavras: é necessário que a vontade do paciente esteja expressa em documento cuja autenticidade possa ser comprovada e por meio do qual os envolvidos pela autorização e realização do procedimento de eutanásia não sejam penalizados por fatos que possam ser a eles imputados, havendo a possibilidade de comprovar concretamente que aquela era a vontade do paciente.

Esse resguardo já é garantido para o caso permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o da ortotanásia, por meio da resolução de nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. Para que esta seja realizada, o médico deve observar, antes de tudo, as diretivas antecipadas de vontade deixadas pelo paciente, ou ouvir seu representante, no caso de este haver sido nomeado. Considera diretivas antecipadas de vontade como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (BRASIL, 2012). Acontece que, por permitir apenas a ortotanásia, a resolução limita as diretivas a tomada de decisões acerca da realização de procedimentos e tratamentos para prolongar sua vida, não permitindo que o paciente decida a respeito da retirada efetiva da vida.

O tema específico das diretivas antecipadas de vontade remota ao final da década de 1960, nos Estados Unidos, mas é assunto parcamente trabalhado no Direito brasileiro, fato que presumimos ser decorrente da já citada cultura de estigmatizar temas como a morte e a degeneração física e mental. Tratam-se de forma de expressão de vontade acerca de tratamentos médicos, tendo como espécies o mandato duradouro e o testamento vital, que podem e, preferencialmente, devem, ser realizados concomitantemente, sendo o primeiro espécie de procuração, em que o mandante institui poderes para que seu representante apresente ao médico suas vontades previamente estabelecidas no citado testamento vital. Caso não haja a instituição de um mandatário, é provável que estas diretivas, realizadas por meio de instrumento público ou particular, permaneçam desconhecidas dos médicos e familiares, fato pelo qual os pesquisadores e doutores Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco propõem que seja criado o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas, como forma de publicizar tais documentos, ampliando a efetiva realização da vontade do paciente.

Acontece que, como estes mesmos pesquisadores discutem em um de seus trabalhos, dos modelos de Diretivas Antecipadas de Vontade até então existentes, apenas no estado do Maine, nos Estados Unidos, as demências são apresentadas como condição clínica sobre a qual se pode discutir acerca do fim da vida. Nos outros estados, apenas discutem-se as hipóteses de tratamentos, ou de sua recusa, nos casos de acometimento por doenças terminais ou situações de completa ausência de consciência – fato com o qual discordamos completamente, visto que defendemos que as demências constituem estado que pode causar sensação de indignidade na pessoa e, portanto, devem ser tratadas como hipótese em que o paciente deve poder decidir pelo fim ou continuidade da vida.

Apesar do patente sofrimento de pacientes que se encontram nessa situação, porém, a modernização da sociedade, com a conseqüente individualização, produz o que Zygmunt Bauman (2005) define como “refúgio humano”, por meio do qual os indivíduos excluídos da cena pública, por quaisquer motivos, tornam-se irrelevantes de consideração quando da tomada de decisões e das deliberações acerca de políticas públicas ou de processos legislativos, no sentido de favorecimento de tais grupos. Desse modo, frisa Bauman que “[...] removemos os dejetos de maneira mais radical e efetiva: tornando-os invisíveis, por não olhá-los, e inimagináveis, por não pensarmos neles”. À medida que a problemática dos pacientes terminais é deixada de lado, mais estes são relegados ao esquecimento e menos soluções para a sua situação são encontradas, permanecendo em um limbo jurídico e social.

Assim, demonstram-se as duas questões que levantamos no decorrer do presente trabalho: a necessidade de descriminalizar a eutanásia, como forma de garantir que seja cessado de pronto o sofrimento e a degradação física e psicológica do paciente, e de permitir, além de tudo, que as diretivas antecipadas de vontade, como instrumento bastante para sua realização, possam versar também sobre o fim da vida em situações de estados de demência ou degeneração psíquica. A proibição da realização da eutanásia remete-nos ao chefe de governo da obra de Saramago, que, por se sentir pressionado pelos chefes de governos vizinhos, instala guardas nas áreas limítrofes do país, de modo a impedir que os familiares continuassem levando os enfermos para que pudessem desfrutar de uma morte digna, o que representa ato de autoritarismo e ausência de empatia quanto ao sofrimento alheio.

Em Hamlet, ato III, o poeta e dramaturgo inglês William Shakespeare trata da morte de forma bastante sutil, porém lúcida e suficiente para que possamos chegar à conclusão de que

a morte não pode ser encarada como algo a se temer, mas uma realidade a ser enfrentada, da qual não há escapatória e para a qual só nos resta pedir para que seja digna e sem sofrimento:

Morrer é dormir. Nada mais.

E por um sonho, diremos, as aflições se acabarão e as dores sem número, patrimônio da nossa débil natureza.

Isto é o fim que deveríamos solicitar com ânsia. Morrer é dormir... E talvez sonhar.

## Considerações finais

Historicamente, como já abordado, os Direitos Humanos constituíram uma problemática com grande repercussão, que teve cada vez mais visibilidade à medida que o processo civilizatório se desenvolveu, haja vista que não poucas foram as tentativas de institucionalizar tais direitos. No plano filosófico, igualmente, foram enfrentados diversos desafios no sentido de estabelecer conceitos fundamentais como vida humana digna, igualdade e liberdade. Porém, os esforços não foram em vão; tanto é verdade que, como consequência direta desse desenvolvimento, as Cartas Constitucionais de diversos países passaram acatar tais conceitos, estando o texto constitucional brasileiro também atento a tais previsões, não permitindo que sejam aceitas quaisquer formas de degradação do ser humano, pois trata a dignidade como preceito fundamental.

É clara e inequívoca a proibição a qualquer um ferir a dignidade de outrem, em qualquer âmbito, seja ele moral, psicológico ou físico. Então, se pensarmos extensivamente, é de mesma forma claro que não seria permitido ao ordenamento permanecer passivo frente à degradação dessa dignidade por algo como

uma doença degenerativa, mortal e incurável. De forma mais singela, a conclusão lógica é que a dignidade se estende não apenas aos processos de vida, mas também aos de morte, devendo o Estado, enquanto garantidor dos Direitos Fundamentais, algo fazer quando, em qualquer situação, tais direitos são lesados.

Assim, em outras palavras, a medida mais interessante a ser adota pelo Poder Público é a efetiva descriminalização da prática da eutanásia, que se faz necessária, em muitos casos, para a “boa morte” e para que o paciente possa “atravessar a fronteira”, como alude Saramago, de forma digna, como já lecionava o brocardo romano: *sedare dolorem opus divinum est*.

## Referências

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Liberdade de amar e direito a morrer**. Tomo II: Eutanásia e endocrinologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

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

\_\_\_\_\_. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra/PT: Livraria Almeida, 1993.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: Declaração e Programa de Ação de Viena. Portal de Direito Internacional. Viena: 14-25 de Junho de 1993. Disponível em:< <http://www.oas.org/dil/port/1993>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DADALTO, Luciana; GRECO, Bartolomeu Dirceu; TUPINAMBÁS, Unai. **Diretivas antecipadas de vontade**: um modelo brasileiro. Revista Bioética. 2013; 21(3): 463-476.

FILHO, Paulo Ferrareze. **Direito à morte: possibilidades e perspectivas**. Blumenau: Revista Jurídica – CCJ/FURB. jan./jul. 2010. v. 14. n.º 27. p. 75-89.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. v.2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2**: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26.ed. São Paulo: Saraiva,1997.

SARAMAGO, José. **As Intermitências da Morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: 2010.

# O meio ambiente enquanto sujeito de direitos: possibilidade constitucional ou vazio hermenêutico?

*Elson Pereira de Oliveira Bastos e Jaime Leônidas Miranda Alves*

## Introdução

O Direito representa o ramo da ciência que tem por objeto a regulamentação da conduta humana. Via de consequência, é inerente à sua natureza a reconstrução de seus institutos no mister de acompanhar os reflexos da vida em sociedade. Com efeito, o exercício de compreender o Direito é tarefa contínua, cumprindo ao exegeta, num exercício dialético, questionar os fenômenos sociais bem como sua correspondência com o dever ser (*norma agendi*).

Dessa labuta não escapa os direitos fundamentais. Com efeito, esse rol de direitos se consubstancia no mínimo necessário à garantia da vida digna e, talvez por isso, vem tendo sua significação amplamente modificada a partir da evolução histórico-constitucional.

Nesse diapasão, o presente trabalho tem como proposta a construção de um esboço histórico dos direitos fundamentais, percorrendo os momentos de evolução do Estado em suas facetas – liberal, social – até o momento da virada linguística fundante do neoconstitucionalismo, traçando um paralelo com o desenvolvimento dimensional dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo, tido como triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, é a tese da pesquisa, visto sua conjectura inaugural de consagrar os direitos fundamentais. Vencidas as digressões iniciais, a pesquisa se concentrará no estudo dos direitos transindividuais – aqueles cujo objeto de proteção escapa da esfera do indivíduo – de forma a estabelecer como estes direitos estão sendo compreendidos sob a prisma do conhecimento jurídico dominantes.

Dentre os direitos transindividuais, destaca-se aquele referente ao direito do indivíduo em habitar um meio ambiente de qualidade (tese dominante). Todavia, hoje há entendimento no sentido de que o meio ambiente não se limita a um objeto jurídico passível de ser tutelado, mas, noutro giro, deve ser considerado sujeito de direito. É o que já vem, inclusive, sendo expressado em recentes Constituições na América Latina. A pesquisa vem a averiguar se essa compreensão do meio ambiente como sujeito de direitos merece prosperar.

## 1. Direitos fundamentais: aspectos conceituais e esboço histórico

Primeiramente, cumpre destacar que na doutrina e no direito positivo não há consenso terminológico quando se pensa em direitos fundamentais. Dessa forma, diversas expressões são utilizadas no mister de representar as garantias mínimas necessárias à subsistência digna do homem, a

exemplo de “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, dentre outros

Tal fato é esboçado por Sarlet (2015, p. 27), que reconhece que a Constituição Federal, não obstante os avanços alcançados na tentativa de consagração de direitos fundamentais, utiliza-se de diversas expressões tais como: a) direitos humanos (art. 4º, II), b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º,§1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60,§4º, IV), o que aponta para a heterogeneidade e ausência de consenso terminológica.

Para os fins a que se destina a presente pesquisa, serão considerados direitos fundamentais como “[...] os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, p. 01).

Nessa esteira, considera-se, para fins didáticos, os direitos fundamentais como aquele rol de direitos previstos em determinada ordem jurídico-constitucional em evidente contraposição ao conceito mais aceito de direitos humanos que, por sua vez, têm “um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecido na esfera internacional” (LUÑO, 1999, p. 48).

No mesmo sentido, Alexy (2005) ensina que os direitos fundamentais ultrapassam substancialmente os limites nacionais, já os direitos humanos ultrapassam, substancial e sistematicamente, a ordem nacional, possuindo, em razão disso, validade universal, independentemente de qualquer posituação.

Dentre as diversas nomenclaturas empregadas, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” consistem naquelas em que há verdadeira distinção conceitual, haja vista o reconhecimento dos limites sistêmicos impostos aos direitos fundamentais e que não se estendem aos humanos. As ou-

tras terminologias, noutro giro, deixam de representar significativas variações conceituais, muitas vezes consistindo em espécies destes ou daqueles. Para a presente pesquisa, se adotará a expressão direitos fundamentais todas as vezes em que se pretender fazer referência a valores essenciais constitucionalmente assegurados (HABERMAS, 1998).

Vencidas as digressões iniciais acerca do conceito dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer alguns pontos de destaque em sua trajetória histórica, percorrendo, nesse mister, a sua evolução dimensional.

Conforme entendimento esboçado por Luño (1999, p. 33), o processo de elaboração dos direitos fundamentais teve início na positivação das primeiras declarações, ainda no século XIII. Com efeito, o documento referido como antecedente dos direitos fundamentais, a *Magna Charta Libertatum*, data de 1215 e serviu como ponto de referência para algumas liberdades civis clássicas, tais como a garantia do *habeas corpus*, do devido processo legal e a garantia da processo.

A esse respeito, importante, todavia, apontar o posicionamento de Sarlet (2015, p. 41), para quem “em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiros”.

Destaca-se, ainda, que esses documentos, não obstante sua inegável importância, não possuem o caráter de autêntico de consagrar direitos fundamentais na medida em que tratavam-se apenas de pactos visando estatizar privilégios pautados na desigualdade e em prol de determinados estamentos sociais.

Avançando na construção histórica dos direitos fundamentais, necessário fazer menção a respeito do Édito de Nantes, de 1685, que, inspirado na Reforma Protestante, veio a reconhecer a liberdade de opção religiosa e de culto. Nesse período, outros documentos de destaque são os firmados por ocasião da Paz de Augsburgo e da Paz de Westfália, além do

*Toleration Act*, todos contribuindo na esfera do pensamento filosófico, especialmente no que concerne à laicização da doutrina do jusnaturalismo e na elaboração teórica do individualismo liberal de cunho burguês (SARLET, 2015, p. 42).

Os séculos VXII e XVI<sup>o</sup> foram períodos de intensa contribuição no que tange à positivação dos direitos fundamentais. Relativos a esse período, destaca-se: a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, que veio como resposta à Revolução Gloriosa no ano anterior.

Nesses documentos, consoante lição de Vieira de Andrade (2012, p. 26), os direitos fundamentais formalmente garantidos – o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o direito de petição e uma relativa liberdade de expressão – vêm na forma de enunciados gerais de direito costumeiro, resultado da progressiva limitação do poder estatal.

Está-se diante a um período que ficou conhecido como Estado Liberal ou de Direito, na qual o iluminismo proporciona uma busca de identificação do “eu”. É nesse momento da história em que o Estado é condicionado à mínima intervenção, limitando sua atuação por meio da positivação de direitos. Essa positivação, inclusive, é consequência do iluminismo, que traz a noção de que o homem tem direitos em razão de sua individualidade.

Fala-se, por conseguinte, na formação da primeira dimensão dos direitos fundamentais, correspondente ao anseio por liberdade frente à atuação estatal. No mesmo sentido, Sarmento (2006) ensina que são estes direitos os concebidos como limites à atuação dos governantes, em favor da liberdade dos governados, de forma a traçarem um campo no qual era vedada a interferência do ente público, daí porque serem tidos como liberdades negativas

Segundo Alves e Marisco (2015, p. 66), “a teoria da primeira dimensão dos direitos fundamentais solidificou-se

como resposta à clássica dicotomia entre público e privado”, porquanto, com a sua consagração tornou-se possível separar de forma linear os contornos do Estado e da Sociedade Civil.

São comumente considerados dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão coletiva (de expressão, imprensa, manifestação, reunião, etc.) e os direitos políticos (CANOTILHO, 1999).

Mais adiante, um novo contexto social exigiu uma reformulação dos direitos fundamentais na forma em que até então eram compreendidos. Fala-se, por conseguinte, dos impactos da industrialização e os problemas econômicos que o acompanharam – causa – e a construção da doutrina dos direitos sociais – consequência.

Acerca dos direitos sociais, incute percebê-los num contexto no qual a população sentia os efeitos do mercado opressor e que o Estado era deveras omissor. É nesse cenário que se constatou que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, o que, segundo aponta Sarlet (2015, p. 47) levou a movimentos reivindicatórios em prol da justiça social.

É nessa conjuntura em que surgem os direitos sociais, a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, também considerados direitos positivos, vez que exigem prestações positivas do Estado, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outras.

É em razão do exposto que Marmelstein (2008, p. 50) defende que, de maneira distinta ao que ocorre na primeira dimensão, a segunda dimensão de direitos fundamentais prima pela necessidade de atuação concreta por parte do poder público com vias a construir uma sociedade igualitária.

Aqui, a formalização da liberdade e da igualdade formal não são suficientes: pleiteia-se a igualdade material de forma que “os

titulares de um direito social têm a prerrogativa de reclamar do Estado prestações positivas ao tempo em que se veem protegidos de ingerências indevidas por parte do poder público ou até mesmo de particulares” (ALVES; MARISCO, 2015, p. 68).

Em termos históricos, Simões (2012, p. 83) aponta como origem da discussão em torno do Estado Social – modelo estatal que teceu as bases para a consagração da segunda dimensão dos direitos fundamentais – a Revolução Russa de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a Revolução Mexicana, e a Constituição Mexicana e, por fim, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra e a Constituição de Weimar de 1919.

O Estado Social veio com o sentido de subverter, de reestruturar as instituições sociais da época apoiada na Democracia. Com efeito, Rousseau encontrava na Democracia a conciliação das classes, um verdadeiro acordo de energias humanas que possibilitaria a busca por um bem comum a todos.

Se a segunda dimensão de direitos fundamentais vem como resposta à crise econômica, a terceira dimensão – representada pelos direitos transindividuais – é resposta à massificação das relações sociais.

Aqui, deixa-se em segundo plano os ideais de liberdade e igualdade no mister de assegurar a fraternidade. Talvez por isso, parte da doutrina compreende que a terceira dimensão de direitos fundamentais representou o fim da clássica dicotomia entre o direito público e o privado, porquanto consideram que os interesses metaindividuais situam-se em uma zona intermediária.

Nesse jaez em que se admite o gênero humano como sujeito de direitos (SARLET, 2015, p. 48), são comumente citados como pertencentes à terceira dimensão dos direitos fundamentais, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, além da comunicação (BONAVIDES, 2013, p. 523).

Com efeito, a nota distintiva dos direitos transindividuais remonta basicamente em sua titularidade, muitas vezes indefinida e indefinível, fazendo-se necessário a elaboração de novas técnicas de proteção, a exemplo da edição do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

No mesmo sentido, passou-se a admitir o Estado como sujeito de determinados interesses transindividuais – como a paz e a autodeterminação dos povos, por exemplo – devendo atuar altivamente no combate à “poluição das liberdades” (LUÑO, 1999), que levou a erosão e degradação dos direitos de primeira e segunda dimensão.

Esgotas as digressões preliminares acerca do escorço conceitual e histórico de evolução dos direitos fundamentais, cumpre, no tópico seguinte, analisar os contornos da tutela do direito ao meio ambiente tal qual proposta pela Constituição Federal de 1988 no mister de avançar no questionamento de se cabe pensar no meio ambiente de qualidade como sujeito de direitos.

## 2 O direito ao meio ambiente de qualidade tratado na Constituição Federal de 1988

Antes de analisar detidamente como a questão do direito ao meio ambiente de qualidade é tratada na Constituição Federal de 1988, deve-se tecer alguns comentários acerca de sua estrutura e, principalmente, do seu movimento inspirador: o neoconstitucionalismo.

Com efeito, conforme ensina Barroso (2006), o neoconstitucionalismo marcou a reaproximação do Direito com a ética, ocupando a Constituição do Estado o ápice do ordenamento jurídico. Mais que isso, inaugurou o Estado Constitucional Moderno, de forma que se passou a negar a proteção insuficiente dos indivíduos.

Para Oliveira (2006, p. 9), na medida em que o Estado Liberal se submetia à legalidade, o Estado Constitucional – também conhecido como Estado Democrático de Direito – tem por premissas, além da conformidade com a Constituição Federal e a lei, o respeito a legitimidade, que se manifesta tendo em vista o viés principiológico conferido aos direitos fundamentais. No neoconstitucionalismo, tem-se por correta as teses de Alexy e Dworkin, de maneira a conferir natureza axiomática aos direitos fundamentais.

Reconhece-se, nesse cenário, a exigibilidade – ou judicialização – dos direitos fundamentais, podendo ser exigidos independentemente de sua natureza. Citando Mendes, Coelho e Brando (2000, p. 209), o indivíduo que tiver seu direito lesionado pode fazer-se valer do Poder Judiciário para fazer cessar e/ou reparar a lesão, não estando condicionada a provocação judicial a forma que esse direito subjetivo se manifesta, podendo revestir-se de proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou de proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Não obstante as conquistas epistemológicas próprias do neoconstitucionalismo acima mencionadas, talvez uma das mais relevantes à investigação proposta diz respeito ao fenômeno de constitucionalização do direito ordinário.

Para Varela (1984, p. 499), a constitucionalização do direito vem como consequência de uma tendência geral da evolução do direito que tem origem no pós-guerra mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos – descodificação –, criando-se uma verdadeira alergia ao sistema codificado. (VARELA, 1984, p. 499).

Voltando a Barroso (2006, p. 20), é ele quem traça os parâmetros de constitucionalização do direito, afirmando haver uma verdadeira “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito adminis-

trativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Como se pode ver, a partir do neoconstitucionalismo, concretizado, aqui, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional, daí porque seu caráter analítico. E de tal processo de constitucionalização não escapou a tutela do direito ao meio ambiente, que passou a ser considerado pela doutrina e jurisprudência como direito fundamental.

Para Fiorillo (2013, p. 499) ao admitir a Constituição Federal de 1988 o meio ambiente como direito fundamental, reconheceu sua vinculação com a dignidade da pessoa humana ao tempo em que evidenciou a necessidade de busca por uma tutela mais efetiva aos ecossistemas naturais.

A tutela constitucional do meio ambiente de qualidade se estruturou, então, a partir da constatação de sua instrumentalidade: protege-se o meio ambiente com fins a garantir a qualidade de vida da coletividade.

A primeira menção à proteção jurídica do meio ambiente encontra-se no rol de direitos fundamentais do art. 5º, CF, que prevê ser legítimo qualquer cidadão para a propositura de Ação Popular visando a anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Não obstante se reconheça que na história constitucional pré-1988 tenha havido alguns poucos dispositivos que trataram do interesse ambiental, foi a Constituição vigente a primeira a dedicar um capítulo inteiro à questão ambiental (Capítulo VI do Título VIII, no estudo da Ordem Social).

A esse respeito, obtempera Milaré (2009, p. 144):

Nos regimes constitucionais modernos, como o português (1976), e espanhol (1978) e o brasileiro

(1988), a proteção do meio ambiente, embora sem perder seus vínculos originais com a saúde humana, ganha identidade própria, porque é mais abrangente e compreensiva. Nessa nova perspectiva, o meio ambiente deixa de ser considerado um bem jurídico per accidens (causal, por uma razão extrínseca) e é elevado à categoria de bem jurídico per se, vale dizer, dotado de um valor intrínseco e com autonomia em relação a outros bens protegidos pela ordem jurídica, como é o caso da saúde humana e de outros bens inerentes a pessoa. De fato, a Carta Brasileira erigiu-o à categoria de um daqueles valores idéias da ordem social, dedicando-lhe, a par de uma constelação de regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo.

Diz-se, por conseguinte, que o art. 225 da Constituição Federal representa o epicentro de toda a proteção jurídica conferida ao meio ambiente. Contudo, em sede de uma análise sistemática, deve-se compreender o meio ambiente tomando por premissa sua posição topográfica na Constituição.

O legislador constituinte ao incluir o capítulo ‘Do Meio Ambiente’ no título ‘Da Ordem Social’ deixou imanente a intenção de se conciliar a preservação ambiental com os interesses de natureza econômica, de modo a garantir à coletividade uma melhor qualidade de vida.

Aqui se percebe claramente: tutela-se o meio ambiente em prol dos interesses do homem, de forma que aquele se configura apenas como um objeto a ser utilizado em favor deste em uma perpetuação de uma hermenêutica extremamente antropocêntrica.

Tal exegese também é possível quando analisada a estrutura semântica do *caput* do art. 225, que estabelece: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, e impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.”

Mais uma vez é nítida a relação sujeito – objeto que marca a tutela do meio ambiente no ordenamento jurídico pátrio. Isso é consequência do fenômeno no neoconstitucionalismo que, conquanto buscou consagrar os direitos fundamentais, colocou como vértice de toda a ordem jurídica a dignidade da pessoa humana. Tudo, nesse diapasão, está, ainda que indiretamente, conectado à dignidade da pessoa humana e voltado para a sua consecução.

Todavia, há entendimento, expresso na Constituição do Equador, de que a relação sujeito – objeto deve ser cambiada, uma vez que não mais representa a realidade da pós-modernidade. Cumpre, a seguir, se merece esse novo posicionamento epistemológico prosperar, na medida em que propõe um cambio linguístico na qual se passa a conceber o meio ambiente como sujeito de direitos.

### 3. É possível considerar o meio ambiente como sujeito de direitos? conjecturas a partir da Constituição do Equador de 2008

Antes de explanar o tratamento da questão ambiental na Constituição do Equador, deve-se fazer uma breve reconstrução histórica.

A refundação constitucional ocorrida no Equador decorre de mais uma década de movimentos sociais, surgidos como resposta ao período colonial de exclusão e marginalização.

Embebido pelo sentimento de multiculturalismo e pluri-étnica, bem como pela necessidade de se pensar uma nova política que amparasse adequadamente os direitos sociais, o povo do Equador aprovou em 2008, por meio de referendo, uma nova Carta constitucional.

A Constituição equatoriana destacou-se por, além de tutelar de maneira mais ampla as cosmovisões indígenas, trazer insita em seu texto a visão biocêntrica, vale dizer, fala-se na natureza como sujeito de direitos (ALVES; MARISCO, 2015)

Tal pode-se perceber quando da leitura de seu artigo 71, *in verbis*:

Art. 71. A natureza ou *Pacha Mama*, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

Conforme entendimento esboçado por Echeverria (2011, p. 104), a Constituição do Equador de 2008 ratifica e sistematiza a importante evolução normativa no que tange à questão ambiental. Mais que isso, amplia a tutela constitucional no

sentido de reconhecer e garantir os direitos da natureza, destacando-se por ser a primeira Constituição do mundo a fazê-lo.

Dispõe que a “*vigência del Estado constitucional de derechos y de justicia plantea un modelo garantista de los derechos ambientales de las personas y de la población; y, desde el año 2008, también de los derechos de la naturaleza*” (ECHEVERRIA, 2011, p. 104).

Essa virada lingüística que se observa tem como baluarte os princípios da *Pacha Mama* e *Sumak Kawsay*, norteadores de um novo pensamento político-jurídico, que nega o antropocentrismo em favor do biocentrismo

Acerca da *Pacha Mama* (deusa terra), Ferreira (2013, p. 408) destaca que sua positivação no texto constitucional do Equador representa o reconhecimento, pelo direito positivo, da plurinacionalidade e interculturalidade, na medida em que se passa a refutar a busca por um “desenvolvimento fundado no antropocentrismo radical e no crescimento econômico a qualquer custo.

Propõe-se, por conseguinte, uma virada lingüística na qual mais uma vez refuta-se o ter em favor do ser e, nesse cenário, os povos indígenas são protagonistas na luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza.

No que concerne à positivação do *Sumak Kawsay*, Tortosa (2009, p. 5). explana que essa inovação do texto constitucional equatoriano vem para cumprir dois objetivos: ao passo em que dá destaque à visão de mundo olvidada no processo de colonização e construção de identidade social; reassegura o comprometimento com o desenvolvimento sustentável, reconhecendo os equívocos do capitalismo desenfreado.

A nova Constituição do Equador rompeu com a individualista que imperava até então nas teorias constitucionais ao implantarem a necessidade de se tutelar as cosmovisões indígenas e os direitos da natureza, enxergando a sociedade a partir de diversas realidades periféricas.

Imperioso destacar a lição de Brandão (2013, p. 99), para quem a Constituição do Equador mostra-se seriamente comprometida com o projeto de transformação da sociedade e, nesse processo, insere elementos novos à teoria constitucional, a exemplo do alargamento das intersubjetividades.

Consentânea lição de Almeida e Nogueira (2012, p. 11), a integração do *bien vivir* nas novas constituições e sua interrelação com a *pacha mama*, apontam para a busca por um novo paradigma no que tange à substituição da individualidade pela coletividade, vem como crítica ao capitalismo e ao neoliberalismo, e propõe uma visão holística do liame homem-natureza, de forma a reforçar o desenvolvimento da descolonização epistemológica.

Nesse espeque, rompe-se com a epistemologia dominante na modernidade, e passa-se a compreender a sociedade como uma soma de “ecologia de saberes” (ALMEIDA; NOGUEIRA, 2012, p. 12).

Como visto, o reconhecimento pelo Direito das cosmovisões indígenas implica na consagração dos direitos individuais, mas, de forma mediata, representa câmbio significativo na tutela metaindividual, na medida em que reverte-se a “a lógica da diversidade cultural, étnica e social de visões sobre o meio ambiente e sobre o desenvolvimento, incorporando, contudo, o ideal do *buen vivir*, com a finalidade de mitigar as desigualdades sociais” (ALMEIDA; NOGUEIRA, 2012, p. 12) e também como possível solução ao problema ambiental que se apresenta, na medida em que se passa a considerar o meio ambiente como sujeito de direitos.

## Considerações

O Direito é o fato social por excelência e, nesse mister, deve modificar seus institutos com o fim de tutelar adequadamente as relações sociais.

É partindo dessa premissa que observou-se a despatriomonalização da ciência jurídica que, aqui, ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com efeito, a nova ordem constitucional descolou o centro valorativo do indivíduo para a pessoa, na medida em que deixou o Código Civil de ser o epicentro normativo.

Observa-se que o “ter” foi preterido visto a necessidade do “ser” como consequência do advento do neoconstitucionalismo e da constitucionalização pela qual passou diversos ramos do direito ordinário.

Cambiou-se significativamente, ainda, a compreensão dos direitos fundamentais, especialmente em sua dimensão subjetiva, aceitando, a titularidade que escapa da individualidade – fala-se, portanto, nos direitos metaindividuais –, bem como da existência de direitos fundamentais de titularidade do Estado, de pessoas jurídicas e de órgãos despersonalizados.

Esse primeiro momento de reestruturação subjetiva recebe o nome de virada linguística, representativo do momento em que passou-se a compreender o direito como mecanismo integrador da dignidade da pessoa humana, de forma a promover uma tutela nitidamente antropocêntrica.

Não obstante as conquistas auferidas nesse período e que até hoje são sentidas, em 2008 a promulgação da nova Constituição do Equador inovou a hermenêutica constitucional ao, positivando os princípios da *pacha mama* e do *sumak kawsay*, considerar o meio ambiente como sujeito de direitos.

Faz-se, com efeito, a reflexão de que a Constituição Federal de 1988 representou verdadeira melhora no que tange a tutela do meio ambiente, mas sua proteção está de forma direta submetida aos interesses humanos, daí porque o capítulo “Do Meio Ambiente” encontra-se inserido no título “Da Ordem Social”.

A proposta equatoriana é alargar os conceitos de sujeito de direito e, assim, elevar a noção de meio ambiente de qualidade de mero interesse transindividual a titular, *de per si*, de direito jurídico. Move-se, mais uma vez, o axioma linguístico do ter para o ser.

Essa inovação epistemológica ainda é muito recente para demonstrar seus sucessos/insucessos no que tange à implementação de políticas públicas protetivas, especialmente no âmbito da fenomenologia, mas sem dúvidas representa uma inovação na hermenêutica constitucional que deve ser levada em conta no momento em que se constrói o conhecimento jurídico oficial.

Ao se positivar a *pacha mama* e o *sumak kawsay*, a Constituição do Equador elevou a hermenêutica constitucional um passo adiante na busca por uma ordem fraterna e solidária, na qual os interesses humanos são limitados pelas consequências de seus atos. Sem dúvida, representa uma nova forma de compreender os direitos fundamentais.

## Referências

- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Edición y presentación: José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.
- ALMEIDA, Roger Luiz Paz de; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do “buen vivir” e o novo constitucionalismo democrático latino americano. *In: Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF UFF/Niterói* – RJ, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4dc3ed26a29c-9c3d>. Acesso em: 02 abr. 2015.

- ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. *O novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais*. Curitiba-PR: CRV, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juazes de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do Direito (RECHTD)*. p. 78-86 janeiro-junho, 2009.
- ECHEVERRIA, Hugo et al. *Manual de Aplicación Del Derecho Penal Ambiental como Instrumento de Protección de Las Áreas Naturales em Galápagos*. Sea Shepherd, World Wildlife Found y Galápagos Academic Institute for the Arts and Sciences de la Universidad San Francisco de Quito. Quito-Ecuador. 2011.
- FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: Os Direitos da Natureza e o Novo Constitucionalismo na América Latina. In: *Revista de Direito Brasileira – RDB –*

Brazilian Journal of Law. Vol. 4, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/19>. Acesso em: 04 mar. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*. 2009. In: *Coloquio Derecho, Moral y Política*, Universidade de Palermo: Disponível em: [http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf). Acesso em 25 mar. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Mas allá del estado nacional*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo:VI Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

MILARÉ, Édís. *Direito e meio ambiente*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. Ed Malheiros Editores: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVA, Viviani Leite da . *A coisa julgada nas ações coletivas*. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes. 2003.

TORTOSA, José María. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen vivir*. 2009. Disponível em: <http://www.fundacioncarolina.es/esES/nombresproprios/Documents/NPTortosa0908.pdf>. Acesso em 18 mai 2012.

# A tecnologia blockchain e seus impactos no mundo jurídico

*Guilherme Mesquita Estêves*

## Introdução

A tecnologia blockchain tem sido considerada uma das maiores inovações desde a criação da internet, com promessas por parte dos desenvolvedores e estudiosos do tema de que haverá mudanças marcantes em diversos aspectos da sociedade e nas interações humanas. Resta saber se esta nova tecnologia tem de fato potencial para fazer com que bancos, indústrias, pessoas e governos alterem o modo como processam informações e se relacionam juridicamente.

O mundo jurídico é comumente visto como avesso às novas tecnologias, sendo dificultosa a adesão a inovações em meio à burocracia e tradicionalismo, seja por inércia política ou mesmo dificuldades técnicas. Basta pensarmos que a maior parte das comarcas brasileiras ainda lida com demandas judiciais através de processos físicos, prática con-

traproducente e ecologicamente irracional, dado o nível tecnológico disponível atualmente.

A tecnologia blockchain é alvo de desconfiança pelos governos devido ao seu caráter descentralizador, tornando obsoleto o papel de um “ente de confiança” para intermediar transações entre pessoas.

O objetivo do presente artigo é o traçado de um panorama sobre a tecnologia blockchain, com observância de potenciais impactos de seu uso no mundo jurídico. Utilizar-se-á como forma de abordagem o método dedutivo, buscando-se através do raciocínio lógico e da dedução obter uma conclusão a respeito dos referidos impactos.

## 1. Conceito e funcionamento de blockchain

Em uma conceituação simplista, pode-se dizer que a blockchain é um banco de dados. Trata-se de uma forma de armazenar registros de valor e transações. Costumeiramente, quando qualquer transação de valor é registrada em um banco de dados, surge a figura de um “terceiro envolvido”, que pode ser um ente governamental, banco ou uma companhia, para realizar este registro. Erige-se a partir disso uma relação de confiança, pois as pessoas envolvidas confiam que o “terceiro envolvido” será responsável pelo valor em questão, podendo ser acionada judicialmente em caso de falhas no sistema, fraude ou extravio de fundos.

Da mesma forma, é comum hodiernamente o pagamento de produtos e serviços com cartão de crédito. Nesse tipo de transação, os sujeitos que transacionam confiam que a companhia de cartão de crédito e os bancos realizarão a movimentação financeira e depositarão a quantia correta na conta do vendedor. Aqui, mais uma vez, caso haja problemas no recebimento ou fique caracterizada alguma fraude, poderão as empresas e bancos serem responsabilizados.

Em casos de transações financeiras onde o pagamento é feito em dinheiro, também há a figura de um “terceiro envolvido”. O vendedor confia que aquele pedaço de papel com um número escrito (papel-moeda) será aceito em outras transações de produtos e serviços. Também é possível ao vendedor levar o referido papel a um banco e converter aquele bem físico em um saldo digital em sua conta bancária.

Pessoas confiam que instituições externas manterão seguros e protegerão suas informações e seu dinheiro. Há uma espécie de confiança mútua entre companhias de cartão de crédito, bancos e governo. A informação, nesses casos, é centralizada nas instituições, que aprimoram diuturnamente sistemas de segurança para manter seus bancos de dados seguros. Em resumo, nos fiamos em um “terceiro envolvido” sempre que realizamos relações jurídicas, confiando que entidades centralizadas mantenham registros acurados de nossas vidas e transações.

Neste panorama, foi desenvolvida em 2008 a tecnologia blockchain, que visa a descentralização como medida de segurança<sup>73</sup>. A rede blockchain funciona de forma pública, compartilhada e universal, não havendo a figura de terceiros intermediários. A tecnologia é significativamente relevante em países onde há problemas de confiança no governo. De fato, um número considerável de pessoas vivem atualmente sob regimes ditatoriais, onde o governo controla os bancos e não há um sistema legal estruturado para proteger seus bens e valores. O problema da confiança foi o principal combustível para o desenvolvimento da rede blockchain, e é o que continua atraindo cada vez mais pessoas a se utilizar da tecnologia (GATES, 2017). O conceito de blockchain é comumente confundido com o de Bitcoin; porém, há distinção. Block-

---

73. <<http://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp#ixzz4CYV-N0C4n>>. Acesso em 10 de maio de 2018

chain é a tecnologia por trás da moeda Bitcoin, sendo que o a primeira blockchain foi criada no contexto de surgimento deste ativo virtual. Blockchain é uma dentre várias das tecnologias por trás do Bitcoin (MEDEIROS, 2017).

Instituições públicas e bancos de dados centralizados funcionam quando há confiança no ordenamento jurídico e no governo com suas finanças, bem como quando tem-se à disposição um aparato legislativo e regulações dignas de credibilidade para os cidadãos. Contudo, ainda que haja tal confiança, uma série de fatores pode ameaçá-la, como golpes de estado, crises econômicas e falência institucional.

Um banco de dados descentralizado construído na tecnologia blockchain torna desnecessária a intervenção de instituições centralizadas, pois todos os envolvidos na blockchain podem ver e validar transações, o que gera um ambiente de transparência e confiança. Esta última palavra é o núcleo da tecnologia blockchain, que se propõe a prover um sistema de confiança entre pessoas, sem a necessidade de intermediários envolvidos nas transações (GATES, 2017). Em suma, a blockchain torna possível que pessoas transacionem entre si quaisquer bens com valor econômico, como propriedades, dividendos, dinheiro, serviços e arquivos digitais.

A origem do termo estrangeiro blockchain merece um aparte explicativo: refere-se a uma cadeia de blocos que se interconectam a medida que mais informações são adicionadas à rede. Há uma série de transações ocorrendo simultaneamente, de forma que essas transações são então agrupadas e adicionadas em um novo bloco. Este novo bloco é então adicionado em uma posição subsequente ao bloco anterior. Com esta conexão dos blocos de informações, cria-se uma corrente de blocos, daí o nome blockchain. Um novo bloco sempre se refere ao bloco anterior, e este, por sua vez, refere-se ao anterior a ele, dessa forma ocorre até o bloco inicial, também

chamado de “bloco gênese” (NORMAN, 2017). Em um ambiente descentralizado, qualquer pessoa é capaz de navegar pelos blocos e ter acesso às informações ali impressas, sendo a identidade dos usuários protegida por criptografia. Não há banco de dados central ou autoridade relacionada aos blocos, o que garante um grau elevado de transparência à rede. Qualquer controvérsia de informações entre usuários da rede podem ser solucionadas de forma simples, bastando-se que se faça uma remissão ao bloco onde a informação foi inserida. Os blocos adicionados à blockchain não podem ser adulterados, pois eles estão permanentemente ligados à cadeia de blocos, tornando-se parte de um todo. Conforme dito anteriormente, cada bloco se refere ao bloco imediatamente anterior, de forma que caso alguém queira maliciosamente alterar uma transação ou fraudar informações em um bloco, terá que alterar também todos os blocos anteriores e posteriores àquele, o que seria praticamente impossível do ponto de vista prático, pois demandaria enorme energia computacional (GATES, 2017). Dessa forma, o número de blocos posteriores a uma transação também podem ser vistos como confirmações de que aquela informação não será alterada na blockchain.

Sempre que um novo bloco de transações é adicionado, todos os usuários que compartilham cópias da blockchain vêm o banco de dados ser atualizado com o registro das novas informações. Como a rede é aberta e descentralizada, todos os envolvidos possuem uma cópia dos registros e podem verificar a verossimilhança de eventuais alegações de usuários no sentido de que determinado fato teria ou não sido praticado na rede, como, por exemplo, uma transferência de valores.

A descentralização da rede traz a tiracolo o conceito de “consenso distribuído”, que consiste no fato de que, para que uma transação seja aceita e adicionada à blockchain, é preciso que a maioria das pessoas da rede concordem que

aquela transação é válida. A exigência de que a totalidade da rede concorde com uma transação seria inviável, pois poderia haver alguém com propósito de fraudar informações para se beneficiar de alguma forma. Por isso, na maioria das blockchains em funcionamento atualmente exige-se o consenso de mais de 50% dos envolvidos na rede para que uma transação seja considerada válida e o bloco seja adicionado à blockchain (GATES, 2017). Em vez de uma entidade centralizada aprovando transações e mantendo o banco de dados atualizado, uma blockchain descentralizada geralmente funciona com a aprovação de transações e gerenciamento da rede pelos próprios usuários através do consenso. Assim, a todas as pessoas conectadas à rede é dada a possibilidade de manifestação acerca da aprovação ou não de uma transação.

Outro conceito que necessita ser elucidado para melhor entendimento da blockchain é o de mineração. Requerimentos de novas transações são constantemente enviados para a rede a fim de serem validadas e incluídas na blockchain. Para que se validem tais transações e o novo bloco seja adicionado, os computadores da rede devem resolver um problema computacional. Com a resolução do problema, as informações são validadas e um novo bloco é, então, adicionado à blockchain. São vários os computadores que tentam resolver o referido problema computacional, mas somente aquele que o resolver primeiro poderá validar as informações e adicionar o bloco, recebendo por isso uma recompensa que é comumente um montante na moeda virtual (criptomoeda), usada naquela rede (NORMAN, 2017). A esse processo é dado o nome de mineração. A recompensa é garantida aos mineradores que conseguem resolver o problema computacional, também chamado prova de trabalho, e adicionar informações válidas à rede através de um novo bloco, pois estarão contribuindo para a manutenção e continuidade da rede com recursos

computacionais, tempo e energia elétrica. Esta prova de trabalho é um desafio matemático com um nível de dificuldade preestabelecido pela rede e a solução é facilmente verificável após a resolução do problema (GATES, 2017). O sistema de prova de trabalho demanda vasto poder computacional, e conseqüentemente muita energia, motivo pelo qual tem sido criticado e paulatinamente substituído por outros métodos<sup>74</sup> em algumas redes blockchain (TAKASHIMA, 2017).

Em suma, blockchain é uma nova tecnologia de armazenamento de dados onde os blocos de informação são ligados entre si criptograficamente a fim de evitar adulteração. O principal exemplo de blockchain é o da moeda Bitcoin, porém a tecnologia vai muito além da criação de um dinheiro digital, podendo ser usada nos mais diversos campos da vida em sociedade.

## 2. Impactos no mundo jurídico

Em 2017, a revista *Harvard Business Review* (IANSITI, 2017), trouxe à tona o potencial criador da tecnologia blockchain em sistemas econômicos e sociais. Essa declaração mostra como a tecnologia vem se desdobrando. Atualmente, grandes empresas, governos, programadores e startups estão desenvolvendo os mais diversos sistemas, bancos de dados e aplicativos descentralizados baseados na tecnologia blockchain.

A nova tecnologia repercutirá também no mundo jurídico, tendo em vista que a forma que os particulares se relacionam pode mudar consideravelmente. Também as relações com intermediários e instituições governamentais será afeta-

---

74. **Proof of stake (PoS)** is a type of algorithm by which a cryptocurrency blockchain network aims to achieve distributed consensus. In PoS-based cryptocurrencies, the creator of the next block is chosen via various combinations of random selection and wealth or age (*i.e.*, the stake)

da, pois trata-se de tecnologia disruptiva e descentralizadora. Sistemas baseados em blockchain estão sendo usados em um amplo espectro de aplicações, incluindo indústrias, pagamentos, redes sociais, entretenimento, votações e aplicativos descentralizados. A seguir, lista-se algumas searas onde o impacto jurídico se demonstra relevante.

### **1) Transferência de valores**

Atualmente as transações financeiras são realizadas através de moedas oficiais emitidas por países. Nesse modelo, os governos, através dos bancos centrais, são responsáveis pelo controle e emissão do dinheiro “oficial” de cada país<sup>75</sup>. Esta moeda oficial é usada para remuneração do trabalho e pagamentos de produtos e serviços dentro de um país. No âmbito internacional, geralmente se usa Dólar Americano ou Euro como moeda de troca.

A utilização de moedas não oficiais como o Bitcoin e outras das inúmeras criptomoedas existentes atualmente desafia o modelo tradicional, pois remove a necessidade de um órgão central emissor da moeda. Uma das principais controvérsias a respeito do uso dessas moedas, já bastante difundido, diz respeito à tributação desses ativos. Recentemente, a Comissão de Valores Mobiliários brasileira proibiu a criação de fundos de investimento de Bitcoins pois, para o referido órgão, criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, alertando também para o risco associado a esse tipo de transação<sup>76</sup>. Observa-se com essa determinação que as agências brasileiras encaram a nova tecnologia com desconfiança.

---

75. Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central (Constituição Federal de 1988)

76. <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/01/13/internas\\_economia,653128/comissao-de-valores-mobiliarios-proibe-fundos-de-investimento-de-bitco.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/01/13/internas_economia,653128/comissao-de-valores-mobiliarios-proibe-fundos-de-investimento-de-bitco.shtml)>. Acesso em 10 de maio de 2018

A utilização de criptomoedas como forma de pagamento na aquisição de bens ou serviços já é uma realidade, de forma que esta prática aumenta a autodeterminação das partes de uma relação jurídica, que escolhem dentre um leque de possibilidades a forma mais vantajosa para o cumprimento de determinada obrigação. Em contrapartida, a alta volatilidade desse tipo de ativo pode gerar incertezas e prejuízos para os envolvidos, devendo haver assunção dos riscos do mercado pelos interessados no momento da negociação.

## **2) Registro de propriedade**

O sistema de registro de propriedade tradicional ainda se fia em documentos físicos, livros de registro e arquivos repletos de papéis. Isso quando o país possui um sistema de registro que funciona, pois segundo o World Bank, 70% da população mundial não tem acesso a registro de propriedade<sup>77</sup>. No sistema de cartórios e registros de propriedade atualmente utilizado na maior parte dos países, informações podem ser falseadas e dados adulterados com relativa facilidade, tendo em vista a falta de transparência e a manutenção dos registros em responsabilidade de poucas pessoas. No Brasil, as elevadas custas e emolumentos, bem como a lentidão nos procedimentos cartorários geram um clima de insatisfação generalizada nos cidadãos que precisam desses serviços, não restando a eles, de fato, outra opção. As informações notariais físicas ficam ainda sujeitas ao risco de destruição, como, por exemplo, na ocorrência de incêndio, inundação ou desmoronamento de um prédio, ou ainda extravio e furto de documentos.

Sistemas de registro baseado em blockchain oferecem maior transparência e segurança se comparado ao atual sistema

---

77. <<https://qz.com/947064/sweden-is-turning-a-blockchain-powered-land-registry-into-a-reality/>>. Acesso em 10 de maio de 2018

notarial. Isso porque alterações não podem ser realizadas nos registros uma vez que eles entrem na blockchain. Ademais, os registros de informações e transações ocorrem quase que instantaneamente através de uma blockchain, com menor custo às partes devido à automatização da rede e desnecessidade de intermediários, o que torna esse modelo ainda mais atrativo.

É certo que para qualquer bem de alto valor, como no caso de imóveis, é importante que haja um registro confiável que seja capaz de publicizar o atual proprietário e provar que ele é, de fato, o proprietário daquele bem. Esses registros têm, dentre outras, as importantes funções de proteger os direitos do proprietário, auxiliar na resolução de disputas sobre o bem e dar certeza de que a propriedade foi transferida em caso de venda do bem. Essas informações são essenciais, devendo ser mantidas num ambiente seguro que impossibilite alterações não autorizadas e fraude.

O registro de propriedade é uma das funções mais promissoras da tecnologia blockchain. A sua implementação, contudo, ainda é nebulosa. A Suécia está na vanguarda da utilização da tecnologia blockchain no registro propriedades imóveis, com implementação de uma rede que está em fase de testes, sendo um dos poucos países que se mostraram publicamente dispostos a adotarem esta nova tecnologia<sup>78</sup>

A realização de registros de títulos e propriedades de forma descentralizada trará à tona uma série de discussões relevantes ao universo jurídico, como a aptidão dos registros na rede blockchain como meio de prova em juízo e a responsabilidade civil por eventuais erros nos registros.

### 3) Testamentos

Com a tecnologia blockchain, é possível delegar todo o procedimento de administração de um testamento a um software

---

78. Idem nota de rodapé nº 5

que opera independente de intervenção humana; já existem startups no mercado que disponibilizam o serviço de registro das últimas vontades através da rede blockchain<sup>79</sup>. O sistema é interconectado a um banco de dados onde se registram os óbitos, de forma que o testamento é executado automaticamente a partir disso, com realização das últimas vontades do falecido (EASTMAN, 2016). Os nomes envolvidos nos testamentos ficam indisponíveis para visualização através de criptografia, mas o fato de que existe um testamento é visível a todas as pessoas com acesso à internet. Cada pessoa envolvida no ato de última vontade, incluindo eventual advogado responsável, poderá decodificar a criptografia através de uma chave para ter acesso ao inteiro teor do documento, identificando assim os indivíduos contemplados e os bens dispostos.

O sistema blockchain permite maior proteção ao ato de última vontade do testador, pelo simples fato de ser praticamente impossível a adulteração das informações inseridas, bem como facilita e democratiza o acesso a este tipo de ato, pouco comum em países como o Brasil.

Contudo, em quase todos os países um testamento registrado em uma rede blockchain não é considerado um documento legítimo e válido juridicamente. É provável que a crescente demanda por esse tipo de serviço descentralizado nos próximos anos causará impacto no meio jurídico, fomentando discussões por parte da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

#### **4) Processos judiciais e arbitrais**

A maioria das comarcas brasileiras opera ainda hoje com autos físicos, o que torna a tramitação de processos mais lenta devido às remessas de documentos, prazos sucessivos e inconvenientes próprios de um sem número de pilhas de papéis

---

79. Blockchain Apparatus e Proof of Existence

confinados num mesmo ambiente. Afora ser uma prática antiecológica, a operacionalização do Poder Judiciário através de documentos físicos deixam os jurisdicionados desamparados em casos de extravio ou destruição de documentos. Importante trazer à tona, por exemplo, a facilidade de remoção de documentos de um processo físico por uma parte de má-fé, bem como o dano irreversível que seria causado com um incêndio na vara de tramitação dos autos. Por outro lado, a maioria dos tribunais de instâncias superiores, bem como comarcas de capitais, já operam através de processos judiciais eletrônicos.

Implementar a tramitação através da via eletrônica é um grande avanço. Porém, manter informações de inúmeros processos em um servidor centralizado fragiliza a segurança em caso de invasão por hackers. Pode-se imaginar os impactos positivos para o Estado e para os jurisdicionados que a implementação de processos judiciais operando em redes blockchain trariam, pois “cópias” desse processo estariam distribuídas entre as partes de forma descentralizada, tornando inócuas tentativas de adulteração das informações ali registradas. O processo se iniciaria com a inscrição de um arquivo de petição inicial no bloco primevo, também chamado “bloco gênese”, daí se interconectando outros blocos à medida que se avança a marcha processual. A nova tecnologia permite a redução do tempo de tramitação, tendo em vista a velocidade com que as novas informações são registradas na blockchain, bem como maior segurança das informações processuais ali gravadas. Pode-se falar também em redução de custos com papéis e materiais, bem como na possibilidade de melhor alocação de servidores a fim de garantir uma prestação jurisdicional aprimorada, o que estaria em consonância com princípios da eficiência e celeridade encampados pelo poder público. Ademais, a nova tecnologia reduziria custos com a assinatura digital de partes e advogados, serviço que

é oferecido por poucas empresas hodiernamente no Brasil por altos valores. Na blockchain, a assinatura é inerente ao sistema, de forma que cada usuário possui uma chave privada única que lhe identifica dentro da rede.

Pode-se visualizar, nos mesmos moldes, a implementação da nova tecnologia em câmaras arbitrais. Com efeito, é provável que câmaras arbitrais passem a ser mais procuradas com o desdobrar da tecnologia blockchain e com sua adoção pelo público, isso por causa dos smart contracts, que possibilitam a indicação de um árbitro para atuar em caso de controvérsias em uma relação estabelecida na rede blockchain, como se verá a seguir.

### **5) Smart Contracts**

Smart contracts são contratos inteligentes inseridos em uma blockchain que operam em um ambiente descentralizado. São também chamados de contratos digitais ou contratos autoexecutáveis (TAKASHIMA, 2017). Ao contrário de um contrato escrito, um smart contract é digitalizado em uma blockchain e programado para ser autoexecutável em relação às suas cláusulas e termos, eliminando a necessidade de uma autoridade central para gerir seu cumprimento.

Um contrato inteligente é uma espécie de programa que realiza tarefas previamente estipuladas entre os contratantes automaticamente. São versáteis e podem ser usados para os mais diversos propósitos, desde compra e venda de bens a transações financeiras, incluso nesse espectro qualquer acordo desejado pelas partes. Uma grande vantagem da utilização de smart contracts é que se cria uma atmosfera de confiança e obrigação, pois uma vez que o documento é criptografado e inserido na blockchain é praticamente impossível que ele se perca ou seja alterado de forma fraudulenta. Trata-se de uma plataforma descentralizada e compartilhada, com um nível de

segurança superior aos sistemas tradicionais. A automação do sistema proporciona celeridade na execução do acordo de vontades, eliminando a necessidade de lidar manualmente com documentos físicos. Atualmente, a maioria dos smart contracts são feitos em um ambiente tecnológico chamado Ethereum, que é uma plataforma pública estruturada em blockchain que permite a criação e execução de smart contracts por indivíduos usando sua própria moeda, o Ether (TAKASHIMA, 2017).

Smart contracts permitem a automação de cláusulas contratuais e sua autoexecução. Contudo, ainda que se erijam contratos que tradicionalmente teriam validade jurídica, como, por exemplo, um aluguel de imóvel, não há atualmente legislação que reconheça a legalidade desse tipo de acordo de vontades, o que põe em dúvida sua real utilidade até que haja regulamentação sobre o assunto (REED, 2017). Geralmente, nos smart contracts estão inseridas cláusulas que definem os pré-requisitos (inputs) para ocorrência das prestações (outputs).

A validade formal de acordos de vontade estabelecidos através de smart contracts pode ser defendida devido à existência de assinatura digital de cada uma das partes contratantes, fato este suficiente para provar que houve alguma espécie de arranjo negocial. Apesar disso, o que tem sido feito pelos contratantes que optam pelos smart contracts, a fim de evitar a jurisdição estatal em caso de controvérsias, é a prévia nomeação de um interventor ou árbitro (REED, 2017), figura que entra em ação caso haja desentendimentos na execução do que foi estabelecido contratualmente.

## **6) Aplicativos descentralizados**

Aplicativos descentralizados, também chamados dApps, dispensam a necessidade de um intermediário para funcionar ou armazenar dados dos usuários. Ao revés, há conexão direta entre usuários, que representam a demanda por um

produto ou serviço, e os provedores desses bens, que representam a oferta. São aplicativos de código aberto (open source), sem um servidor central, que funcionam em uma rede de computadores interconectados.

O conceito de dApp é ainda recente; a tecnologia ainda está em processo de desenvolvimento, porém o número e alcance dos dApps está crescendo e muitos já se encontram disponíveis ao público. Há, por exemplo, aplicativos que se propõem a oferecer serviço de transporte urbano<sup>80</sup>, onde motoristas e usuários seriam conectados diretamente. Na mesma toada, aplicativos de vendas de produtos, hospedagem, redes sociais e de crowdfunding<sup>81</sup> estão emergindo com a proposta de unir diretamente os interessados, com redução de custos e democratização do serviço, tudo através de plataformas blockchain.

A inexistência de uma figura centralizada responsável pelo oferecimento dos produtos e serviços causará mudanças na forma como contratações são feitas, bem como nas consequências jurídicas em casos de falhas na prestação do avençado. É possível se prever uma mudança de paradigma em casos de responsabilização, retornando-se as questões ao seio do Código Civil em detrimento da legislação consumerista.

## **7) Certificação de bens e produtos**

Apesar de a blockchain ser fortemente relacionada com pagamentos e transações financeiras, seu potencial inovador vai muito além desses setores. Em verdade, a tecnologia blockchain é capaz de mudar quase todos os empreendimentos que conhecemos, com impacto na forma como seres humanos se relacionam e, conseqüentemente, os direitos e deveres que alcançam essas relações.

---

80. Arcade city

81. Open Bazaar, Slockit, Eth-Tweet e WeiFund, respectivamente

Um nicho onde a tecnologia blockchain pode impactar positivamente é a certificação de produtos e origens. O mercado já conta com startups e aplicativos nesse sentido. Um deles, por exemplo, trata da certificação de diamantes e outras pedras preciosas<sup>82</sup>, trazendo garantia aos compradores quanto à origem e transações prévias daquele bem. Quando alguém adquiria um diamante não havia, até então, forma segura de se saber sua origem, correndo o risco de se tratar de um diamante de sangue. A tecnologia blockchain possibilita haver certificação da origem desse produto, com suas características escaneadas e inseridas na rede, de forma a garantir informação clara e precisa a todos que negociarem o referido diamante. Aplica-se a mesma lógica para obras de arte<sup>83</sup> e propriedade intelectual, a fim de conferir a artistas e comerciantes desses nichos maior segurança e proteção contra obras ou produtos falsificados. A título exemplificativo, suponhamos que um determinado quadro é pintado pelo artista Vignoli. As características técnicas sobre a obra são captadas pela câmera de qualquer celular através de um aplicativo descentralizado, que registra precisamente informações de coloração, relevo e pictoração, gerando uma espécie de “identidade eletrônica” da obra. Registra-se, então, a criação em uma rede blockchain, e a partir daí serão gravados na rede todos os registros de transações dessa obra de arte através do tempo, sendo que um comprador poderá facilmente verificar se o vendedor é mesmo quem possui a obra atualmente e não se trata de um fac-símile.

Também há empreendimentos no sentido de se criar maior transparência quanto à origem de gêneros alimentícios<sup>84</sup>, gerando-se certificados aptos a comprovar, por exem-

---

82. Everledger

83. Ascribe

84. Smartagrifood

plo, que uma remessa de morangos são provenientes de agricultura orgânica e produção familiar, ou verificar se um salmão foi realmente pescado no Mar do Norte.

A transparência proporcionada pela blockchain demonstra imenso potencial esclarecedor aos consumidores finais de produtos e serviços, sendo possível se discutir o entendimento de institutos jurídicos consumeristas como hipossuficiência e vulnerabilidade com a implementação dessa tecnologia.

### **8) Votação**

A utilização da blockchain é capaz de garantir um processo de votação mais seguro e transparente do que os métodos praticados atualmente, tornando-o praticamente impossível de ser fraudado.

Uma das grandes vantagens é o nível de segurança proporcionado por uma rede blockchain, de forma que hackear o sistema demandaria enorme poder computacional, tornando difícil esta possibilidade. Outra vantagem seria o fato de encorajar as pessoas a votarem, pois o procedimento seria realizado completamente online, através de um computador ou celular, dispensando os inconvenientes de a pessoa ter de se deslocar a um local de votação. Ademais, essa votação não se limitaria a pleitos políticos, mas em diversas questões que poderiam surgir da vida cotidiana, como, por exemplo, decisões a respeito da conduta de uma associação comunitária. Essa facilidade fomentaria a participação dos cidadãos em diversos assuntos da sociedade, causando impacto no aprimoramento de instituições e tomada de decisões democráticas, ideais consentâneos com os ordenamentos jurídicos da maioria dos países.

Com as tecnologias que possibilitam a existência de identidades e assinaturas digitais, torna-se simples a identificação individual para votações realizadas online. Qualquer pessoa poderia concordar ou discordar com a contagem final

de votos em uma eleição realizada na blockchain, pois poderá verificar a contagem de votos ela mesma<sup>85</sup>. Utilizar um sistema de votação baseado em blockchain tornaria o ato de votar acessível a muitas pessoas, aumentando potencialmente o número de participantes em eleições e realizando o papel de aprimorar instituições e decisões com maior participação social, fato que elevaria a experiência de participação popular num estado democrático de direito.

## Considerações finais

A tecnologia blockchain é uma novidade disruptiva com grande potencial de inovação. Especialistas na área da informação cogitam que o desenvolvimento desta tecnologia será tão marcante quanto a internet na história da humanidade, alterando drasticamente a forma como nos relacionamos.

A utilização da blockchain já é uma realidade, sendo razoável falar não somente que é uma tecnologia do futuro, como também uma tecnologia do presente. Milhares de transações financeiras estão ocorrendo através de ativos descentralizados na blockchain enquanto estas linhas são escritas. Também startups de tecnologia trabalham diuturnamente na criação de aplicativos descentralizados que procuram solucionar problemas do convívio social de forma nunca antes imaginada, fiando-se tão somente na capacidade de colaboração e união das pessoas em prol de um bem comum. É de se cogitar que a era da dependência de intermediários chegará ao fim.

As repercussões no mundo jurídico, conforme visto, serão várias. Cabe ao direito e seus atores, enquanto artífices de uma ciência social aplicada, se manterem atualizados e acompanharem de perto os desdobramentos dessa interessante tec-

---

85. Followmyvote

nologia. Está-se diante de um enorme potencial alterador da forma como particulares se relacionam, através de contratos inteligentes que se autoexecutam e transações instantâneas sem intermediários em qualquer lugar do globo. A relação entre indivíduo e instituições também será afetada, cabendo às administrações públicas e privadas se adaptarem a esta nova realidade, tendo em vista que seu conteúdo descentralizado não oferece sequer a possibilidade de vetos ou proibições. Cartórios e registros de propriedade em livros físicos já soam como algo ultrapassado diante das promessas inovadoras das transferências de propriedade pela rede, com redução de custos e tempo demandados dos envolvidos nas transações.

O conhecimento a fundo da cadeia de produção pode propiciar alterações no entendimento do consumidor enquanto parte vulnerável em uma relação de consumo, pois transparência e acesso à informação parecem ser palavras-chaves neste novo contexto.

## Referências bibliográficas

EASTMAN, Dick. *Blockchain Based Crypto-will Fulfills Last Wishes*, 2016. Disponível em <<https://blog.eogn.com/2016/12/06/blockchain-based-crypto-will-fulfills-last-wishes/>>, acesso em 11/05/2018;

GATES, Mark. *Ultimate guide to understanding blockchain, Bitcoin, cryptocurrencies, smart contracts and the future of money*. Wise Fox Publishing. 2017;

IASINTI, Marco. *The truth about blockchain*, 2017. Disponível em <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>>, acesso em 11/05/2018;

MEDEIROS, Esthon. *Bitcoin: entenda o que é e por onde começar*. 2017;

NORMAN, Alan. *Mastering Bitcoin for starters: Bitcoin and cryptocurrency technologies, mining, investing and trading*. 2017;

REED, Jeff. *The essential guide to using blockchain smart contracts for cryptocurrency exchange*. 2016;

TAKASHIMA, Ikuya. *Ethereum: the ultimate guide to the world of Ethereum*. 2017;

WONG, Ian Joon. *Sweden's blockchain-powered land registry is inching towards reality*, 2017. Disponível em <<https://qz.com/947064/sweden-is-turning-a-blockchain-powered-land-registry-into-a-reality/>>, acesso em 11/05/2018.

# A relação entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a postura criativa no âmbito jurisdicional

*Thomaz Muylaert de Carvalho Britto*

## Introdução

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade apresentam-se como postulados que podem ser utilizados para a fundamentação de uma decisão judicial. Assim sendo, questiona-se o limite tocante à presença da postura criativa dos juízes no âmbito do processo cognitivo desempenhado nos processos judiciais.

Engendram-se, nesse ínterim, muitas interpretações possíveis acerca da razoabilidade e da proporcionalidade nos casos concretos da prática jurídica. Mediante as aludidas constatações, é válido perquirir o alcance da cognição judicial na perspectiva da explanação concedida na esfera jurisdic-

cial, mormente, no que tange ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ao Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, desenvolvem-se os conceitos de princípios e regras para, logo depois, fulminar uma procura pelos elementos que circundam os princípios da razoabilidade e a proporcionalidade.

Finalmente, pergunta-se, em duas decisões acostadas emitidas pela justiça brasileira e lastreadas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se podem ser enquadradas como manifestações do ativismo judicial. Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é compreender a proatividade judicial ante os mencionados princípios.

## 1. Princípios: razoabilidade e proporcionalidade

A doutrina, substancialmente, pondera que existem princípios e regras, os quais provêm do conceito de norma jurídica. Os princípios congregam postulados, índices normativos à disposição do intérprete, de modo que preenchem as lacunas ocasionadas em razão da elaboração de regras. As regras, por sua vez, se subvencionam à aplicação direta perante o caso concreto, adequam-se, portanto, a uma situação fática. Todavia, as regras carecem de previsão total das circunstâncias, sendo coerente a concepção de que devem ser aplicadas simultaneamente aos princípios.

Regras e princípios são espécies de normas. A abstração notada nos postulados se diferencia da pequena generalidade observada nas regras. Além disso, o conteúdo axiológico dos princípios expressa um viés valorativo, ao passo que as regras não o consagram, em tese. Apresentam-se, no mesmo diapasão, três teses sobre a distinção entre regras e princípios, quais sejam, a opinião no sentido de que regras e princípios

não se comunicam, a segunda permite a união entre regras e princípios como integrantes das normas, no entanto, restrita à distância pela via da generalidade e a terceira sustenta o critério qualitativo com o objetivo de especificação dos aludidos conceitos (ALEXY, 2008, p. 86).

Branco (2009, p. 146) veicula a distinção entre regras e princípios. Segundo o entendimento clássico dos juristas, as regras têm, em sua estrutura, um liame determinado pelo “tudo ou nada”, ou seja, caso seja verificada uma situação na qual deva incidir, a regra se amolda ao caso concreto. No que toca, todavia, aos princípios ou postulados, estes integram uma noção de normas passíveis de juízo de ponderação.

O doutor em Direito (BRANCO, 2009, p. 146) amplia o juízo de ponderação para as regras no momento em que ventila as normas como possíveis objetos do sopesamento. As normas se subdividem em regras e princípios. Se existe uma colisão entre duas regras, utilizam-se critérios práticos a fim de solucionar a casuística. Paulo Branco remete, ainda, à “dimensão de peso” perceptível na seara principiológica, eis que se averigua, no caso concreto, qual dos postulados apresenta maior peso.

Paulo Branco (2009, p. 147) relembra que a ramificação fixada por Dworkin em face das regras e dos princípios sugere uma crítica ao positivismo, uma vez que a aludida corrente, em decorrência da limitação do Direito às regras, subscrevia uma ideia segundo a qual deveria ser encontrada uma solução prática para todas as problemáticas advindas de um cotejo tocante à norma a ser aplicada. Assim sendo, na hipótese em que não se localizam métodos capazes de determinar qual norma seria aplicável, o positivismo recomenda que o juiz decida com base na discricionariedade.

Em outras palavras, o positivismo, em função de seu objetivo relacionado à pretensa exatidão nas respostas jurídicas a serem concedidas a problemáticas concernentes à aplicação

de normas, requer a aplicação de uma discricionariedade enquanto um recurso subsidiário.

Infere-se, conseqüentemente, que os princípios são mandamentos de otimização, porquanto são passíveis de satisfação em diversas perspectivas, enquanto às regras incide a subsunção entre o preceito cominado e a situação fática (ALEXY, 2008, p. 91-93). Denominados, logo, pela doutrina como postulados, sobretudo, mandamentos de otimização, os princípios constituem um dos instrumentos utilizados pelos intérpretes para o julgamento de controvérsias no plano jurídico, sendo passíveis de sopesamento.

Paulo Branco (2009, p. 145), quando disserta sobre a ponderação e o tema da existência de uma única resposta correta, associa o método de ponderação ou sopesamento à própria racionalidade, na medida em que se busca, por intermédio do referido instrumento, uma resposta que não seja excludente para o caso concreto, mas um retorno que concilie os direitos em jogo.

Nesse sentido, depreende-se que a ponderação, notadamente aquela que diz respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, propicia um juízo que se aproxima mais dos valores constitucionais. Uma parcela da doutrina costuma definir a razoabilidade e a proporcionalidade na condição de sinônimos, o que não se perfilha no presente trabalho. Citam-se, destarte, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com o objetivo de analisar os postulados em questão por meio de uma associação com a postura criativa no Judiciário, recorre-se à teoria constitucional, mormente a Peter Haberle (1997, p. 11), o qual relata que dois parâmetros têm conduzido a teoria da interpretação constitucional: os métodos embasados para a tarefa interpretativa e as finalidades da interpretação constitucional. Na interpretação pluralista, conforme explana, existem muitos sujeitos envolvidos no contexto de interpretação

constitucional. O professor titular de Direito Público reverbera que a interpretação constitucional se aproxima, geralmente, das sociedades fechadas, concentrando-se, nesse âmbito, nas tarefas desempenhadas pelos juízes. Com o intento de que a interpretação constitucional siga o caminho da realidade e do interesse coletivo, conclui pela importância da conjugação entre a Constituição, as ciências sociais e teorias jurídico-funcionais.

O filósofo do Direito (HABERLE, 1997, p. 13) defende a tese nos termos da qual não se pode restringir o número de intérpretes da Constituição e propõe, no mesmo íterim, uma sociedade aberta no tocante à interpretação constitucional. Ele pugna, portanto, por uma sociedade na qual não se estabeleça um rol taxativo dos intérpretes da Constituição.

Relacionam-se, no livro de Peter Haberle (1997, p. 15), a vivência da norma e a interpretação constitucional, uma vez que os cidadãos, ao viverem a norma, são intérpretes da mesma, motivo pelo qual não apenas os membros do Poder Judiciário interpretam a Constituição. Verifica-se, assim, que os cidadãos e as instituições, a título exemplificativo, atuam na condição de intérpretes da Constituição, mesmo que indiretamente, propiciando, conjuntamente à interpretação exarada pelos técnicos juristas, uma abordagem mais ampla e precisa sobre os direitos fundamentais.

Para tratar da sua tese, Haberle (1997, p. 18-20) prefere que “A teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade”. Sobre os participantes da interpretação afeta à Constituição, o autor almeja entender quais fundamentos científicos foram relevantes para a adoção, pelo juiz, de uma interpretação em detrimento de outra. A fim de esclarecer a sua tese, o escritor (HABERLE, 1997, p. 23-24) afirma que:

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento.

Peter Haberle (1997, p. 24) versa, ainda, sobre as distintas funções realizadas pelos poderes Legislativo e Judiciário quanto à interpretação constitucional. Os próprios parlamentares podem exercer o papel de intérpretes da Constituição, como ocorreu no debate constitucional alemão de 1974. Todos podem, portanto, interpretar a Constituição, ainda que seja uma interpretação indireta e mediata. Os juizes da Corte Constitucional não se sujeitam a um controle técnico, pois a sua atuação se pauta em um conhecimento jurídico-social, já o legislador se submete a um controle técnico e não-técnico. O controle técnico se perfaz nos ditames interpretativos dos juizes da Corte Constitucional e o controle não-técnico provém das eleições.

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de Peter Haberle, expressa uma vontade de que todos interpretem a Constituição em seu cotidiano. Além disso, a interpretação de um cidadão comum pode repercutir nas instâncias superiores: a obra demonstra tal possibilidade. Uma decisão respaldada na interpretação social da Constituição pode ser considerada ativista nos termos do ativismo judicial defendido no presente trabalho. Assim sendo, questiona-se a possi-

bilidade efetiva de os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se inserirem no ativismo veiculado a partir concepção de Haberle sobre a sociedade aberta sob exame.

Os princípios em apreço são analisados como sinônimos por parte da doutrina, contudo, corrobora-se o entendimento segundo o qual os mencionados mandamentos são dissonantes. Outrossim, algumas vozes argumentam pela nomenclatura de regra da proporcionalidade em vez de princípio, posto que as suas derivações se adequariam à subsunção. No tocante à regra da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, informam-se as suas histórias pela Magna Carta de 1215. Entrementes, alguns autores criticam a aduzida referência, tendo em vista que são distintos (SILVA, 2002, p. 23).

Como prefere uma parte da doutrina, o princípio da proporcionalidade significa uma ponderação acerca de benefícios e sacrifícios. No Direito Administrativo, a avaliação em apreço diz respeito às condutas estatais, sendo que é vedada a desproporcionalidade administrativa no que concerne às disposições legais (MOREIRA NETO, 2006, p. 303). Fundamenta-se que o postulado da proporcionalidade é pautado nos direitos fundamentais e no Estado de Direito (MENDES, 2014, p. 280-290).

A presença de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é um meio diante do qual se perquirir a proporcionalidade em sentido amplo. Pela adequação, empreende-se uma análise se uma medida é adequada a um resultado específico. A respeito da necessidade, engendra-se uma investigação a fim de identificar a possibilidade de que outro meio cumpra o mesmo fim, desde que com uma restrição em menor grau a um direito fundamental. A proporcionalidade em sentido estrito engloba uma avaliação acerca da limitação de um direito fundamental no intuito de que outro direito fundamental seja resguardado. A razoabilidade

é um princípio mobilizado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual enseja a pertinência entre instrumentos e objetivos (SILVA, 2002, p. 33).

Incide, no mesmo diapasão, o questionamento referente ao ativismo judicial brasileiro no momento em que as decisões dos tribunais são proferidas com fulcro nos referidos princípios. É fundamental uma investigação sobre as conclusões processuais emitidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e pelo Supremo Tribunal Federal. Em função da carga axiológica atribuída aos postulados, reputa-se compatível uma argumentação jurídica com o escopo de fornecer as respostas do Estado juiz em torno de uma demanda.

Desdobra-se, ainda, a divergência entre correntes favoráveis e contrárias ao ativismo judicial. As primeiras advogam a tese de que a criatividade jurisdicional é legítima e, se a lei não logra a subsunção a um caso concreto, a discricionariedade do juiz deve imperar (CAPPELLETTI, 1993, p. 103). As segundas, de modo oposto, defendem a impossibilidade da liberdade sob exame, na medida em que as leis devem ser perfilhadas na etapa da decisão judicial.

## 2. Razoabilidade e proporcionalidade nos tribunais

Cármem Lúcia, ministra do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 89.429 de Rondônia, mobilizou, nos pilares de sua decisão, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A princípio, cumpre explicitar que o referido *writ* versa sobre a garantia de não ser algemado em novos procedimentos relacionados ao processo penal, na medida em que o comportamento passivo do impetrante ante o mandado de prisão traduziria a desnecessidade do emprego das algemas a fim de prendê-lo. Com fins de eluci-

dação acerca do Habeas Corpus em comento (STF, 2006), colaciona-se a sua ementa a seguir:

HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. 2. Habeas corpus concedido.

Na ocasião fática, o impetrante patrocinou a tese de acordo com a qual o manejo de algemas para prendê-lo configurou constrangimento ilegal, visto que a sua conduta foi passiva defronte das circunstâncias. Conforme salienta a ministra relatora, o objeto do *writ* toca a legitimidade do uso de algemas em determinados aportes fáticos. Em sede de formulação dos anseios decisórios, a relatora associou os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade à utilização de algemas nas prisões, tornando os referidos princípios, nessa senda, parâmetros a serem observados pelas autoridades policiais no exercício de suas funções.

As autoridades policiais, consoante se pôde notar em suas explicações, justificam o uso do aludido instrumento por au-

sência de previsibilidade sobre a reação daqueles em face dos quais os mandados de prisão foram expedidos. A ministra relatora, todavia, contra-argumenta por meio dos princípios em referência, os quais permeiam o ordenamento jurídico brasileiro com a sua atuação, também, na jurisdição constitucional.

Questiona-se, destarte, em que medida o ativismo judicial pode ser constatado no Habeas Corpus em lume. Como se sabe, a origem do ativismo judicial remete à tradição jurídica da *common law* e, em virtude disso, não se deve trabalhar com uma noção do ativismo judicial arraigada na cultura jurídica dos Estados nos quais impera a *common law*.

Entende-se, com base das discussões trazidas, o ativismo judicial brasileiro como uma postura ativa e criativa do Poder Judiciário perante casos que precisam ser solucionados. A atitude desse poder, mormente no concernente à criatividade, diz respeito a momentos nos quais o Poder Judiciário se distancia de um modelo rígido de emitir uma decisão e encontra fundamentos externos à lei em si no ordenamento com propósito de responder a um pleito judicial.

A doutrina brasileira, dessa forma, parece incorporar o ativismo judicial estrangeiro, desprovido de qualquer balizamento e de análise acerca das peculiaridades da cultura que circunda, ao sistema jurídico brasileiro acriticamente. Uma parcela dos autores compreende que não cabe o poder criativo do juiz na *civil law*, a título exemplificativo.

No caso concreto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a despeito de não estarem expressamente consignados na Constituição da República Federativa do Brasil, serviram como um fundamento essencial para a resolução do pleito do impetrante. Ressalte-se, ainda, a abordagem textual desses princípios como se constituíssem uma homogeneidade. Diante disso, fortalece-se a opinião de que, se o próprio conceito dos princípios vertentes se sujeita à dis-

cricionariedade do intérprete, favorece-se, com a sua aplicação, o viés do ativismo judicial.

Além de uma interpretação teleológica relativa aos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal, é evidente que a solidez dos argumentos legais se complementa com o fulcro principiológico e, conseqüentemente, com a carga valorativa tocante ao que se entende por razoável. No campo fático, a razoabilidade se opõe à arbitrariedade e sustenta, ainda, muitas condutas, de modo que se valem desse fundamento para continuarem nas práticas jurídicas. Em suma, pode ser enxergado o ativismo judicial, na decisão em exame do Supremo Tribunal Federal, a depender do conceito adotado de ativismo, bem como do entendimento atinente aos próprios postulados perscrutados.

O Agravo interno em apelação cível nº 0225351-95.2014.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja relatoria foi desempenhada pela Desembargadora Mônica Maria Costa, materializou um julgamento no qual se discutiu a eliminação de um candidato em um concurso público para soldado da polícia militar em função dos exames social e documental. As exclusões de certames, devido à chamada investigação social, são comuns e, normalmente, ensejam ações judiciais movimentadas por aqueles cujo direito líquido e certo, segundo suas defesas, foi violado.

A doutrina administrativista costuma, ainda, expor os limites do Poder Judiciário para rever uma decisão emanada de atos administrativos, sendo a corrente majoritária favorável ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, o qual não fere o princípio da separação dos poderes.

A desembargadora relatora desenvolveu a explanação de que não seria razoável exigir do candidato, antes da posse, o documento de habilitação de trânsito, uma vez que o exercício da função ocorre apenas depois da posse. Além disso, não seria proporcional, em seu entendimento, eliminar o candidato, no

exame social, em decorrência de punição de natureza grave quando serviu ao Exército. A proporcionalidade apresentada se assemelha à razoabilidade, apesar de ter sido escrita em termos distintos. A proporcionalidade aduzida careceria no exame da correlação entre a razão pela qual houve a eliminação e o ato desabonador da conduta. Denota-se, abaixo, uma parcela da ementa do julgado em apreço (TJ-RJ, 2016):

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. ELIMINAÇÃO NO EXAME SOCIAL E DOCUMENTAL. APRESENTAÇÃO DE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO ANTES DA POSSE. INFRINGÊNCIA DA SÚMULA 266, DO STJ. PUNIÇÃO DE NATUREZA GRAVE QUANDO SERVIU AO EXÉRCITO. COMPORTAMENTO CONSIDERADO 'BOM'. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Alguns doutrinadores podem compreender, ademais, que a ótica do ativismo judicial não pode ser avistada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que ambos são princípios e, com efeito, é de sua natureza terem uma abrangência estrutural, isto é, não demonstrarem uma definição exata, não se assemelhando ao conceito das regras. Entretanto, como cabe ao intérprete a completude dos princípios e, em seguida, a sua aplicação a um caso fático, os juízes acabam decidindo de acordo com a sua perspectiva acerca dos postulados em investigação. A depender da perspectiva e do conceito de ativismo judicial que se adote, é possível entender uma interpretação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como parte de um procedimento ativista.

## Conclusão

Sustenta-se, no trabalho vertente, um conceito de ativismo judicial, no âmbito brasileiro, que identifique uma postura dos juízes no sentido de se predispuerem a atuar para além da lei e da jurisprudência consolidada. Essa atuação judicial pode se concretizar, por exemplo, na opção dos magistrados de fundamentar uma decisão nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A tese apresentada é a de que a interpretação desses princípios abarca um instrumento de ativismo judicial.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são citados como sinônimos em várias decisões de tribunais brasileiros. Os princípios em exame não têm um conteúdo definido, porque, se os tribunais brasileiros, via de regra, atribuem um mesmo conceito para esses postulados, a ilação lógica é a de que se adota uma interpretação no ínterim de que uma decisão é razoável ou proporcional à situação fática apresentada nos autos de um processo judicial.

Nota-se, logo, uma elevada subjetividade na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pelos tribunais brasileiros, na medida em que a razoabilidade e a proporcionalidade de uma decisão podem variar de acordo com o intérprete. Por isso, firma-se o entendimento de que, sob o ponto de vista do ativismo judicial escolhido neste trabalho, especialmente em face das duas decisões judiciais examinadas, o Poder Judiciário se coloca como ativista nas decisões que envolvem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Corroborar-se o ativismo judicial averiguado nas decisões subsidiadas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, desde que elas procurem resguardar os direitos fundamentais e ampliar o seu alcance. Todavia, não se pode conceder espaço para a arbitrariedade nessas decisões, haja vista

a subjetividade imposta aos postulados em geral e, principalmente, aos aduzidos princípios. Assevera-se, por derradeiro, a importância de que os tribunais diferenciem, com clareza, os conceitos dos princípios sob exame na prática forense.

## Bibliografia

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 334 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 21 nov. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 1446 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 265-313.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STF. **HC 89.429/RO**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em: 22/08/2006 , publicado no DJ de 02-02-2007 p. 114.

TJ-RJ. **Agravo Interno em Apelação Cível nº 0225351-95.2014.8.19.0001**. Relatora: Des. Mônica Maria Costa. Julgamento em: 05/07/2016 , publicado no DJ de 07-07-2016 p. 204-209.



# Eugenesia: la técnica del embrión de los tres padres

*Ana Claudia Moreira Miguel Philippini e Renato Augusto de Alcântara Philippini*

## Introducción

El desarrollo de la bioética hace parte de un de los temas de vanguardia del derecho por estar envuelto de cuestiones tanto éticas como acerca de la vida<sup>86</sup>. La importancia para el derecho viene de la posibilidad de la manipulación de la vida y de reglar esas conductas.

Es decir, como se debe tratar la vida humana y cuales son los límites de la medicina para mantener la dignidad de las personas humanas.

Andorno (2012), observa, en síntesis, que la bioética es una parte de la ética que se ocupa de la vida, de cómo debe tratar la vida, en especial, la vida humana. Se tratan de cuestiones que interesan no solo a ética médica, pero también al derecho, a la

---

86. Bioética viene de las palabras griegas: *bios* (vida) y *ethikós* (ética).

política, a la filosofía, entre otros, tiendo como punto común el valor del ser humano frente a los desarrollos biomédicos.

Según Andorno (2012, p.12):

En particular, la bioética supone una aproximación interdisciplinaria, prospectiva, global y sistemática a los nuevos dilemas. Es interdisciplinaria, ya que, al interesarse directamente por el valor de la vida humana y las repercusiones sociales de los nuevos desarrollos, no concierne sólo a los médicos y biólogos, sino también a los juristas, filósofos, teólogos, autoridades públicas, psicólogos, etc. Prospectiva, porque mira necesariamente hacia el futuro de la humanidad. Global, porque muchos de los nuevos desafíos no sólo afectan a individuos aislados, sino a la humanidad en su conjunto. Sistemática, porque pretende organizarse como una reflexión coherente y estructurada, con principios propios, y no como una simple casuística.

Mai y Angeram (2006) afirman aún que los avances ocurridos en las ciencias biomédicas fueron grandes, como en los casos de la fecundación in vitro, clonaje, ingeniería genética, vacunas, terapias y alimentos transgénicos representan el progreso de la ciencia.

No obstante, el dilema más común enfrentado por la bioética es la eugenesia, que trae la idea de mejoramiento humano. En general, la eugenesia intenta eliminar taras hereditarias y perfeccionar las características físicas del ser humano mediante varias formas de intervención o de selección.

De hecho, es la posibilidad de transformación de la naturaleza humana por medio de paradigmas biológico y científico. Es algo complejo por estar envueltas cuestiones dudosas, o sea, que están presentes el bien y el mal.

Pero qué es la Eugenia? Schramm (1997) enseña que Eugenia, eugenésica y eugenismo son tres termos que pueden ser considerados sinónimos. Ellos derivan del griego *eugenés* (*eu* – bien, *génos* – raza, linaje).

Históricamente es posible distinguir la eugenésica por medio de períodos temporales distintos. La primera fue la eugenésica arcaica o antigua, que se extendió desde Platón hasta Galton. En ella se buscaba la perfección por la selección de los progenitores. En la secuencia, tuvo la llamada eugenésica clásica, desarrollada desde Galton hasta la Segunda Guerra Mundial, incluyendo las esterilizaciones compulsivas, genocidios, prohibiciones de casamientos interraciales. Después del fin de la segunda grande guerra empezó la nueva eugenésica, también denominada liberal, caracterizada por actuar no solo na selección de los progenitores como aún na manipulación genética (ARCHER, 1995).

Por esa razón que Schramm (1997) presenta las contradicciones de algo que, en sentido técnico, debía indicar la ciencia que estudia las condiciones más propicias para el mejoramiento de la especie humana. Según el autor (1997, p.2):

No estágio atual do debate, a eugenética pode ser distinguido em eugenética negativa, preocupada provalvemente em prevenir e curar doenças e malformações consideradas de origem genética, e eugenética positiva, que visa a melhoria das competências humanas, como a inteligência, a memória, a criatividade artística, os traços do caráter e várias outras características psicofísicas. A primeira é, em geral, aceita sem grandes questionamentos morais; a segunda é mais polêmica.<sup>87</sup>

---

87. En español: “En la fase actual del debate, la eugenésica puede ser distinguido en

En ese mismo sentido, Mai y Angeram (2006) enseñan que fueron muchos los equívocos provocados por las ideas propuestas y por una falsa científicidad de la eugenesia, en especial después de la Segunda Guerra Mundial, desarrollando acciones condenadas por la sociedad y la formulación de las expresiones eugenesia positiva y negativa.

Considerando el expuesto o que se hará en artículo es analizar una de esas especies de eugenesia: la técnica conocida como “embrión de los tres padres”.

El objetivo principal de la investigación es determinar cuál es el tipo de eugenesia utilizada por la técnica y se esa fue un real beneficio para la especie humana de aquellos que buscan atender a los intereses de la dignidad humana.

## 1. Materiales y métodos

Este trabajo de investigación comprende la técnica cualitativa, una vez que abarca la observación de acciones y el análisis del discurso (CARDINAUX; KUNZ 2004: 143). Para la reconstrucción teórica fue preciso utilizar una hermenéutica que se realizó desde formatos de análisis críticos de los corpus discursivos que constituyen las fuentes de indagación.

La perspectiva jurídica y ética de la bioética y Eugenia parte de las enseñanzas de Andorno (1961), Mai y Angeram (2006), Archer (1995), Schramm (1997). Para desarrollar la técnica conocida como “embrión de los tres padres” fueron empleados Hamzelou (2016), Cohen (1998), Vidal (1998), Villaplana (2002), entre otros. Ya del punto de vista de la

---

*eugenésica negativa, preocupada en prevenir y curar enfermedad y malformaciones consideradas de origen genética, y eugenésica positiva, que visa a mejorar las competencias humanas, como la inteligencia, la memoria, la creatividad artística, las características del carácter y varias otras características psicofísicas. La primera es, en general, acepta sin grandes cuestionamientos morales; la segunda es más polémica”* (Traducción de la autora).

Eugenia positiva se basa en las líneas de pensamiento de Fraga y Aguiar (2010), entre otros.

## 2. Resultados

El 27 de septiembre de 2016, la prensa notició el nacimiento del primer bebé del mundo engendrado con la técnica conocida como “embrión de los tres padres”. Según Hamzelou (2016), se trata de un niño nacido en México, cuya madre tiene una enfermedad rara, el síndrome de Leigh, que es una dolencia mortal que afecta el sistema nervioso en desarrollo<sup>88</sup>.

Según Tormen, Martins y Dal’Bó (2016), el síndrome, que es también conocida como encefalopatía necrosante subaguda es una enfermedad rara neurodegenerativa, con una prevalencia de 1 para cada 100.000 a 140.000 nacimientos. Es hereditaria y afecta generalmente niños de 3 meses a 2 años, pero hay algunos casos de otras personas afectadas.

De acuerdo con los autores (2016, p. 268):

As mutações ocorrem no DNA mitocondrial alterando o metabolismo energético, sendo que a principal causa é um defeito na fosforilação oxidativa e geração de ATP celular, causando degeneração das habilidades motoras e, eventualmente, a morte<sup>89</sup>.

---

88. Según Hamzelou (2016) se trata de un casal de la Jordania de casi 20 años de casados. Después de diez años, ella quedó embarazada, pero tuvo un aborto involuntario. En la secuencia, embarazó por más tres veces y tuvo más tres abortos involuntarios. En 2005, la mujer dio a luz a una niña. No obstante descubrieron que su hija nació con el síndrome de Leigh, que afecta el cerebro, los músculos y los nervios de los bebés en desarrollo. La niña murió seis años después. Más una vez, la pareja embarazó e nació el segundo hijo con el mismo trastorno, que vivió solamente ocho meses. El bebé nacido por la técnica no presenta el síndrome.

89. En español: “Las mutaciones ocurren en el DNA mitocondrial alterando o

El bebé nació por medio de un procedimiento de reproducción asistida en que se utiliza el Acido Desoxirribonucleico (ADN) de tres personas sin destruir embriones, con el objetivo de conseguir un embrión libre de la enfermedad hereditaria de su madre.

Aunque existan aproximadamente cincuenta personas concebida por reemplazo mitocondrial, fruto de un tratamiento empezado en los Estados Unidos en los años 90, la nueva técnica se presenta como un desarrollo de esta terapia ovocitaria.

El científico estadounidense Cohen y su equipo plantearan originalmente un método para transferir el citoplasma del óvulo sano de una donante para el citoplasma del óvulo enfermo de la paciente, obteniendo embarazos exitosos.

De acuerdo con Cohen *et al.* (1998, 270):

Donor and patient were to be simultaneously stimulated and only some donor eggs used for cytoplasmic extraction and insertion into patient eggs (experimental group). Apart from the patient eggs receiving donated ooplasm, others were to be set aside for standard in-vitro fertilization (IVF) or intracytoplasmic sperm injection (ICSI) (homologous or donor control group)<sup>90</sup>.

---

*metabolismo energético, siendo que la principal causa es un defecto en la fosforilación oxidativa y generación del ATP celular, causando degeneración de las habilidades motoras y, eventualmente, la muerte*". (Traducción de la autora)

90. En español: "El donante y el paciente se estimularon simultáneamente y solo se utilizaron algunos óvulos de donantes para la extracción citoplásmica y la inserción en los huevos de los pacientes (grupo experimental). Además de los huevos del paciente que recibieron el ooplasma donado, otros debían reservarse para la fertilización in vitro estándar (FIV) o la inyección intracitoplásmica de esperma (ICSI) (grupo de control homólogo o donante)." (Traducción de la autora).

Roger (2016) afirma que los primeros bebés que nacieron utilizando la técnica del Doctor Cohen son de la década de 1990 y principios de la de 2000. Por esa técnica conocida como transferencia ooplasmática (transferencia citoplásmica), bebés fueron producidos a partir del material genético de un hombre y dos mujeres por medio del uso de tecnologías de reproducción asistida, específicamente tecnologías de manipulación mitocondrial y reemplazo. No obstante, mucho se desconocía sobre la seguridad de la técnica empleada, de modo a plantear preocupaciones éticas y sociales, entre ellos los posibles impactos en la salud y la herencia.

En general, la tecnología reproductiva utilizada se centra en reemplazar o reducir los efectos de las mutaciones que ocurren en el ADN de los orgánulos celulares conocidos como mitocondrias, que residen en el citoplasma de la célula.

De hecho, no se trataba de un método para personas con problemas de fertilidad pero para las portadoras de enfermedades mitocondriales que podrían pasar los males genéticos a sus hijos.

En síntesis, la técnica consiste *“en transferir una parte del citoplasma de un ovocito ‘normal’ al citoplasma de un ovocito con capacidad de desarrollo disminuida para compensar el déficit de componentes bioquímicos o estructurales dentro del citoplasma”* (PIÑA-AGUILA, 2002, p. 133).

No obstante, esa técnica fue mucho criticada un vez que, al transferir las mitocondrias de un óvulo a otro, existían riesgo de transmitir enfermedades genéticas debido al ADN de las mitocondrias.

Según Vidal (1998), en el campo de la intervención genética hay los siguientes procedimientos: introducción de un gen a la célula para corregir la anomalía, alterando el interior de la célula; modificar un gen en el interior mismo de la célula; sustituir el gen anómalo por otro en una especie de cirugía.

En ese sentido Villaplana (2002, p. 8) así explica:

La intervención genética en el campo terapéutico es de tres tipos: (a) introducción de un gen a la célula para corregir la anomalía, lo cual alteraría el interior de la célula, procedimiento que se aplicó para el diseño del niño Adam Nash; (b) modificar un gen en el interior mismo de la célula para volverlo “normal”, y (c) sustituir un gen anómalo por otro, una especie de cirugía (Vidal, 1998: 156; Marlasca, 2001: 177). Según el avance de estas tecnologías aplicadas a los seres humanos, sólo la primera, por el momento, es viable, por ejemplo, a partir de la introducción de citoplasma o mitocondrias al cigoto, y las enfermedades que tecnológicamente podrían curarse son aquellas que requieren de un transplante de médula espinal. Las otras dos intervenciones se han aplicado a plantas y animales como se muestra en el vídeo documental *Bebés a la medida* (BBC, Horizontes, 2000), tales procedimientos están aún lejos de aplicarse a seres humanos, empero, la experimentación con animales puede mejorar dichas tecnologías para su uso en humanos.

Así siendo, solamente la primera técnica es viable en este momento de la ciencia, o sea, poner otro gen para corregir la anomalía genética, que fue el caso de la técnica utilizada.

Con base en eso, es posible observar que el trabajo de Cohen sirvió para la técnica desarrollada por el científico John Zhang y su equipo. La diferencia es que en esa nueva situación se realizó una transferencia nuclear, o sea, se recolectaron óvulos de las dos personas (madre y donante) y se separaron el núcleo de los óvulos.

La técnica utilizada fue de electrofusión para transferir el genoma nuclear del óvulo de la madre, de modo a dejar atrás la mayoría de sus mitocondrias, al citoplasma de un óvulo donante que contiene solo mitocondrias sanas. Este óvulo fue fertilizado por la espermia del padre y transferido al útero de la madre. Treinta y siete semanas después de un embarazo sin incidentes nació el bebé (ELSEVIER, 2017).

Se observa, por consiguiente, que técnica de los tres padres no siguió los dos métodos tradicionales de fusión celular que han sido utilizados en el pasado por varios grupos. La mayoría de los grupos han utilizado un virus para lograr la fusión celular, sin embargo, se desconoce el alcance del ADN viral remanente. El otro método implica un impulso eléctrico medido para iniciar la fusión celular (ELSEVIER, 2017).

Según Hamzelou (2016), aunque tenga sido creados cinco embriones, solamente uno de ellos se ha desarrollado normalmente.

Ese tipo de intervención genética por no ser permitida en algunos países, como en los Estados Unidos, fue realizado en México, donde no hay legislación que regule la reproducción asistida.

A pesar del hecho de que sean procedimientos terapéuticos con el objetivo de evitar que nazcan bebés con enfermedades hereditarias para la cual hoy no hay tratamiento, existe una gran interrogante que necesita ser respondida: ¿hasta dónde puede y debe llegar la manipulación genética?

Para responder a esta pregunta es necesario hacer un análisis ético y desarrollar, mismo que de forma superficial, de lo que se plantea a bioética.

De acuerdo con Fraga y Aguiar (2010), que analiza el límite entre la manipulación genética terapéutica o reproducción y las prácticas biotecnológicas selectivas de la especie humana, reconocen la necesidad de fijar criterios claros para determinar

el inicio de la existencia de los derechos individuales, de modo a garantizar el respecto a libertad, identidad e intimidad genética, de manera que el genotipo humano manipulado no sea factor impeditivo para el gozo de los derechos fundamentales.

No obstante, cuando se analiza la manipulación genética decurrente de los procedimientos de diagnóstico preimplantatorio, como el caso del embrión de los tres padres, se debe tener en cuenta la integridad de la especie humana y la defensa del patrimonio del genoma humano.

De acuerdo con Gonzalez y Fernandes (2018, p. 88) al respecto diagnóstico genético preimplantacional (DGP):

El dgp consiste en la selección de embriones sanos para evitar la transmisión de enfermedades de origen hereditario. Para lograrlo, se utilizan tra, como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (icsi) y la fecundación in vitro (fiv). La introducción de estas técnicas fue necesario un marco legal que estableciera límites para su puesta en práctica. Sin embargo, la existencia de la legislación no ha impedido controversias sociales, éticas y jurídicas, en espera de una nueva regulación que solvante los problemas que plantea la legislación actual.

Sin embargo, hace necesario verificar se esta manipulación resulta de eugenesia positiva o negativa.

Villaplana (2002) distingue tres tipos de eugenesia: la negativa, que se propone a eliminar características no deseables de la especie humana; la positiva, que objetiva aumentar los genes y genotipos deseables; y la ideológica, que diseña la idea de construcción genética de seres humanos superiores.

Eugenesia positiva consiste en aplicar el conocimiento biológico molecular en el diagnóstico y en la intervención

genética, de manera a obtener un enriquecimiento del genotipo para modificar el fenotipo. Ya la eugenesia negativa objetiva corregir errores genéticos y eliminar enfermedades o factores genéticos desencadenantes de ellas.

Cuanto al diagnóstico genético preimplantario, Testart (2005) ha observado un aumento de casos que se alinean con una política eugenésica, tanto positiva como negativa.

Por lo tanto, estos movimientos dirigidos a una eugenesia asociada a genetización, incluyen tanto la eugenesia negativa como en el caso del embrión de los tres padres como la eugenesia positiva como en el caso del bebé Adam Nash, un bebé-medicamento, creado por intervención genética, con el propósito de salvar la vida de su hermana Molly (BBC NEWS, 2000).

Se observa, todavía, que los argumentos que se esgrimen a favor o en contra estos procedimientos tienen relación con las cuatro teorías éticas existentes, a decir: deontológicas, teleológicas, consecuencialistas y utilitaristas y personalistas.

De manera más sintética, los argumentos a favor se basan en las potencialidades benéficas de las tecnologías para prevenir y curar molestias o mejorar el comportamiento humano. En contrapartida, los argumentos en contra acentúan sus potencialidades maléficas relacionadas a creación de un superhombre, así como la discriminación genética (SCHRAMM, 2000).

Finalmente, para la indagación sobre si debe o no manipular el genoma humano, según Villaplana (2002, p. 16), son tres las respuestas posibles:

- (a) la opuesta o crítica a la intervención, que refleja un pesimismo tecnológico y científico;
- (b) la intervencionista sin límites y excesivamente optimista; y

(c) la intervencionista con límites, es un punto medio entre las anteriores, que admite algunos tipos de intervención, pero otros no.

De acuerdo con la primera, a decir, la no intervencionista o crítica, respaldada por algunos científicos y grupos religiosos, se preconiza que no debe haber cualquier tipo de manipulación genética, incluyendo aquellos procedimientos terapéuticos con el objetivo de evitar que nazcan bebés con enfermedades hereditarias para la cual hoy no hay tratamiento. Dos de los argumentos utilizados para justificar a no manipulación se base en la falta de conocimiento e información para predecir las consecuencias de la intervención a largo plazo y la inviolabilidad del cuerpo humano.

Ya la segunda posición, o sea, la intervencionista sin límites aduce que se debe hacer todo que es posible técnicamente, fundado en el optimismo biotecnológico. Para ellos no debían existir impedimentos éticos a la investigación científica y al desarrollo de la biotecnología. Uno de los argumentos utilizados es que la evolución humana no es solo biológica, pero también la evolución tecnológica para modificar el genoma humano.

La última posición es la intermedia, basada en la posibilidad de manipulación genética, pero de forma limitada, de manera a reconocer los linderos éticos. En síntesis, ellos admiten la intervención genética con fines terapéuticos más no transformista. Sin embargo, no hay entre ellos un consenso en relación a la terapia germinal debido a la falta de información y conocimiento sobre las secuelas que traería la eliminación de los genes defectuosos.

## Conclusões

Por consiguiente, sobre la base de lo que se discutió en esta breve investigación, se concluye que no es posible afir-

mar con certeza cuál es el límite para la manipulación genética y hasta donde puede o debe llegar esos procedimientos terapéuticos. En realidad existen variados posicionamientos, de modo a remitir a los más diversos argumentos y riesgos posibles para esta conducta.

Resta, por lo tanto, apelar a la ética de la responsabilidad y la sabiduría de los hombres.

## Referências

ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*. 2 ed. Madrid: Editorial Technos, 2012.

ARCHER, L. O progresso da genética e o espírito eugênico. In: *Cadernos de Bio-Ética*. Coimbra, n. 10, 1998, p. 73-81.

BBC NEWS, *Baby created to save older sister*. 2000. Disponible en: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/954408.stm>>. Acceso en: 19 sep. 2016.

CANTU, J. M. (Org.) *Bioética y genética*. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética. Buenos Aires, 2000, p. 347-364.

COHEN, J, *et al.* Ooplasmic transfer in mature human oocytes. In: *Molecular Human Reproduction*. v. 4, n. 3, 1998, p. 269-280.

ELSEVIER. *Technique for 'three-parent baby' revealed*. 2017. Disponible en: <[www.sciencedaily.com/releases/2017/04/170403083119.htm](http://www.sciencedaily.com/releases/2017/04/170403083119.htm)>. Acceso en: 30 mar. 2018.

FRAGA, I. O., AGUIAR, M. N. Neoeugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as

- práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. In: *Revista Bioética*. 18 (1), 2010, p. 121 – 130
- GONZÁLEZ, M. M., FERNÁNDEZ, F. R. El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español. In: *Revista de Derecho Privado*, n.º 34, enero - junio de 2018, p . 87 a 121
- HAMZELOU, J. World's first baby born with new 3 parent technique. In: *New Scientist*, 2016. Disponible en: <<https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>>. Acceso en: 1 sep. 2016.
- MAI, L. D., ANGERAMI, E. L. S. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições In: *Revista Latino-americana de Enfermagem*. março-abril; 14(2) 2006, p. 251-258
- PIÑA-AGUILAR, R. E. El regreso del ovocito: de la olvidada transferencia citoplasmática a la actual transferencia del huso meiótico. In: *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*. v. 4, n. 3, enero-marzo, 2012, p. 132-138.
- ROGERS, K. *Three-parent baby*. 2016. Disponible en: <<https://www.britannica.com/science/three-parent-baby>>. Acceso en: 30 mar. 2018.
- SCHRAMM, F.R. *Eugenia, eugenética e o espectro do eugenismo: considerações atuais sobre biotecnociência e bioética*. 2009. Disponible en: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/384](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/384)>. Acceso en: 30 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. Moralidad de la ingeniería genética: argumentos en pro y contra de la intervención programada sobre el

genoma humano. 1988. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2117614>>. Acceso en: 12 sep. 2016.

TESTART, J. *De la procréation assistée à un nouvel eugénisme*. 2005. Disponible en: <<http://jacques.testart.free.fr/index.php?post/texte716>>. Acceso en: 12 sep. 2016.

TORMEN, M., NUNES, T. M., DAL'BO, K. Síndrome de leigh. In: *Revista Brasileira de Neurologia e Psiquiatria*. Set-Dez; 20(3), 2016, p. 267-271

VILLAPLANA, A. C. *Aspectos bioéticos del diseño de bebés*. 2002. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/166/16612201.pdf>>. Acceso en: 12 sep. 2016.



# **DIREITO HOMOAFETIVO E DIVERSIDADE SEXUAL**



# O método de triagem das doações sanguíneas dos indivíduos homossexuais do sexo masculino: reflexão do preconceito existente na sociedade contemporânea à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana

*Júlia Bezan Campos e Laís de Oliveira Pimentel*

## Introdução

É de extrema importância e necessidade a doação de sangue, tendo em vista ser um efetivo mecanismo para salvar vidas. Contudo, os desempenhos das arrecadações para as

doações sanguíneas deparam-se incessantemente escassas por diversos motivos, sendo especificado no presente trabalho o pertinente às barreiras referentes aos gêneros sexuais.

As incompatibilidades diante da Constituição Federal de 1988 e elucida as referências em contraditório perante as normas do Ministério Público de Saúde e da ANVISA, em razão dos preconceitos e discriminações entre os sexos perante os requisitos da doação de sangue dos homens homossexuais e/ou bissexuais.

Por conseguinte, na atualidade, constata-se a presença de Regulamentações, Resoluções e Portarias que desenvolvem com harmonia e uniformidade o entendimento que, homens que desempenham relações sexuais com outros homens, estão impedidos temporariamente pelo período de 12 (doze) meses para realizar a doação sanguínea.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho científico é explanar os tópicos que consistem na proibição de doação de sangue por homens homossexuais, fundamentada na Portaria 158/2016 e na RDC 34/2014, que contradizem os preceitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, no primeiro capítulo será abordado como os princípios constitucionais fundamentais, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, são importantes para a manutenção da ordem social e jurídica, mantendo, dessa forma, o equilíbrio e assegurando a todos os indivíduos um tratamento isonômico.

No segundo capítulo, serão estudadas as regulamentações atuais que permeiam as doações sanguíneas no Brasil e quais os requisitos utilizados para a sua efetivação. Já no terceiro capítulo, o estudo se voltará à inaptidão para doação de sangue por homossexuais do sexo masculino e qual o método de triagem utilizado quando se tratam especificamente dessa classe específica.

Destarte, o método utilizado foi o dedutivo para a realização desta pesquisa bibliográfica qualitativa, no qual foram utilizados artigos científicos, doutrinas, além da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, das regulamentações da área da saúde e o do Boletim Epidemiológico. Além disso, fora realizada uma entrevista semiestruturada com um doador sanguíneo homossexual do sexo masculino sobre como foi realizada a triagem no hemocentro que frequentou e quais as dificuldades por ele enfrentadas para a realização do ato.

## 1. Princípios constitucionais fundamentais: da igualdade e da dignidade da pessoa humana

Os princípios constitucionais são o alicerce que compõem as bases de todas as Constituições. São eles que se identificam com os valores supremos antevistos, já que são os responsáveis por alimentar todo o projeto constitucional.

Têm como função exprimir uma ideia de direito, além de configurar a *ratio* (razão) das próprias regras, uma vez que cabe ao legislador criar leis que sigam as suas direções. Os princípios também funcionam como “elos” entre os elementos do sistema jurídico, já que promovem uma “ligação” entre todas as suas normas.

Ainda possuem função integrativa, tendo em vista que, quando da ausência de uma norma específica para a resolução do caso concreto no ordenamento jurídico, eles podem ser chamados para se extrair a solução jurídica do fato. Dessa forma, pode-se dizer que não ocupam somente uma esfera abstrata do sistema jurídico, pois possuem força normativa.

Além disso, os princípios constitucionais têm função garantidora, porquanto oferecem garantias às pessoas ante a autoridade do Estado, constituindo, assim, uma forma de limitar a ação deste e de garantir direitos a todos os cidadãos.

Visto isso, passar-se-á à observação de alguns princípios fundamentais constitucionais que fundarão a base do presente trabalho.

### 1.1. Princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da cf)

Tal princípio reclama ao igual tratamento dos iguais e dos casos iguais, o que tecnicamente se faz pela generalidade da lei. Entretanto, este princípio importa no direito ao igual tratamento e no direito ao tratamento como igual, sendo que o primeiro significa o acesso aos mesmos direitos e o segundo, o direito de não ser desvantajado em relação a outras pessoas (FERREIRA FILHO, 2014).

Quando adotada essa principiologia, garantiu-se que todos portassem um tratamento equilibrado e isonômico perante a lei, erradicando privilégios para uns e desigualdade para outros que se encontram na mesma linha de equidade.

Tamanha é a importância desse princípio que é possível defini-lo como um dos pilares de sustentação da democracia brasileira, atuando de forma a atenuar as injustiças que ocorrem na nação.

Pode-se encontrar a aplicabilidade desse princípio nos três poderes governamentais, no qual, sua imponência encontra-se dividida igualmente em todos eles, sendo na elaboração das leis, em sua aplicabilidade e por fim, nas suas administrações. Em todas essas fases, devem ser estritamente respeitadas não apenas o princípio da igualdade formal, mas, equivalentemente a igualdade material, para que, desta forma, seja capaz de alcançar uma atuação mais justa para a sociedade.

Com relação à presente pesquisa, no qual ir-se-á observar como as regulamentações que regem os requisitos de triagem para doações sanguíneas por indivíduos homossexuais do sexo

masculino ferem alguns princípios constitucionais, inclusive o da igualdade. Por isso tão necessário se faz a abordagem sobre o tema para que todos os preceitos legais não fiquem somente no plano abstrato, mas comecem também a fazer parte da prática real do direito em todas as relações humanas.

### 1.1.1. Sem preconceitos e distinções (art. 3º, IV e art. 5º, I, da CF)

A sociedade brasileira é muito diversa no que tange assuntos, como: raças, etnias, religiões, opções sexuais, culturas, etc. Sendo assim, em um país onde não há hierarquia entre as diversidades apresentadas, todos merecem igual respeito e tratamento.

Entretanto, a realidade não condiz com isso. Determinados grupos de pessoas, com pensamentos conservadores e obsoletos, não conseguem praticar a empatia para com o próximo e adquirem a mentalidade de que somente o que acreditam correspondem ao certo. É a partir desses comportamentos hostis que casos de preconceitos e distinções acontecem perante as classes minoritárias.

Preconceito, segundo os dizeres de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p. 551) significa “1. Ideia preconcebida; 2. Suspeita, intolerância, aversão a outras raças, credos, religiões, etc”. A partir dessa definição, pode-se dizer que o preconceito surge, uma vez que a pessoa cria uma ideia antes mesmo de conhecer o que está sendo analisado, formando, dessa maneira, julgamentos que, na totalidade das vezes, são equivocados.

Através desses comportamentos, as mudanças que se referem à inclusão social e jurídica vão enfrentando dificuldades para se efetivarem, pois mesmo que concretas, a aceitação plena delas por todos os indivíduos integrantes da sociedade

não ocorre, e é a partir disso que sua consolidação resta-se, em partes, frustrada.

Dito isso, o que difere uma pessoa da outra, são os sentimentos, os jeitos, seus hábitos, então, olhando por essa perspectiva, todos são diferentes uns dos outros, não havendo razão para distinções, já que, não existe uma pessoa igual à outra e se houvesse respaldo para transcorrer diferenciações, seria entre todos, já que todos são dessemelhantes.

Ainda é necessário destacar o grande avanço da Constituição Federal de 1988 ao atribuir a homens e mulheres os mesmos direitos e deveres, na medida de suas igualdades. Obviamente que em alguns aspectos existirão certas “prioridades” com relação às mulheres, como, por exemplo: no tempo de aposentadoria, no qual estas podem se aposentar mais rapidamente do que aos homens. A segunda hipótese diz respeito ao período de licença-maternidade que é superior ao da licença-paternidade, por caráter estritamente biológico, já que os homens não precisam descansar durante o parto e não participar diretamente da amamentação.

Por último, a Constituição também estabeleceu que homens e mulheres que ocuparem os mesmos cargos devem receber os mesmos salários, entretanto, sempre enfatizando que as mulheres devem merecer maiores respaldos, tendo em vista que se tornam mães.

Também é necessário mencionar que os homossexuais e os transgêneros integram esse direito constitucional de não serem discriminados pelo sexo. Muitas vezes esses indivíduos enfrentam duramente os preconceitos de determinadas pessoas da sociedade pelos seus modos de andarem, vestirem, falarem e tudo que diz respeito às suas personalidades. Entretanto, todos têm o livre-arbítrio para escolherem viver como querem e não cabe a ninguém se opor a isso.

## 1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Esse princípio tem um valor supremo na ordem constitucional, devendo agregar todos os direitos fundamentais do homem, uma vez que o indivíduo é o objetivo principal da ordem jurídica. De acordo com Juliano Bernardes *et. al.* (2012),

o princípio importa na total repulsa do constituinte a quaisquer normas ou práticas a colocar alguma pessoa em posição de inferioridade substancial perante as demais, assim como em situação na qual se lhe desconsidere a condição de humano, seja para reduzir ou assemelhar a pessoa à condição de “coisa”, seja para privá-la dos meios minimamente necessários à subsistência com dignidade (BERNARDES *et. al.*, 2012, p. 41).

Assim, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é mais importante no atual Diploma Constitucional. Ele nasce quando nascemos, e com o transcorrer do tempo vai crescendo em conjunto. É a forma de eliminar a discriminação, seja por religião, orientação sexual, raça, etc.

Por isso, todos os cidadãos devem ser protegidos pelo regramento jurídico e qualquer situação que promova o desrespeito a esse princípio tão importante, deve ser imediatamente erradicada para que não haja degradação no tratamento isonômicos dos indivíduos.

Deste modo, o princípio em questão guarda grande relação com o tema central do presente trabalho, uma vez que os homossexuais do sexo masculino ainda, no exercício das doações sanguíneas, são submetidos a situações vexatórias, no momento da triagem para a realização do ato, simplesmente pelo fato de suas opções sexuais não serem a heterossexual.

### 1.2.1. Direito à vida e à sexualidade

O direito à vida é o direito de maior relevância e o que mais deve ser protegido. Por ser um aspecto muito frágil, principalmente ao seu iniciar, necessita de maior cuidado e garantia. Esse direito fundamental certo a todos os cidadãos brasileiros é protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, já que não há que se afirmar existir vida decente, sem que sua dignidade seja respeitada da maneira que merece.

Correlacionando esse direito fundamental ao tema do presente trabalho, é notório que todas as pessoas que se encontrem em situação de risco de morte ou qualquer grau de debilidade, seja por acidente, cirurgia, hemofilia, etc, sejam submetidas a transfusão de sangue, já que é através dessas que são garantidos a manutenção da vida e bem-estar futuro a quem a isso estiver submetido.

Entretanto, o direito à vida só em posto em “xeque” no atual regramento jurídico nos casos de guerra declarada, que se refere ao momento em que a pena de morte é permitida para ser aplicada, nos termos do art. 5º, XLVII, “a”, da CF.

Já no que tange o direito à sexualidade, afirma Maria Berenice Dias (2007), trata-se de um direito personalíssimo e cada pessoa tem a obrigação de exercer sua liberdade de escolha com dignidade, garantindo-lhe a faculdade de optar por qual sexo se sente atraído, sem gerar nenhum tratamento diferenciado (DIAS, 2007).

Porém, existe uma falsa tolerância aos homossexuais nos dias atuais e a Constituição Federal criminaliza qualquer discriminação, o que serve de amparo para essa classe minoritária que foge do “padrão” relação entre homem e mulher. As leis devem acompanhar o decorrer da sociedade, caso contrário, a justiça sempre será falha, mas a falta de lei, não pode trazer insuficiência na aplicação do direito (DIAS, 2007).

Portanto, é necessária uma conscientização social para que todos os tipos de relacionamentos sejam respeitados a fim de que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente abranjam todos os cidadãos, independentemente de quaisquer que sejam suas escolhas, desde que elas, obviamente, não contrariem a ordem social e constitucional.

## 2. A regulamentação das doações sanguíneas e os requisitos para sua efetivação

### 2.1. Portaria n. 158 de 04/02/2016, Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e ADIN 5.543

Não existe forma de suprir o sangue humano a não ser pelo sangue de outra pessoa. Entretanto, mesmo com a importância de se ter sangue estocado nos hemocentros e hospitais, os bancos de sangue brasileiros vivem escassos desse recurso. Em contrapartida, a fim de amenizar essa crise de abastecimento sanguíneo, o Ministério da Saúde sempre lança campanhas de conscientização populares, como propagandas, panfletos, palestras a fim de que as pessoas se conscientizem da importância desse gesto

Por ser um ato extremamente necessário e igualmente respaldado de precauções, o artigo 87 da Constituição Federal, parágrafo único, inciso II, conduz o direito de impor regulamentos para execução das leis, para melhor aplicabilidade.

O regulamento técnico da Portaria vigente é a de n. 158/2016 do Ministério da Saúde, que objetiva a regulamentação das atividades hemoterápicas em toda a nação em concordância com a Política Nacional de Sangue. Desse modo,

busca-se a proteção de ambas as partes do procedimento, de quem recebe e de quem doa o sangue, e a realização de forma correta à coleta, estoque, distribuição e manuseio adequado dos materiais.

Primeiramente, para que fique melhor qualificado o aspecto do impedimento, no artigo 64, inciso IV, da referida Portaria, considera-se inapto provisoriamente pelo prazo de 12 (doze) meses, os homens que tiveram uma ou mais relações sexuais com outros homens ou com as parceiras destes, independentemente de contemplação a respeito sobre as condutas terem sucedido com proteção ou não.

O simples fato de ser homossexual já torna o indivíduo inapto para realização da doação de sangue, com isso, a exclusão decorre inicialmente com a resposta sobre o questionário sobre comportamentos sexuais, não é sequer concluída a triagem e também não são feito testes para constatar se há indícios de alguma DST.

O ato de doar o próprio sangue decorre de ato voluntário e não pode ser remunerado, em razão disso, é considerado como um ato honroso, desta forma, essas pessoas não podem ser tratados de qualquer maneira, devendo haver, sobretudo o respeito em qualquer situação, por isso, no artigo 2º, parágrafo 2º, da Portaria 158/2016 assegura “os princípios da universalidade, integralidade e equidade no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS)” (BRASIL, 2016).

Bem como, no mesmo artigo, parágrafo 3º, continua assegurando a forma restrita e rigorosa de atendimento nas triagens, para segurança das partes, mas diante disso, jamais configure “manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras” (BRASIL, 2016).

É controverso que, de um lado a Portaria condena tais discriminações e por outro elimina aproximadamente todos os homens homossexuais que possuem mesmo de forma pequena, uma vida sexual ativa, com a devida proteção. Logo, diante dessas condições, praticamente todos os HSH estão proibidos de doarem sangue, portanto, toda essa classe, não contribui para o preenchimento dos estoques de sangue e mesmo diante de todos os direitos já alcançados até o momento por essa classe, ainda encontramos esse tipo de barreira.

É evidentemente claro que, deve haver grande segurança nas restrições para evitar contaminações, mas esses fatores não podem ser pautados em conceitos injustificáveis, que acarretam nas discriminações e em afronta à Constituição Federal.

Já a ANVISA, de forma complementar a Portaria n. 158/2016, regulamenta e estabiliza as normas, com o objetivo de estipular práticas para os serviços de hemoterapia que devem ser estritamente cumpridas, para que assim, o sistema hemoterápico seja um órgão dotado de qualidade e segurança nos processamentos, nos meios e nos produtos.

O artigo 25, inciso XXX, da referida Resolução igualmente com o tópico anterior, também aborda sobre os impedimentos sexuais, inicialmente apresentando que, quem praticou atividades sexuais sujeita a risco de infecções, considera-se inapto por 12 (doze) meses após o ato sexual, está incluso nesse artigo os homens que tiveram relação sexual com outros homens ou com a parceiras destes.

Tendo em vista essa situação, refere-se que os HSH praticam atividades sexuais de risco, sendo generalizado que todo homossexual esteja suscetível a ser portador de DST e sequer dão a chance de concluir a triagem e, realizar os testes necessários para averiguação da pureza no sangue.

O posicionamento do STF com relação ao tema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, foi apresentada em

07/06/2016, por advogados do PSB (Partido Socialista Brasileiro), com o intuito de contestar a Portaria 158/2016 do Ministério Público da Saúde e a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 34/2014, em razão dos artigos apresentados logo acima, onde é pautado apenas a orientação sexual do candidato, já que, não chega a constatar se houve algum comportamento de risco na vida do indivíduo em que acarretasse um impedimento válido.

Sustentam que as normas são discriminatórias e preconceituosas em desfavor aos homens homossexuais, infringindo diversos direitos e ferindo a dignidade desses indivíduos, lesionando o livre exercício social de buscar e promover o bem da sociedade através de um ato altruísta.

Em consequência disso, a única forma que um homossexual encontraria para poder doar sangue, seria a sua recusa ao seu direito à sexualidade e ao seu direito à orientação sexual, para que assim, vivesse em abstinência sexual.

A ANVISA ainda acrescenta, que para a fundamentação de suas normas, foi baseado em fatos epidemiológicos, o que, conforme dados apresentados acima, são injustificáveis, tendo em vista o maior número de infectados estando presente na população de héteros.

Portanto, essas normas versam sobre tratamentos discriminatórios, infringindo diversos Princípios Constitucionais e impedimento de exercer a livre direção sexual.

Na presente Ação houve requerimento em caráter de Medida Cautelar para suspender os dispositivos que ferem a Constituição Federal, que foram tratados neste trabalho, para que desta forma, cesse o ensejo do poder público, onde prejudica a área da saúde, além de aniquilar a ascensão da distinção entre gêneros.

Almeja-se que o STF (Supremo Tribunal Federal) solidifique a inconstitucionalidades dessas normas para iguala-

ção dos direitos já existentes, para combater a descriminalização e o preconceito dos homens homossexuais que buscam incansavelmente pela igualação dos direitos ao sexo.

### 3. A inaptidão para doação de sangue por homossexuais do sexo masculino e a incompatibilidade com os princípios constitucionais

#### 3.1. Limitação de doação de sangue por homossexuais do sexo masculino

O ato de doar o próprio sangue é estimado como um movimento altruísta e generoso, praticado por uma pequena parcela da população, à vista disso, esse mérito é concedido para as pessoas preocupadas unicamente com o desenrolar da saúde da sociedade, logo, é irredutível ponderar como um ato praticado corriqueiramente, por pessoas desinteressadas no bem-estar da humanidade, como uma vontade de prejudicar o próximo.

Dado que há risco de transmissão de doenças por meio das doações de sangue, esse risco incorpora todas as pessoas, não exclusivamente os seres com orientação sexual diversa.

O fato que deve ser levado em questão para os impedimentos nas doações de sangue, não pode ser relacionado à orientação sexual, devendo ser pautado ao comportamento de risco de cada pessoa. É evidentemente claro que, a maior fama de pessoas infectadas com DST (Doenças Sexualmente Transmissíveis) pertence aos homossexuais, o que não é um fato verdadeiro, mas, mesmo se isso fosse afirmativo, não simbolizaria que todo homossexual está infectado, esse peso não pode ser distribuído para todas as pessoas desse gênero, não compete à generalização para ser abordado nas portarias como impedimentos, considerados como grupos de riscos.

Com o surgimento dos primeiros casos do vírus AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) nos anos 80, inicialmente foi conhecido e denominado como doença dos homossexuais, somente depois, com o conhecimento científico mais avançado, foi alcançado, que a orientação sexual não era causa de obtenção de DST, e sim o fato da não utilização da devida proteção nos atos sexuais, entretanto hoje há um grande retrocesso com a afirmação dessas portarias.

De acordo com os elementos contidos no Boletim Epidemiológico HIV/AIDS, elaborado pela Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), com dados de 1980 até 30/06/2016 a porcentagem de homossexuais no Brasil, acoplado com a porcentagem dos bissexuais com DST é abundantemente inferior às porcentagens dos heterossexuais, cumulados entre homens e mulheres. Consta no total de homossexuais infectados no decorrer desse período, 95.617 casos, ou seja 27,5%, e os bissexuais com 44.248 casos, ou seja 12,7% e entre a classe dos heterossexuais masculinos compõe em 145.720 pessoas infectadas, transmitindo em 41,9% e por fim os heterossexuais femininos, a classe de pessoas com mais infecções, constituindo-se por 185.045 casos, equivalendo a 92,9% (SVS, 2016).

A partir disso, o próprio Ministério Público da Saúde não possui fundamento para sustentar o argumento pelo impedimento dos HSH por fazerem parte do grupo de risco, perante o Boletim acima mencionado. Portanto, podemos observar que o grupo de maior risco existente na sociedade hoje, não é configurado pelos homossexuais, mesmo com a acumulação entre os homossexuais e bissexuais é discrepante a diferença em caráter inferior aos dados dos heterossexuais masculinos e femininos.

Com base nesses dados e o tipo de seleção em grupos de riscos, consistiria mais apropriado à precaução ao impedimento de mulheres que mantiveram relação sexual pelo pe-

ríodo de 12 (doze) meses, por este ser o verdadeiro grupo de risco, porém, a tese defendida é o comportamento de risco e não a generalização por conta da orientação sexual.

Há também, o fato que, a livre escolha sexual não serve de base para qualificação de uma pessoa promiscua, praticante de atos sexuais indignos e realizado sem prevenções, adotando, portanto, uma atividade sexual preocupante.

Essa discriminação não acontece tão somente em solo brasileiro, além disso esses fatores também são considerados nos Estados Unidos, Austrália e França. Conquanto, em alguns países não há essa distinção entre os homossexuais, como Portugal, Rússia, Chile, Argentina, entre outros. A partir disso, com a abolição desse impedimento, o Ministério da Saúde argentino, declarou que, foi abandonado no passado a discriminação estabelecida para essas pessoas (CARDINALI, 2016).

É impreterível a verificação em todas as bolsas de sangue que forem retiradas o teste NAT (teste de ácido nucleico). Esse teste serve de forma complementar aos outros e possui alto alcance para o reconhecimento das DST. A janela imunológica que antigamente ficava entreaberta por 6 (seis) meses, com esse teste, decaí de 10 (dez) dias a detecção no caso do HIV (vírus da AIDS).

Diante disso, há maior segurança e confiança na retirada de sangue, tendo em vista o menor período em que a doenças ficam submergidas, deste modo, não há justificativa de pretextos para opor ao impedimento de pessoas que passem no teste.

### 3.2. Entrevista

A fim de analisar como ocorrem os métodos de triagem na prática real, foi realizada uma entrevista semiestruturada com o entrevistado autodeclarado homossexual, atualmente com 22 anos de idade, que contou como foi sua experiência

ao realizar a doação de sangue no ano de 2014. Para fins de segurança, não foram mencionados os dados pessoais do entrevistado e nem o local da doação.

A entrevista fora realizada no dia 02 de junho de 2018, via WhatsApp, e composta por quatro perguntas a seguir. Para fins didáticos, logo abaixo da pergunta, será transcrita a resposta do entrevistado.

**Entrevistadora:** “Você doa sangue com que frequência?”

**Entrevistado:** “Não! Eu tentei doar sangue uma vez e desde então nunca mais”.

**Entrevistadora:** “No momento da triagem, você já foi impedido de concluir a doação pelo fato de se declarar homossexual?”

**Entrevistado:** “Na verdade, não! Eu preenchi a ficha e um dos requisitos da ficha era a orientação sexual e eu coloquei homossexual... E a enfermeira que ia colher meu sangue, na hora do colhimento, ela disse que tudo bem, que eu poderia doar o sangue, mas que infelizmente ele seria descartado por eu fazer parte do grupo de risco...”

**Entrevistadora:** “Quais os procedimentos adotados para a doação de sangue no hemocentro que você frequentou?”

**Entrevistado:** “Nós fomos todos levados para a sala de espera do hemocentro, preenchemos uma ficha e passamos por uma pequena entrevista antes de colher o sangue e... é só isso”.

**Entrevistadora:** “Você tem conhecimento se, no ato da doação sanguínea, alguma pessoa do sexo masculino, autodeclarada heterossexual, fora impedida de completar a doação também?”

**Entrevistado:** “Olha, meu pai tem 49 anos de idade, heterossexual por óbvio, e.... doa sangue de 3 em 3 meses nesse mesmo hemocentro, e... nunca foi impedido”.

Ainda fora informado pelo entrevistado que seu pai, na época dos fatos, havia duas parceiras diferentes e mesmo as pessoas do local tendo o conhecimento disso, ele pôde doar normalmente. Dessa forma, pode-se saber que os métodos de triagem para a efetivação da doação são, em sua essência, falhos, já que não estão levando em consideração aspectos realmente importantes, mas tão somente a orientação sexual do indivíduo.

## Considerações finais

De acordo com o Boletim do Ministério de Saúde, fez-se corroborado que, a maior população com DST está nos heterossexuais, então, a chance de infecção por essas pessoas é proporcionalmente maior, diante disso, presenciamos hoje, um retrocesso injustificável, pois, além do conhecimento científico, já houve incorporação do teste ácido nucleico (NAT) nas triagens, onde abrevia em até 10 (dez) dias as janelas imunológicas para as detecções de doenças sexualmente transmissíveis.

Por essa razão, não há o que se falar que os homossexuais são pessoas mais propensas a conter contaminações camufladas pelo longo período entreaberto, já que, com o estreitamento desse lapso temporal das janelas permaneceu

rem entreabertas, o êxito do teste apura a detecção de infecções para todas as pessoas. Portanto, deve-se combater a avaliação imparcial, sem as devidas apreciações. Em prosseguimento disso, conforme as estatísticas abordadas, servem de reforço ao fortalecimento das comprovações necessárias para que, seja feito um novo reexame.

Os fatores comprovados neste trabalho fortalecem e impulsionam com maior força em relação sobre a imprescindibilidade de uma reformulação dessas normas concernente à saúde pública e se houver a afirmação sobre a existência da inconstitucionalização dessas normas perante a ADIN 5.543 no STF, esse fato atribuirá a mais um reconhecimento dos direitos homossexuais.

Muito já se foi alcançado em que pese os direitos dos homossexuais, embora, ainda há muito o que se fazer para igualar a situação dessas pessoas que constantemente sofrem com essas discriminações em diversos setores. Porém, para que isso se formalize, primeiramente deve-se enfatizar a necessidade da conscientização de cada pessoa, pois só a partir disso, o cotidiano desse grupo se tornará menos doloroso, propiciando um tratamento igualitário, como uma pessoa dotada de direitos, igual todas as outras.

## Referências bibliográficas

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Agência Regulatória 2017-2020**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/saiba-mais2>>. Acesso em 02 jun de 2018.

BERNARDES, J. T. *et. al.* Col. Saberes do Direito 2 – Direito Constitucional I. **Direito Constitucional e Constituição**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41-51

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO HIV/AIDS 2016. **Site do Programa Nacional de DST e AIDS do Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde, Prevenção e Controle.** 2016. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2016/boletim-epidemiologico-de-aids-2016>>. Acesso em 01 jun 2018.

BRASIL. Portaria 158/2016, de 04 de fev de 2016. **Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.** 2016. Disponível em <<http://www.hemocce.ce.gov.br/images/PDF/portaria%20gm-ms%20n158-2016.pdf>>. Acesso em 02 jun 2018.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014, de 11 de jun de 2014. **Dispõe sobre as boas práticas no ciclo de sangue.** 2014. Disponível em <[http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/DiogoPracz/Vigilancia\\_Sanitaria/VigilanciaServicos/Resolucao\\_RDC34\\_2014.pdf](http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/DiogoPracz/Vigilancia_Sanitaria/VigilanciaServicos/Resolucao_RDC34_2014.pdf)>. Acesso em 02 jun 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543. Reqte. Partido Socialista Brasileiro. Intdo. ANVISA; MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em 02 jun 2018.

CARDINALI, D. C. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: Uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honeth. **Revista Constituição e Garantia de Direitos.** 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantia>>

dedireitos/article/viewFile/12256/8485>. Acesso em 02 jun 2018.

DIAS, M. B. **Liberdade de orientação Sexual na sociedade atual.** Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5 de dez de 2007, em Goiânia/GO. Disponível em <[http://www.mariaberennice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_632\)53\\_\\_liberdade\\_de\\_orientacao\\_sexual\\_na\\_sociedade\\_atual.pdf](http://www.mariaberennice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em 01 jun 2018.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios fundamentais do direito constitucional:** o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, A. B. H. **Mini Aurélio Século XXI Escolar:** o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p-551.

# O não acesso das mulheres aos cargos de alta gestão nas sociedades empresárias: as capacidades não desenvolvidas

*Maiara Couto Barreto e Maria Luiza Firmiano Teixeira*

## Introdução

Não é novidade que as mulheres sempre ocuparam patamar diferenciado ao longo da história. Com exceções, não lhes foi dada igualdade de oportunidades neste mundo, considerando a porção desenvolvida ou subdesenvolvida. O preconceito de gênero no mercado de trabalho e a impossibilidade de avançar na carreira são manifestações desta desigualdade e constituem problemas mundiais. O chamado “teto de vidro” existe, em maior ou menor grau, em todas as sociedades. As diferenças de gênero são vistas como problemas, como características não aproveitáveis no mundo corporativo, o que impede as mulheres de atingirem o ápice da carreira.

Neste sentido, tomando como base a teoria das capacidades, verifica-se lesão direta ao desenvolvimento humano, pois as suas capacidades restam tolhidas. Como se verá adiante, a plena participação econômica, o trabalho, as oportunidades sociais, auxiliam no processo de empoderamento das pessoas, fazendo com que se percebam como cidadãos e titulares de direitos. Com isso, permite-se que olhem para si mesmas e vislumbrem novas possibilidades. Aliás, todo o fundamento desta discussão está no “poder ser”, independentemente se virá ou não escolher qualquer das possibilidades.

Apesar das enormes dificuldades é salutar destacar que a mulher busca o seu espaço. Há estudos mostrando como tem crescido o número delas entre os empreendedores, ainda que paulatinamente. Pesquisa realizada pelo SERASA EXPERIAN (2017) detectou que 73% das mulheres no ambiente empreendedor são sócias de micro ou pequena empresa. Quando se analisa também as empresas do tipo micro empreendedor individual (MEI), o número se eleva para 98,5%. Todavia, a concentração de mulheres é bem menor nas grandes sociedades empresárias, especialmente considerando o número de homens ocupantes destes cargos. Contudo, por mais que esta estatística esteja em ascensão, o número de homens pertencentes aos cargos de chefia/liderança ainda é consideravelmente maior.

Assim, neste trabalho, procura-se abordar o problema, suas possíveis causas, a participação do Estado e da iniciativa privada. O primeiro ator, pelo provimento da própria dignidade humana, deve estar atento em suas políticas públicas para garantir a plena participação feminina no mercado de trabalho, incluindo aqui o desenvolvimento da carreira. É preciso promover condições para a conciliação das várias capacidades sem detrimento de nenhuma. Já às sociedades empresárias, cabe a observância de que as diferenças femininas

são relevantes para o contexto empresarial de forma positiva, gerando importantes ganhos econômicos e sociais.

## 1. O Direito ao trabalho e ao desenvolvimento no trabalho como capacidade humana e a dificuldade feminina no mercado de trabalho

O direito ao trabalho é associado à liberdade. Excetuando as intervenções estatais com finalidade do interesse público, não é dado a outros intervir no exercício de uma atividade legítima e livremente escolhida. O trabalho é fator essencial para a manutenção humana e da sociedade, é fator transformador da realidade. Daí os inúmeros normativos que se seguiram ao longo da história que visaram garanti-lo, protegendo o empregado de abusos econômicos, promovendo sua dignidade humana e seus direitos fundamentais.

Não por outro motivo a Constituição Federal de 1988 previu várias disposições relativas ao tema, sendo a primeira delas o reconhecimento do valor do trabalho como princípio fundamental da República. Após, reconheceu a liberdade do exercício do trabalho como direito fundamental, restringido apenas pelas regras de ordem pública. Já no artigo 6º integrou o direito ao trabalho como direito social e estabeleceu direitos básicos sobre o tema. Especialmente no inciso XXX, diz a Constituição: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Em suma, a Constituição Federal brasileira reconheceu o trabalho e a diversificação de gênero como fatores primordiais da sociedade solidarista proposta.

Apesar de toda a evolução humana e legislativa, incluindo os aspectos tecnológicos, questões básicas, vedações evidentes na Constituição, ainda não foram superadas. Por mais estranho que isso possa soar, existe um preconceito de gê-

nero explícito no mercado de trabalho. Homens e mulheres convivem há milhares de anos, exercendo importantes papéis para o desenvolvimento humano e social, mas ainda assim, existe uma dificuldade para a ascensão feminina. Especialmente, isso fica evidente no mercado de trabalho, como destaca NUSSBAUM (2010):

Em muitos lugares, as mulheres não têm apoio para funções essenciais da vida humana (...) quando tentam ingressar no mundo do trabalho, enfrentam obstáculos maiores, inclusive intimidação da família ou do cônjuge, discriminação sexual na contratação e assédio sexual no trabalho – todos frequentemente sem medidas de proteção legal eficazes. Obstáculos semelhantes costumam impedir sua participação efetiva na vida política.

Como bem preceitua a autora, as mulheres são relegadas quanto às suas necessidades o que logicamente repercute sobre suas possibilidades ao longo da vida. Ao que parece as diferenças de gênero nem sempre são vistas como naturais. Ao contrário, evidenciam-se como um demérito, uma falta de condições. Essa percepção equivocada provoca discriminação, que vão desde tratamento desequilibrado injustificado, até a utilização de tom inferiorizante.

O Brasil é signatário de três importantes tratados internacionais anti-discriminatórios: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, pelo Decreto n° 65.810, de 08 de dezembro de 1969; a Convenção 111, Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, promulgada pelo Decreto n° 62.150, de 19 de janeiro de 1968 e; a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, promulgada pelo Decre-

to nº 63.223, de 06 de setembro de 1968. A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do trabalho em Genebra em 1958, entrou em vigor no plano internacional em 15/06/1960. Apesar das normas, os dados não demonstram efetiva melhoria da condição feminina no mercado de trabalho.

Segundo pesquisa do IBGE, Retrospectiva do Mercado de Trabalho 2003–2014, no Brasil a taxa de ocupação feminina sempre foi menor que a masculina, mas os dados mais assustadores se referem à diferença salarial e ocupação de cargos de alta gestão. Em 2014, as mulheres recebiam cerca de 74% do que os homens ocupantes do mesmo cargo (PORTAL BRASIL; 2015) e em 2016 somente 11% dos cargos Diretor Executivo estavam ocupados por mulheres (THORNTON; 2016).

De fato, essas condições são preocupantes, pois o acesso ao mercado de trabalho e a remuneração justa, bem como a possibilidade de evolução influem de modo significativo no desenvolvimento pessoal e, por conseguinte, no desenvolvimento do coletivo.

O desenvolvimento das ditas capacidades, ou seja, desse conjunto de liberdades voltadas à disseminação do bem-estar, é essencial para o desenvolvimento humano. Ao considerar que todas as pessoas têm o direito de gozar de uma existência propriamente humana e tudo o que isso significa, permite-se que as pessoas imaginem o melhor para si.

Dessa maneira, as capacidades auxiliam no processo de empoderamento pessoal, fazendo com que cada um se perceba como cidadão e titular de direitos. Com isso, permite-se que as pessoas olhem para si mesmas e vislumbrem novas possibilidades. O enfoque das capacidades ajuda a ativar mudanças em estruturas sociais estanques.

Neste contexto questiona-se: será que as mulheres podem ser diretoras executivas? Estão sendo promovidas políti-

cas efetivas para que exista chance real de uma mulher ocupar cargos de alta gestão?

## 2. A ocupação dos cargos de alta gestão pelas mulheres

Os cargos de alta gestão referidos aqui dizem respeito aqueles de Direção Executiva e assentos nos Conselhos de Administração na iniciativa privada. Seria possível estender estas colocações para os cargos de chefia em geral, pois, a mulher sofre dificuldades para alcançar qualquer cargo dessa natureza, especialmente, junto à iniciativa privada.

Segundo dados da Organização Mundial do Trabalho, em seu relatório “Mulheres em Gestão e Negócios: ganhando impulso” divulgado em 2015, analisou 108 países, os números melhoraram, mas a igualdade está bem distante:

(...) os melhores desempenhos foram registrados na Finlândia, na Noruega, no Reino Unido e na Suécia com mais de 20% das mulheres em altas posições nas empresas. No Brasil, o índice de ocupação feminina nestes cargos fica entre 5% e 10%, assim como a China, Itália, México e Espanha. Já o Chile, Índia, Japão e Portugal têm menos de 5% de mulheres nestas posições. Em relação a cargos médios e sêniores houve uma alta muito grande nos últimos 20 anos. O documento mostra que no Brasil, a mão de obra feminina neste nível chegou a 37,3% em 2012. (ONUBR; 2015).

Os dados acima deixam clara a diferença no desenvolvimento da carreira entre homens e mulheres, mas especialmente evidencia a falta de acesso aos cargos de alta gestão.

Em 2016, a pesquisa “International Business Report (IBR) – Women in Business”, realizada pela Grant Thornton, em 36 países, demonstrou uma melhora na presença das mulheres em cargos de alta gestão. A presença delas em cargos de Diretor Executivo aumentou de 5% em 2015 para 11% neste ano. O número de empresas com mulheres no comando financeiro também registrou o mesmo salto, de 5% para 11%. As empresas brasileiras ainda figuram com uma média geral de 19% de cargos de alto escalão ocupados por elas, índice abaixo da média global, de 24% (THORNTON; 2016).

Mas, o que provoca este resultado? Quais as causas de tanta diferença? As respostas envolvem um conjunto de razões que variam desde a crença de que certas atividades não seriam para mulheres, até certa falta de ambição feminina.

Uma pesquisa realizada pela Bain & Company, empresa global de consultoria de negócios, em 2013 junto às empresas brasileiras enumerou como principais fatores:

1. Além dos já conhecidos desafios associados à percepção de prioridades conflitantes entre trabalho e vida pessoal, o estilo das mulheres é diferente dos homens e menos valorizado no mercado de trabalho;
2. Homens e mulheres reconhecem que têm estilos diferentes, mas homens veem menos obstáculos dessa diferença às chances de promoção das mulheres;
3. As empresas tendem a valorizar mais atributos tipicamente reconhecidos como masculinos (solucionar problemas, influenciar) do que aqueles mais identificados como femininos (apoiar e dar *coaching*) (BRAIN; 2013).

No primeiro caso, na percepção da maior parte dos ocupantes de cargos de diretoria, as mulheres têm dificuldades de

lidar com a vida pessoal e profissional de forma equilibrada, o que as impede de acessar os altos cargos. Muitas das vezes o ritmo não flexível desta área não colabora para a acumulação de tarefas o que as leva a fazer opções. As próprias mulheres sentem-se desmotivadas pela inflexibilidade com que se lida no meio. Entretanto, apontam que como a maior parte dos gestores é do sexo masculino, tendem a promover profissionais com o mesmo estilo que o seu, daí a desvantagem feminina. Essa constatação leva ao segundo ponto. De fato, homens e mulheres, possuem perfis distintos de gerenciar, o que não significam melhor ou pior, mas a diferença leva à insegurança, que promova a escolha de modelo similar ao que já se conhece.

Finalmente, ainda na ceara da diferença, existe um julgamento de que homens possuem certas características mais interessantes para o mundo empresarial do que mulheres. Ou seja, existe uma generalização sobre a personalidade feminina e masculina.

Outro fator comum nas pesquisas é a falta de ambição feminina. Segundo pesquisas, como a realizada pela Faculdade de Negócios de Harvard, não existe interesse por parte das mulheres de alcançar estes postos, pois são menos inclinadas à busca pelo poder e possuem mais objetivos pessoais, que não seriam alcançáveis diante da rotina que, supostamente, estes cargos exigem (GREENFIELD; 2015).

Também neste caso, a inexistência de flexibilidade e entendimento das diferenças acaba desanimando a mulher na busca pelos altos cargos. Assim, ela acaba optando pelo não desenvolvimento na carreira em favor da realização dos demais objetivos pessoais.

### 3. O pleno desenvolvimento feminino no mercado de trabalho: uma necessidade

Deveras, a questão acerca da participação das mulheres nos cargos de gestão, especialmente nos de alta gestão, está associada ao querer. Em outros termos, é preciso repetir a questão formulada por NUSSBAUM (2010): “O que de fato ela pode ser e fazer?”

À luz da teoria das capacidades, importa considerar nesta discussão sobre a inserção feminina o fator “possibilidade”. Ainda que a mulher não deseje o cargo, ela deve poder alcançá-lo de forma digna, considerando suas peculiaridades.

Garantir capacidades significa, em última análise, dotar as pessoas de um arsenal mínimo que lhes permita sentirem-se livres para poder conduzir seu próprio projeto de vida, exercendo tais capacidades se e quando melhor lhes aprouver (REICHER; 2009).

É preciso perceber que o trabalho e o desenvolvimento integram o conjunto de capacidades basilares do ser humano, desempenhando papel central na evolução de cada um, dando-lhe um devido lugar na comunidade e condições de sustento. Insta observar ainda que não é suficiente apenas garantir o lugar da mulher, pois a capacidade relacionada ao trabalho deve ser combinada com as demais sob pena de promover apenas a funcionalidade, como ressalta NUSSBAUM (2010):

Por outro lado, há também muitas mulheres no mundo que são perfeitamente capazes de se divertirem no sentido profundo, mas que não podem fazê-lo por causa das exigências opressivas da dupla jornada. Essas mulheres não têm a *capacidade combinada* de divertir-se no sentido pretendido pela lista. A capacidade é, portanto, uma noção exigente.

Além deste aspecto é bom lembrar que o Brasil é um dos 189 países signatários dos Objetivos do Milênio da Organização das Nações Unidas. O conjunto de oito diretrizes conhecidas como “8 Jeitos de Mudar o Mundo” prevê políticas de promoção da igualdade entre os gêneros na educação, na política e no mercado de trabalho. O acesso da mulher ao mercado de trabalho e a possibilidade de desenvolvimento estão incluídas nas metas deste tratado (OLIVEIRA; 2014).

#### 4. O papel do Estado: políticas de gênero

Do contexto descrito, é possível extrair o prejuízo ao exercício do conjunto de capacidades pertencentes ao quadro da dignidade humana, cumpre perceber que este é um tema para o Estado, enquanto promotor das capacidades humanas, incluindo o exercício combinado delas, este deve realizar políticas públicas de inclusão e promoção da mulher no mercado de trabalho.

Por mais que se tenha notado transformações no mundo todo em termos de atividade feminina nos últimos anos, verifica-se ainda discriminações ligadas ao gênero, sendo necessária a intervenção do Estado com as suas políticas públicas objetivando amenizar as disparidades e repercussões pessoais e financeiras.

Com a evolução social da mulher direitos foram conquistados, entretanto, tem-se ainda a divisão sexual das tarefas. Cabem às mulheres afazeres domésticos, cuidados com os filhos, prioritariamente. Ainda que, neste século, já se tenha presenciado avanços nesse pensamento (COSTA; NUNES, 2014).

Pesquisa recentemente desenvolvida no Núcleo de Estudos da População “Elza Berquó” (Nepo) da Unicamp, constatou que as mulheres continuam sendo as principais responsáveis pelas tarefas domésticas no Brasil. A pesquisa foi realizada

entre os anos de 2001 a 2012 e concluiu que 90% das mulheres entre 16 e 60 anos realizavam algum trabalho doméstico, contra 40% dos homens com a mesma faixa etária. É importante destacar que muitas mulheres somam os afazeres domésticos com seus trabalhos fora da residência. Analisa-se as conclusões de PINHEIRO e MEDEIROS (2013):

As mulheres realizam 54,4% do total de horas despendidas semanalmente em todos os trabalhos. A participação feminina, porém, é significativamente mais intensa no trabalho não pago – 83% das horas trabalhadas são produto do trabalho das mulheres – e menos significativa no trabalho pago, no qual os homens respondem por quase dois terços (61,2%) do total.

Destaca-se também que persiste a visão de que a renda do trabalho da mulher é apenas uma ajuda no orçamento doméstico. Mesmo havendo 1/3 das famílias brasileiras sendo chefiadas por elas (PEREIRA, 2009 apud COSTA; NUNES, 2014). Evidencia-se destas informações que existe peculiaridade na vida laboral feminina que merece atenção do Estado, pois estas peculiaridades, tal como o acúmulo de funções, a maternidade, o próprio jeito feminino de ser, implica em disparidade no mercado de trabalho.

Portanto, a evolução social hodierna não é suficiente. Por isso as mulheres reivindicam que os governos construam políticas públicas com foco em cidadania desde 1980. Essa participação feminina crescente no mercado de trabalho, cumprindo tarefas públicas, na educação, nos espaços públicos, ajuda no fortalecimento desta demanda (GODINHO, 2004).

Assim, é imprescindível considerar a dimensão educativa que o Estado possui, abrindo um leque de possibilidades para o combate à condição discriminatória contra o gênero.

Essa atuação deve incidir sobre valores, comportamentos e relações. Por conseguinte, as ações do governo não podem realizar-se como atos isolados. Devem estar coerentes com um projeto geral de mudança, em que a perspectiva de superação das desigualdades de gênero seja um dos seus elementos substanciais (GODINHO, 2004). Os projetos de ação governamental devem objetivar fortalecer as mulheres, expandir a cidadania e a democracia e contribuir para construir a igualdade (GODINHO; SILVEIRA, 2004).

No Brasil, foram implementadas as primeiras políticas públicas de gênero em meados de 1980. Criou-se o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina e a Instituição do Programa de Assistência Integral a Saúde da Mulher (PAISM) em 1983; e em 1985 houve a criação da primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher e do primeiro Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (FARRAH, 2011 apud COSTA; NUNES, 2014).

Identifica-se ainda algumas políticas que contribuem para a ampliação das condições de autonomia pessoal e auto sustentação da população feminina, entretanto não são diretamente voltadas às mulheres. Um exemplo disso são as condições habitacionais. Cada vez mais o aumento da concentração de renda, a criação dos bolsões de miséria, a desestruturação dos serviços públicos e programas de distribuição de renda encontra as mulheres como público mais atingido. Mas até que ponto isso é interessante? Pode-se dizer que grande parte dessas mulheres estão com dificuldades para se colocarem no mercado de trabalho? Mais uma prova de que é necessário quebrar alguns paradigmas existentes ainda na sociedade (GODINHO, 2004).

No que se refere especificamente ao acesso ao mercado de trabalho e ao desenvolvimento na carreira, como iniciativa para o cumprimento desses deveres estatais, foi desenvolvido

o Plano Nacional de Política para Mulheres, uma proposta da Secretaria de Política para Mulheres (secretaria de Governo da Presidência da República). Neste existe uma diversidade de ações relativas ao mercado de trabalho cujo objetivo geral está descrito como sendo a promoção da igualdade no mundo do trabalho e autonomia econômica da mulher, independentemente de qualquer característica pessoal (BRASIL; 2013).

Louvável destacar as ações referentes ao apoio à mulher empreendedora, que concretizam dois objetivos nacionais quais sejam: promoção da mulher no mercado de trabalho e a criação de novos empreendimentos. Entretanto, embora sejam ações muito relevantes, estão mais associadas à cultura de base (não preconceito na inserção no mercado), do que ao desenvolvimento na carreira.

Referente, especificamente, ao alcance dos cargos de alta gestão não temos ações implementadas, apesar de recorrentes discussões. Uma das propostas existentes está consubstanciada no projeto de lei nº 112 de 2010, que trata justamente do assunto no âmbito das empresas da Administração Pública:

Art. 2º Nos conselhos de administração das empresas públicas e das sociedades de economia mista de que trata esta Lei, pelo menos quarenta por cento dos membros serão mulheres.

Parágrafo único. Fica facultado às empresas o preenchimento gradual dos cargos definidos no caput, desde que respeitados os limites mínimos a seguir definidos:

I – dez por cento, até o ano de 2016;

II – vinte por cento, até o ano de 2018;

III – trinta por cento, até o ano de 2020;

IV – quarenta por cento, até o ano de 2022

(BRASIL;2010).

Interessante notar que a implantação de cotas para mulheres em conselhos de administração é prevista por lei em alguns países da Europa (EXAME, 2015) e tem se mostrado uma solução para equilibrar os quadros das empresas. Porém, a saída é criticada, de um lado, por quem defende a meritocracia, e de outro, quando não vem acompanhada de ações afirmativas, como paridade salarial ou políticas que ajudem a conciliar carreira e maternidade, por exemplo.

De fato, uma política de cotas sem uma paridade de condições não seria capaz de promover a mulher, ademais, somente a reserva de vagas atinge uma finalidade e não a capacidade de que se falou outrora. É preciso que se promovam condições favoráveis para que a diferença não se torne obstáculo.

No entanto, a implantação de cotas, apesar de polêmica, pode ser importante como um primeiro passo e não o único passo do Poder Público em busca da promoção da mulher em altos cargos de gestão.

## 5. O papel das sociedades empresárias

No que se refere às sociedades empresárias, o que se tem percebido é uma implantação de políticas de responsabilidade social que incluem a inserção da mulher. A responsabilidade social empresarial pode ser entendida como o relacionamento ético da empresa com os *stakeholders* que são impactados por sua atuação (BENEDICTO; 2008). Para além da função social, que está atrelada ao objeto social, surge para o empresário a oportunidade de lidar com as dificuldades sociais existentes que o Estado não foi capaz de sanar, além de ações

gerais para melhoria das relações com seus parceiros. Trata-se de ação voluntária, não decorrente de obrigação legal direta.

Esta adesão surge da vontade de melhor interagir com o entorno e, principalmente, das possibilidades econômicas que emergem daí. A primeira delas refere-se à propaganda. É bastante comum que ações de sustentabilidade e responsabilidade social sejam divulgadas midiaticamente com a intenção de provocar no consumidor empatia e preferência pela marca ou produto que, de alguma forma, promove a proteção ambiental e contribui para uma sociedade melhor. De outro lado, a própria adoção de algumas políticas classificáveis como de responsabilidade social ou ambiental podem ser lucrativas.

No que se refere ao tema deste trabalho, algumas sociedades empresárias desenvolvem programas de inclusão da mulher no mercado de trabalho, poucas, no entanto, possuem programas próprios de promoção das mulheres para os cargos de alta gestão. Entretanto, no caso daquelas que resolvem investir no tema os resultados são realmente bons, isso porque já existem pesquisas científicas que destacam que a manutenção do quadro feminino e a sua evolução para os cargos de gestão não é somente uma questão social, é uma questão de lucro.

Um estudo do *Peterson Institute for International Economics* analisou 21.980 empresas em 91 países, mostrando que o desempenho das empresas melhora quanto maior é a proporção de mulheres em posições de liderança corporativa. A diferença não é pequena: empresas com pelo menos 30% de presença feminina em cargos executivos seniores têm lucro 15% maior do que aquelas cuja presença é menor (ROMERO; 2016).

Outros estudos mostram impactos econômicos globais:

Em tempos de crise econômica e recessão em países emergentes, principalmente no Brasil, uma maior participação da mulher no mercado de trabalho e em

cargos diretivos pode injetar até US\$ 12 trilhões no PIB global até 2025, segundo cálculos da McKinsey. Para o País, o incremento seria da ordem de US\$ 410 bilhões, algo como 14% do PIB brasileiro projetado em 2025 - ou o equivalente a toda a riqueza gerada pela região Nordeste. (BEZARRA; 2016).

Como se pode observar, a política inclusiva de gênero e a ascensão feminina aos cargos de alta gestão não constituem apenas propaganda positiva e sim verdadeira forma de aumentar os lucros. Todas estas informações demonstram que a diversidade é absolutamente importante para o contexto empresarial privado também.

## Considerações finais

Estas breves linhas tiveram por intuito destacar a enorme barreira enfrentada pela mulher no mercado de trabalho, especificamente, para alcançar os cargos de alta gestão.

Partindo da teoria das capacidades, especialmente do pensamento de Martha Nussbaum, percebe-se que esta situação fere justamente o desenvolvimento completo das capacidades femininas. Ainda que a mulher não deseje o cargo de gestão é importante que ela possa vir a exercer esta função, que existam canais de acesso. Além disso, é preciso observar que a existência humana digna está ligada ao exercício combinado das capacidades, portanto, alcançar as posições de chefia em sacrifício de outras capacidades significa apenas a funcionalização do acesso e não a promoção das capacidades.

Dito isto é essencial a atuação do Estado na defesa da dignidade humana plena, combatendo a discriminação de gênero e todas as suas conseqüências no mercado de trabalho. Lembra-se que a direito ao emprego é um direito social

constitucional que se interliga a diversos outros como a vida, saúde, educação, portanto, essencial à criação de uma sociedade democrática e igualitária.

Cabe ao Estado a criação de políticas públicas, legislações, campanhas e todos os demais instrumentos na busca de equilibrar os gêneros no mercado de trabalho e dissipar o preconceito quanto às diferenças.

Quanto à iniciativa privada, embora não se possa extrair uma regra específica que a obrigue a aderir programas e projetos sobre o tema, é factível que existem vantagens econômicas que podem incentivá-las. A mulher mostra que é capaz de gerar riquezas e que seu ponto de vista pode contribuir muito para o desenvolvimento econômico da sociedade empresária. Portanto, as diferenças de gênero são positivas e não devem ser utilizadas como fator de discriminação.

Infelizmente, os dados deixam claro que ainda se caminha lentamente quando o assunto é preconceito de gênero e mais lentos ainda no que se refere à promoção plena da mulher no mercado de trabalho, embora desde as origens homens e mulheres tenham igual importância para a construção da sociedade.

## Referências

BENEDICTO, Samuel Carvalho; et all. Surgimento e evolução da responsabilidade social empresarial: uma reflexão teórica-analítica. IN: **XXVIII Encontro Nacional de Engenharia de Produção**, 2008. Rio de Janeiro. Anais. Disponível em: <[http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2008\\_tn\\_sto\\_079\\_547\\_11666.pdf](http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2008_tn_sto_079_547_11666.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2016

BEZERRA, Paula. Sua empresa precisa de um toque feminino. **Isto é Dinheiro**. São Paulo. 21 de março de 2016. Disponível em:< <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160421/sua-empresa-precisa-toque-feminino/365120>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRAIN & COMPANY. **Bain & Company revela razões pelas quais mulheres brasileiras não chegam à liderança de empresas**. São Paulo. 18 de setembro de 2013. Disponível em:<[http://www.bain.com/offices/ saopaulo/pt/press/nao-ha-evidencias-de-bolha- imobiliaria-no-brasil-revela-estudo-da-bain-and-com- pany.aspx](http://www.bain.com/offices/saopaulo/pt/press/nao-ha-evidencias-de-bolha- imobiliaria-no-brasil-revela-estudo-da-bain-and-company.aspx)>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013. 114 p.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 112/2010**. Define percentual mínimo de participação de mulheres nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. Disponível em:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96597>>. Acesso em: 10 set. 2016.

COSTA, Marli M. Moraes da. NUNES, Josiane Borghetti Antonelo. Políticas Públicas de Gênero voltadas à mulher do campo: uma caminhada em busca da cidadania. IN: **XI Seminário Internacional de De-**

**mandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2014. 17p.

DEMOGRAFIA UNICAMP. **Tudo como antes**. Disponível em: <<https://demografiunicamp.wordpress.com/tag/pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-pnad/>>. Acesso em: 23 de mar. 2017.

EXAME. **Alemanha cria cota para mulher em conselhos de administração**. Rio de Janeiro. Março de 2015. Disponível em:<<http://exame.abril.com.br/negocios/alemanha-cria-cota-para-mulher-em-conselhos-de-administracao/>>. Acesso em: 10 set. 2016.

GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lucia da. **Políticas Públicas e Igualdade de Gênero**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. 188 p.

GREENFIELD, Rebecca. Mulheres não são promovidas porque não querem, diz pesquisa. **Exame**. Rio de Janeiro. 25 de setembro de 2015. Disponível em:<<http://exame.abril.com.br/carreira/mulheres-nao-sao-promovidas-porque-nao-querem-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 10 set. 2016.

NUSSBAUM, Martha. Capacidades e Justiça Social. In: Medeiros, Marcelo, et all (Org.).**Deficiência e igualdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

OLIVEIRA, Malena. Cotas para mulheres em cargos de gestão dividem opiniões. **Estadão**. São Paulo. 11 de novembro de 2014. Disponível em:< <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cotas-para-mulheres-em-cargos-de-gestao-dividem-opinioes,1589058>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ONUBR. **Apenas 5% dos cargos de chefia são ocupados por mulheres, afirma novo relatório da OIT.** Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/apenas-5-dos-cargos-de-chefia-sao-ocupados-por-mulheres-afirma-novo-relatorio-da-oit/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

PINHEIRO, L. S.; MEDEIROS, M. **Desigualdades de gênero em tempo de trabalho pago e não pago no Brasil**, 2013. SSRN. Acesso em:< <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6872/1/TD-2214.pdf>>. 2015. Acesso em: 15 set. 2016.

PORTAL BRASIL. **Mercado ainda reflete preconceitos contra mulheres, pretos e pardos revelam dados do IBGE.** Brasília. 29 de janeiro de 2015. Disponível em:< <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/mercado-ainda-reflete-preconceitos-contra-mulheres-pretos-e-pardos-revelam-dados-do-ibge>>. Acesso em: 15 set. 2016.

REICHER, Stella Camlot. **Capacidades e Direitos Humanos: Uma Análise Conceitual sob a Ótica de Martha Nussbaum.** 2009. 111f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2009.

RODRIGUES, Alexandre Ben; et all. **Cidadania, empoderamento feminino e promoção familiar através das políticas sociais de transferência de renda.** Disponível em:<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127647/000956562.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 set. 2016.

ROMERO, Dora Luz. **Empresas com mais mulheres no comando são mais rentáveis.** El País. 26 de feverei-

ro de 2016. Disponível em:< [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/23/economia/1456237183\\_008329.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/23/economia/1456237183_008329.html)>. Acesso em: 15 set. 2016.

RUA, M. G. **Políticas Públicas**. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração – UFSC, 2012. 128 p.

SERASA EXPERIAN. **Brasil tem mais de 5 milhões de mulheres empreendedoras, revela estudo inédito da Serasa Experian**. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2015/02/23/brasil-tem-mais-de-5-milhoes-de-mulheres-empendedoras-revela-estudo-inedito-da-serasa-experian/>>. Acesso em: 23 de fev. 2017.

THORNTON. International Business Report (IBR) - Women in Business. In: G1. **Número de mulheres em cargos de liderança tem alta no Brasil**. Rio de Janeiro. 08 de março de 2016. Disponível em:< <http://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2016/03/numero-de-mulheres-em-cargos-de-lideranca-tem-alta-no-brasil.html>>. Acesso em: 10 set. 2016.



# Transgêneros, a nova concepção de direitos humanos, e o direito a alteração do nome nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

*Glauco Eduardo Salles dos Santos*

## Introdução

Ao binômio Estado-Direito, coube a responsabilidade de manutenção da paz social (REALE, 2009) a partir da utilização de mandamentos cogentes emanados de forma externa e institucionalizada (BOBBIO, 2010). Destarte, interferências sensíveis aos direitos e garantias fundamentais, constituem desrespeito às normas do contrato social (ROUSSEAU, 2011), razão pela qual não podem ser olvidadas por qualquer ordem jurídica, sob o risco de falha em seu alicerce de existência.

Os sentimentos inexprimíveis de horror, insegurança e descartabilidade humana, degradáveis frutos da Segunda

Grande Guerra, elevam novo paradigma à estrutura jurídica mundial: a necessidade de reaproximação entre direito e moral, através do incentivo de normas-princípio, conceitos legais indeterminados e cláusulas abertas (LENZA, 2014). Todavia, ao passo em que se destaca o incipiente protagonismo constitucional, foi dado o pontapé inicial à reestruturação da ótica internacional, inaugurando a chamada “concepção contemporânea de Direitos Humanos” (PIOVESAN, 2007), com visões de refletir *standarts* axiológicos a nível global.

Neste título, operar-se-á estudo relativo às possibilidades jurídicas de alteração do nome por razões de dissemelhança entre as ideias de gênero psicológicas, sociais e biológicas, a partir das disposições, específicas ou não, formadoras dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sob a ótica, respectivamente, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para tanto, dedicar-se-á, inicialmente, ao que tange o direito ao nome, acertando seus contornos a partir da ótica pós-positivista, elencando-o enquanto expressão primordial aos direitos de personalidade, e, por esta razão, guarda estreito vínculo ao princípio da dignidade humana.

Logo após a fixação dos termos iniciais, a problemática do gênero será colocada em discussão, pautando os plurais significados da condição humana, reverberando, por assim, às ideias biológica, social e psicológica, firmando a importância da harmonização desses sentidos enquanto requisito primordial à construção dos direitos e garantias fundamentais à formação e ao florescimento humanos.

Reservou-se parcela dos presentes escritos ao exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Pacto de San José da Costa Rica, a fim de se elucubrar nova dimensão ao binômio Estado-Direito. Acrescenta-se, a este panorama, as diretrizes internacionais assinaladas pelos respectivos países em

estudo, com o fito de melhor aclarar os imbróglis jurídicos concernentes ao direito de transgêneros em alterar seus registros de identificação junto ao órgão Estatal competente.

Por fim, será realizado estudo conjunto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, à luz dos basilares formadores do Estado Democrático de Direito, acerca da possibilidade de retificação do nome em casos de dissonância entre os conceitos de gênero psicológico, social e biológico vivenciados pelo indivíduo. Examinar-se-á, nessa esteira, as respectivas ordens constitucionais, a legislação específica portuguesa, e o projeto de lei nº 5.002/2013, tramitação brasileira referente ao tema, tecendo, por sempre, acertos e faltas dos mesmos.

## 1. O direito ao nome enquanto manifestação da dignidade

Da série de comportamentos degradantes vivenciada pelo mundo na constância da Segunda Grande Guerra, germinou movimento de reflexão das normas de índole jurídica a partir do conjunto diretivo de cunho ético (LENZA, 2014). A cinética de reaproximação, batizada por pós-positivismo, trouxe consigo o apreço a normas-princípio, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, além de fomentar a elevação das normas constitucionais a novel patamar como modo de instrumentalizar tal ideal (FARIAS e ROSENVALD, 2009).

A nova perspectiva jurídica modificou profundamente a ótica separatista entre Direitos público e o privado, fincando a Constituição enquanto construção fundamental às validade e hermenêutica das demais manifestações legais. Neste escorço de publicização do Direito (PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, 2009), o diploma civil passa a orbitar em torno das normas-regra e normas-princípio de natureza constitucional,

convalidando sua base normativa com amparo no fundamento constitucional da dignidade humana, predicado basilar à edificação dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Macroprincípio de real onipresença às instruções normativas vindouras de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, a natureza abstrata do postulado ‘dignidade humana’ reúne consigo a amplitude de caracterizar um ser e, por consequência, os obstáculos epistemológicos em reduzir tais adjetivos a termo. A infundável jornada de pôr em concreto o essencialmente abstrato torna vasto o terreno de apreciações tautológicas (BOBBIO, 2002). Nesta esteira, referenda-se a dignidade enquanto caractere diferenciador, extensão do ideal judaico *imago dei* (BARROSO, 2010) plexo de direitos inerente à condição humana.

Sob esta égide, o reconhecimento de direitos relativos à personalidade –direitos de individualização da pessoa natural, de monta extrapatrimonial (DINIZ, 2008) – dentre os quais à identificação e ao nome, ambos resguardados pelas ordens constitucionais portuguesa e brasileira, constituem ecos normativos do princípio da dignidade humana.

Nesse diapasão, a virada kantiana vivenciada em meados do século XX reverbera ao *holos* civilista, incidindo inclusive sobre os títulos normativos dedicados à tutela do nome. Deste modo, passou-se a observar tal proteção sob as lentes do princípio da dignidade humana, aliando os interesses de segurança nacional e conformidade psicossocial do ser, ambos ao que se refere à identificação do sujeito de direitos. A partir desta mudança de eixos axiológicos, hodiernamente, se faz possível incursões por vias judicial e administrativa, sopesando os interesses estatais e da pessoa natural, com o fito de examinar a possibilidade de consignar alterações no registro civil, dentre as quais, modificações relativas ao nome e ao gênero assinalado.

## 2. Os gêneros biológico, social e psicológico

Legado lírico do contista francês Guy de Maupassant (2011), a ‘convenção dos sentidos’ é a razão primeira para se firmar a limitação das verdades humanas. Representativo da unicidade existencial inerente a cada ser em níveis biológico, social e psicológico, a ideia reflete as singulares percepções de mundo vivenciadas, e a impossibilidade de reduzi-las a termo. Em verdade, a complexidade vivenciada pelas ciências de cunho social em tecer considerações conta com similar arrimo: lidar com o irrepetível (DAMATTA, 2010). A natureza humana polissêmica, todavia, não é abordagem recente, antevista pelos gregos, descrevia-se infindável o esforço de mapeamento dos sentidos humanos (SILVEIRA, 2006).

Nessa esteira, dividem mesma lógica as discussões relativas ao gênero no tempo, perpassando por acepções biológicas, às quais se destaca a ordem cromossômica do indivíduo com o exame de suas genitálias; sociais, ocasião em que se observa a influência dos modos de vida de conjunto à formação de regras de comportamento e sentimento, trata-se de coletivo de disposições exteriores ao indivíduo as quais devem ser atendidas sob o risco de sanções; e psicológicas, ao se examinar o sentimento de pertencimento ao gênero frente as cominações destacadas pelas abordagens anteriores (COSTA, 1944).

O conflito entre identidade psicológica e imposições das realidades biológica e social ganha traços memoráveis a partir das descrições autobiográficas de José Walter Nery (2011), primeiro homem a realizar cirurgia de redesignação sexual no Brasil. Identificado ao nascer enquanto ser pertencente gênero feminino, relata dificuldades de adaptação aos modos agir, entre o se vestir, andar e cruzar de pernas, passando pelos interesses de lazer, e abordando o sentimento de identificação ao gênero

masculino da infância à fase adulta<sup>91</sup>, momento em que realizou a operação de adaptação do fenótipo ao gênero mental<sup>92</sup>.

Nesse sentido, a identificação quanto aos gênero e nome representa importante passo à concretização dos direitos fundamentais relativos à dignidade e igualdade, evitando constrangimentos sociais, e, assim, minorando consequências psicológicas ao ser cujo registro civil não guarda congruência à designação a qual psicologicamente mantém vínculo. Motivo pelo qual não pode passar despercebida à tutela jurídica.

### 3. Direito ao nome sob a ótica internacional: exame da carta dos direitos fundamentais da união europeia e da convenção americana de direitos fundamentais

A virada kantiana na ordem jurídica, cristalina reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial, é observada pela rea-

---

91. Com vistas ao preciosismo de sua autobiografia, destaca-se trecho do dilema enfrentado na obra *Viajante Solitário*: “Não conseguia entender por que me tratavam como se fosse uma menina! Faziam questão de e ver como nunca fui. Sabiam que não gostava disso! Por que insistiam em me entristecer, em me ridicularizar? Algo estava errado. Restava saber se com eles ou comigo. Tornei-me um ser acuado. Geralmente, crianças adoram ganhar roupas novas nos dias de festa. Entrava em pânico quando mamãe nos carregava para a costureira. Relutava. A única coisa que conseguia reivindicar era que, pelo menos, o vestido tivesse gravata e bolsos. Mamãe não entendia ou fingia não entender. [...] Aos poucos, fui sentindo vergonha do meu corpo. Não ficava nu diante de ninguém. Era como se tivesse um defeito físico, um aleijão. Não trocava mais de roupa na frente das meninas e me envergonhava quando o inverso ocorria.” (NERY, 2011, p. 24)

92. Acerca do sentimento de angústia verificado pelo conflito permanente entre seres biológico e mental, confere-se o seguinte relato: “Por essa incompatibilidade da minha mente com as partes do meu corpo, numa inversão total de imagem, tornei-me, cada vez mais, um ser angustiado. Além de tudo, cômico de que argumento algum poderia me justificar. Bebi angústia pura.” (NERY, 2011, p. 35)

proximação do Direito ao imperativo categórico, primando-se por abordagem axiológica universalista<sup>93</sup>. Tal metodologia, fortemente reiterada pelo fenômeno de uniformização relativa (consequência ínsita ao processo de globalização) representa a nova concepção de direitos humanos. Trata-se pois, de movimento duplo, com eixo centralizado na internacionalização das prescrições dispostas em Tratados Internacionais assinalados à ordem jurídica local, com a recepção do arcabouço principiológico costurado ao patamar constitucional<sup>94</sup>. Dessa maneira, constata-se, pois, sensível alteração ao panorama cujo protagonismo se concentrava no binômio Estado-Direito, de forte inspiração germânica. A concepção contemporânea de direitos humanos está calcada no papel reservado à conjuntura internacional, da qual o Estado assume a condição de signatário, como parâmetro simétrico-legislativo e, igualmente, na seara da execução de políticas públicas voltadas às disposições assinaladas.

Destarte, passa-se ao estudo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de

---

93. Sobre o apanágio da universalidade, destaca RAMCHARAN “The concept of human rights is part of the intellectual patrimony of humankind. As civilisations interacted and learnt from one another, concepts of dignity, law, freedom, equality, liberty, and rights developed over time. The Universal Declaration of Human Rights drew upon the intellectual well-springs of Africa, Americas, Asia and Europe in a distillation of universal rights.” (apud BREMS, 2013, p. 7)

94. Acerca do exposto, o parecer de Flávio Piovesan se demonstra de suma importância: “[...] O poder Constitucional dos Estados e, consequentemente, das respectivas constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras do Direito Internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional.” (2007, p. 11). Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli se manifestam pela invalidade do direito interno brasileiro frente a incompatibilidades com o Pacto de San José da Costa Rica (2010, p. 34).

Direitos Fundamentais, com o fito de estabelecer alicerces ao direito ao nome, e à retificação de registro civil em casos de não identificação entre gêneros psicológico, biológico e social.

Inicialmente, cumpre frisar a complexidade da malha normativa europeia, ressaltando a existência de centenas de tratados esparsos, sobre os temas específicos. Nesse diapasão, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, datada de 1950, contenta-se a traduzir rol concernente aos direitos individuais clássicos, o que, para Fábio Konder Comparato (2010), representou visível retrocesso, tendo em vista a abrangência da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e mesmo alguns dos largos passos apresentados pela Constituição de Weimar, promulgada em 1919.

Quanto ao bojo do instrumento jurídico, grafa-se o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto supedâneo fundamental, com amplo espaço preambular, e protagonismo consolidado logo em sebe inicial<sup>95</sup>. Deste modo, conclama-se o respeito ao ser humano em suas especificidades, com lastro filosófico-normativo na complexa unicidade caracterizadora de cada ser. Corroborá este pilar o princípio da igualdade e não-discriminação, também positivado<sup>96</sup>. Basilares jurídicos que, conjugadamente, garantem tratamento equânime, nas diretrizes expostas por Boaventura de Sousa Santos:

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando

---

95. Conforme dispõe o artigo 1.º da Carta: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.” (UNIÃO EUROPEIA, 1950).

96. O princípio da igualdade fora recepcionado através do artigo 21, número 1, o qual se transcreve: “1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual” (idem).

a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades” (*Apud* PIOVESAN, 2010).

Frente a dispersão sistemática do arcabouço normativo referente a direitos humanos em orbe europeia, em âmbito americano, a malha pública internacional pode ser representada pela maior densidade de normas, aglutinadas em menor número de tratados firmados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada no ano de 1969, em San José, e aprovado e promulgado apenas em 1992 pelo Brasil, constitui rico exemplo da diversidade e profundidade de temas elevados ao eixo continental, reservando capítulos aos direitos e garantias fundamentais de 1<sup>a</sup> à 3<sup>a</sup> gerações, discorrendo sobre limites de atuação do Estado a fim de se preservar o indivíduo da seara política à judicial, imprimindo a dignidade humana enquanto valor primeiro, e fundando a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caráter analítico do Tratado é ainda verificado através de plurais diretrizes firmadas em respeito às honra, dignidade, liberdade, igualdade e, ainda, por capitulação específica ao nome<sup>97</sup>. Destarte, torna-se imperiosa a assunção de políticas públicas em âmbito negativo, ao reconhecer o direito de expressão da identidade psicológica, e positivo, ao favorecer a construção de meios hábeis ao exercício social da mesma<sup>98</sup>, livre de quaisquer formas e discriminação ou

---

97. Conforme reza o artigo 18º da Convenção Americana: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.” (BRASIL, 1992)

98. No que toca à possibilidade de exercício do direito ao nome, o julgamento das irmãs Serrano Cruz pela Corte Interamericana é paradigmático, apresentando dupla dimensão ao mesmo: “[...] a) a primeira delas é o direito de

constrangimento, fomentando programas de desestigmatização do transgênero.

Deste modo, observa-se, pois, diante da conjuntura neopositivista com eixo no fenômeno de internacionalização axiológica, a necessidade de internalização das normas-regra e normas-princípio concernentes à verificação do nome enquanto elemento nevrálgico à dignidade, e à identidade, razão pela qual, diante da atmosfera de igualdade e não-discriminação, torna-se incabível qualquer conduta estatal em afronta ao livre exercício do direito, incluindo-se, nesta seara, a retificação de documentos de identificação.

Diante do exposto, passa-se a analisar os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o fito de se verificar a internalização ou não das diretrizes traçadas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 1950, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em 1969.

#### 4. Transgêneros e o direito a alteração do nome nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

O Direito, enquanto conjunto sistemático de normas-regra e normas-princípio com fito de manter a paz das relações sociais (REALE, 2009, p. 64) a partir de mandamentos externos e institucionalizados (BOBBIO, 2010, p.

---

toda criança possuir um nome e o de que ele seja devidamente inscrito [...]; b) a segunda dimensão é o direito que a criança tem de preservar sua identidade e suas relações familiares, de conformidade com a lei e sem ingerências indevidas. Daí se entender que o direito ao nome está intimamente ligado ao direito à identidade, que por sua vez está ligado ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º da Convenção). Tudo isto somado revela a importância do direito ao nome, sem o qual o indivíduo se desguarnece dos elementos necessários que o ligam à sua identidade e, logicamente, à sua condição de pessoa. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 165-166)

149), falharia em suas razões fundantes ao olvidar tutela a tais conflitos entre registro civil, características biológicas e psicológicas, e suas implicações na qualidade de vida do ser. Por este motivo, data de 1980, em solo alemão, possivelmente, o primeiro registro legislativo da Europa pós-moderna acerca da mudanças relativas ao nome e ao sexo em documentação civil, o *Transsexuellengesetz – TSG*.

As diretrizes alemãs ressaltam a possibilidade judicial de mudanças de nome e sexo em registro civil enquanto direito subjetivo que pode ser perscrutado per si, ou, em caso de relativamente incapazes, por seus representantes legais. Para tanto, listou-se requisitos que cuidem assegurar o Estado da caracterização psicológica de transexualidade, contando, para isso, com entrevistas ao indivíduo e avaliação de peritos. A estes, inclui-se o cumprimento de, pelo menos três anos de manifestações de dissonância para a realização de alteração documental relativa ao gênero.

Em terreno Ibérico, antes de ser promulgada legislação específica para modificação do registro civil em tais itens, a situação jurídica ora enfrentada já encontrava vasta gama normativo-principiológica na Constituição Portuguesa de 1976.

*Ab initio*, ao declarar-se Estado Democrático de Direito, Portugal assume a responsabilidade de reconhecer e, ao mesmo tempo, efetivar a concretização do arcabouço histórico desenvolvido em eixos nacional e internacional – a partir dos Tratados Internacionais dos quais é signatário, a exemplo da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, acordada em 2000 – elevando a dignidade humana enquanto princípio basilar à edificação do Estado. Destarte, a tutela jurídica com vistas ao desenvolvimento humano e de suas potencialidades. A seguir, a Carta Magna elenca o dever Estatal de prezar pelo bem estar social, elencando enquanto tarefa fundamental o alcance da igualdade real entre os portugueses.

Dessa forma, veda-se indistintamente ações de cunho discriminatório, qualquer que seja sua motivação. Sublinhando-se, nesse diapasão, o princípio da isonomia material.

Conforme exposto em Constituição, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, mesmo na ausência de manifestação legal específica acerca da retificação de registro civil, os princípios da dignidade humana e da isonomia material são oponíveis a terceiros também quanto à temática enfrentada. À luz deste arcabouço, reconhecia-se, a partir das vias judiciais, o direito à devida retificação sob a justificativa de evitar constrangimentos públicos à pessoa.

Os avanços reconhecidos, entretanto, esbarravam na necessidade de judicialização do pedido, o que confere grande burocratização ao pedido, com vistas nas dificuldades descritas por Cappelletti e Garth (1988)<sup>99</sup>.

Com vistas ao exposto, fora promulgada a lei nº 7, de 15 de Março de 2001, trazendo série de modificações ao Código Civil no que concerne à retificação de nome e sexo no registro documental correspondente.

A partir de então, registrou-se a possibilidade, por via administrativa, de retificação do registro civil quanto ao nome e ao sexo através de simples requerimento a qualquer conservatória de registro civil. A praticidade do requerimento, todavia, diverge das dificuldades estruturais para se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero. O constrangimento e a carência de profissionais reconhecidos pela ordem dos médicos obstaculizam o procedimento de

---

99. Para Cappelletti e Garth (1988), obstáculos relativos às custas judiciais, à necessidade de capacidade postulatória, somadas à falta de informações relativas aos direitos subjetivos comprometem o princípio do acesso à justiça, razão pela qual meios alternativos devem assegurar direitos sem, necessariamente, passar pela judicialização dos mesmos.

retificação do registro (SANCHES, 2016). Sublinha-se, de todo modo, os visíveis avanços na efetivação do direito fundamental ao nome com a edição legislativa.

Isto feito, demarca-se, por agora, a possibilidade de se alterar o nome em razão da não identificação entre gênero psicológico e a realidade biológica e social com horizonte no ordenamento jurídico brasileiro.

*Prima facie, in terra brasiliis*, ao contrário do que observa em Portugal, insta guisar a inexistência de disposições legislativas especiais à modificação do nome por disparidades entre a identificação de gênero. Contudo, a jurisprudência brasileira assente ao direito de retificação, por razão do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>100</sup>, procedendo a partir da integração de normas e princípios basilares à formação do ordenamento jurídico, razão pela qual se sublinha o périplo judicial como investidura necessária à se proceder a referida mudança. Dentre a série normativa de justificação, destaca-se, primordialmente, o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito<sup>101</sup> com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é

---

100. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

101. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (idem)

vedada qualquer forma de comportamento discriminatório. O dever da República Federativa em prezar pelo bem-estar de todos, construindo sociedade livre, justa e solidária, com fins de erradicar a marginalização de pessoas, traduz-se na importância de tutela da saúde mental de cada ser, possibilitando, dessa maneira, alterações relativas ao nome e ao sexo no respectivo registro civil.

Inicialmente, os tribunais locais inauguraram a possibilidade de alteração do nome e ao sexo, com supedâneo no exercício da liberdade, autonomia privada, e a constantes constrangimentos vividos, condicionando, todavia, este segundo à procedimento de cirurgia de reatribuição sexual. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem remodelado este entendimento, possibilitando as mesmas mudanças, todavia, sem a necessidade de realização de procedimento de reatribuição sexual<sup>102</sup>.

Frente a latente necessidade, no Brasil, tramita o Projeto de Lei 5.002/2013, alcunhado de José Walter Nery, albergando a possibilidade de retificação de nome e gênero sexual através preenchimento de formulário em cartório de registro de pessoas, sem que, para isso, se realize qualquer procedimento cirúrgico com vistas à alteração da aparência. Soma-se a isto a desnecessidade de se juntar qualquer

---

102. Transcreve-se, a seguir, trecho do julgado: [...]A transgenitalização, por si só, não é capaz de habilitar o transexual às condições reais do sexo, pois a identificação sexual é um estado mental que preexiste à nova forma física resultante da cirurgia. Não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano. No plano jurídico, a questão remete ao plano dos direitos fundamentais.” (TJ-RJ - APL: 00139862320138190208 RJ, Relator: DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS, Data de Julgamento: 12/03/2014, DÉCIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/04/2014 12:00)

parecer médico ou psicológico, sendo a alteração calcada na auto-denominação de gênero. Inicialmente, previa a possibilidade de pessoas relativamente capazes, a partir de idônea representação, procederem à retificação do registro, contudo, tal disposição fora vetada ainda na germinação legal.

O mais recente capítulo vivenciado por esta lida se refere à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede da ADI 4275, encerrada dia 01 de Março de 2018. Discutindo-se a possibilidade de se interpretar a Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/1973) a fim de albergar a mudança da identidade de nome e de gênero por via da autodeterminação. Em momento histórico, decidiu-se pela desnecessidade de autorizações médicas ou judiciais, bastando simples requisição em cartório. Trata-se, portanto, de enorme passo dado à concretização da isonomia.

Ao que se percebe, os aspectos legislativos portugueses encontram-se, por muito, à frente do tratamento jurídico reservado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, aquele não se encontra imune a críticas relativas à burocratização e falta de estrutura para se atestar perturbação de identidade de gênero. Este requisito reverbera, por assim dizer, viés de patologia à situação enfrentada, corroborando o tratamento dado pela Organização Mundial de Saúde (BENTO e PELÚCIO, 2012). Por outro lado, a iniciativa brasileira lançada pelo projeto de lei José Walter Nery reconhece na autonomia privada o fator primordial a alterações do registro civil quanto a nome e sexo, conteúdo recepcionado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade 4263.

## Considerações finais

Teses contratualistas abordam a pactuação de parcela das liberdades individuais com a finalidade de se gozar pelo

restante, em segurança. Com este pano de fundo, nasce o binômio Estado-Direito, ao qual assente o dever de manutenção da paz social a partir da institucionalização da coação. Neste aspecto, toda e qualquer ameaça ao continuísmo social deve ser alvo da atenção jurídica.

Assim, se introduziu a necessidade de percepção à camada social ainda invisível: àqueles que sofrem pela dissonância entre gêneros biológico, social e psicológico. Com vistas às nefastas consequências enfrentadas, de origens endógenas ou exógenas, a retificação do nome em registro civil constitui importante passo na vida social de todo transgênero.

Desta feita, discutiu-se acerca do binômio Estado-Direito sob a luz da nova concepção de direitos humanos, ao elevar à ótica internacional, diretrizes axiológicas comuns, cujos países signatários assumiriam compromisso de internalização. Assim, debruçou-se acerca das disposições ordenamentais portuguesas e brasileiras sobre o tema, momento em que se destacou a existência de legislação específica no país ibérico, ao passo em que, na carência de lei especial, se encontra grande esforço jurisprudencial no Estado latino.

A lei 7 de 15 de março de 2011 não resta, entretanto, imune à críticas. A desnecessidade de se judicializar demandas, certamente, foi a maior vitória galgada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais de transgêneros portugueses. Contudo, tal avanço esbarra na dificuldade de se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero, requisito essencial à mudança de nome, tendo em vista o diminuto número de médicos habilitados e sua pequena dispersão em território português.

Por fim, destacou-se a tramitação do projeto de lei José Walter Nery, buscando assegurar a possibilidade de solução das disparidades entre gêneros psicológico, social e biológico,

por via administrativa, seguindo o princípio da autodeterminação, tornando desnecessária a apresentação de parecer médico-psicológico. Muito recentemente, este conteúdo legislativo fora recepcionado pela Corte Excelsa, através de interpretação conforme à Constituição em sede da ADI 4263.

Frente ao exposto, percebe-se, com felicidade, o gradativo caminhar histórico rumo ao reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais de modo cada vez mais amplo e democrático, seguindo a internalização dos Tratados internacionais respectivamente assinalados.

## Referências

ALEMANHA. **TRANSSEXUELLENGESETZ – TSG.**

Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tsg/gesamt.pdf>> Acesso em 26 Dez. 2016

BENTO, Berenice and PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Rev. Estud. Fem.* Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000200017&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200017&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 0104-026X. **Acesso em: 03/12/2016**

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 10: 85-352-1561-1.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti - Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001. BRASIL.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29/10/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação 00139862320138190208 RJ, relator: des. Edson Aguiar de Vasconcelos, data de julgamento: 12/03/2014, décima sétima camara cível, data de publicação: 16/04/2014.

BREMS, Eva. Human rights: universality and diversity. Cambrigde: Martius Nijhoff Publishers, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM. São Paulo: Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>. Acesso em: 18/12/2016

COSTA, Ronaldo Pamplona da. Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana. Disponível em [xa.yimg.com/kq/groups/21693799/1121815486/name/Os+11+sexos.pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/21693799/1121815486/name/Os+11+sexos.pdf). Acesso em: 11/12/2016.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

DAMATTA, Roberto. Relativizando: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito brasileiro, volume 1: parte geral. 25. edi. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile – As regras do método sociológico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2364-4.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídus, 2009.

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. [Em linha]. Consult. 27 Dez. 2016. Disponível em [http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3%20\(Sigmund%20Freud\).pdf](http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3%20(Sigmund%20Freud).pdf).

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo – Direito Civil: Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 978-85-02-07524-5.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 978-85-806-3266-8

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento jurídico de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001. ISBN: 85-7387-145-8.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. ISBN: 978-85-02-21454-5.

NERY, João Walter. Viagem solitária: memórias de um transexual trinta anos depois. 1ª Ed. São Paulo: Leya, 2011. ISBN: 978.85.80.444.63.6

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e jurisdição internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15/11/2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 16.563/29, de 25 de Novembro. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em <<https://dre.tretas.org/dre/12182.dre.pdf>>. Consultado em: 11/12/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7 de 15 de Março de 2011. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1308&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis)>. Acesso em 30/12/2016. Acesso: 30/12/2016.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 97885-02-04126-4.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. Martin Claret. São Paulo. 3ª Edição. 2011. ISBN: 978-85-7232-937-8

SANCHES, Andreia – Quase 300 pessoas mudaram de sexo no registo civil. Consult.3 Jan. 2017. Disponível em <<https://www.publico.pt/2016/01/24/sociedade/noti->

cia/quase-300-pessoas-mudaram-de-sexo-no-registo-civil-1721122#/follow>Acesso em 03/01//17

SILVEIRA, Esalba Maria Carvalho. De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual. [Em linha]. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Consult. 23 Dez. 2016. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bits-tream/10923/5180/1/000379780-Texto%2bCompleto-0.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. São Paulo: Universidade de São Paulo. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-O-NU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 19/12/2016.



# Reflexões acerca dos limites do campo jurídico no combate à homofobia

Rafael Carrano Lelis

## Introdução

A violência contra lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais (LGBTIs) ocorre de forma generalizada e, em grande parte dos casos, institucionalizada. De acordo com relatório da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA, 2017, p. 70-146), a existência LGBTI ainda é criminalizada em 72 países, em suas diversas formas possíveis de manifestação. A punição é severa na maioria dos casos, incluindo penas de morte e prisões perpétuas.

Contudo, a percepção dessa violência de maneira concreta é extremamente difícil. Isso se deve, principalmente, a dois motivos: à ausência de denúncias<sup>103</sup> e à falta de es-

---

103. Ainda quando ocorre denúncia, as estatísticas constituem números altamente subnotificados. Devido ao grande número de pessoas LGBTIs que não se assumem enquanto tal, é praticamente impossível ter uma real

tatísticas oficiais (CIDH, 2015, p. 81-83). Não obstante, de acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2015, p. 93), “pelo menos 594 pessoas LGBT ou percebidas como tal foram assassinadas em ataques aparentemente relacionados com a percepção sobre sua orientação sexual ou sua identidade e expressão de gênero” nas américas, no período de 15 meses, compreendido entre janeiro de 2013 e março de 2014.

O Brasil ocupa uma posição nada louvável nesse cenário. Conforme levantamento do Grupo Gay da Bahia (GGB, 2017, p. 5), ele é o país que mais mata LGBTIs no mundo, com uma morte a cada 19 horas. Suas pesquisas indicaram 445 LGBTIs vítimas<sup>104</sup> de homicídio em 2017, um aumento de 30% com relação ao ano anterior e o mais alto índice registrado desde o início da coleta dos dados, em 2000. Ainda sobre a violência no país, estudo realizado pela organização *Transgender Europe* (TGEU, 2016, p. 2) aponta que, só no Brasil, foram identificados 845 assassinatos de pessoas trans entre 2008 e 2016, o que corresponde a cerca de 40% do total mundial no período, que foi de 2.115 mortes.

Esse cenário de extrema violência pelo qual passam as pessoas LGBTI gera uma urgência, cada vez maior, de transformação da realidade atual. Não se pode aceitar que pessoas sejam mortas devido à sua sexualidade ou identidade de gênero. Nesse sentido, uma alternativa que frequentemente

---

dimensão dos números da violência contra esse grupo específico. Além disso, em muitas das vezes as pessoas se recusam a realizar denúncias em razão do medo de represália ou de revelação para o mundo de sua identidade LGBTI (CIDH, 2015, p. 80-94).

104. Importante notar que a metodologia utilizada pelo GGB na percepção dessas mortes consiste na análise de notícias jornalísticas (dados hemerográficos) o que, necessariamente, só apresenta o panorama de parcela das mortes, diante da grande invisibilização da população LGBTI na mídia.

surge é a utilização do campo jurídico como ferramenta de superação da homofobia diária enfrentada por LGBTIs. E o direito cumpre um duplo papel nesse contexto: não somente atua na afirmação e proteção de LGBTIs, mas também em sua perseguição e discriminação.

Os dispositivos normativos, em sua maioria, negam qualquer identidade jurídica a esses indivíduos, consolidando o “doutrinação cultural” provocado pela força normativa da categoria “sexo-gênero-sexualidade” (BORRILLO, 2015, p. 56-61), que reforça a crença em uma heterossexualidade e uma cisgeneridade compulsórias. Nesse sentido, Borrillo (2016, p. 40) frisa o fato de a homossexualidade (bem como a transexualidade) ainda ser “evocada oficialmente como empecilho legítimo ao reconhecimento de direitos [...], permanecendo como a única discriminação inscrita formalmente na ordem jurídica”. E isso ocorre expressa e tacitamente. Além dos diversos ordenamentos que negam expressamente direitos como a adoção ou o casamento a LGBTIs (alguns até mesmo pela via da criminalização), há aqueles que colocam exigências para a obtenção do direito que só seriam alcançadas por heterossexuais ou cisgêneros, incidindo em uma discriminação indireta.

Diante disso, o presente trabalho questiona quais são os limites do direito no combate à homofobia. Partindo do marco teórico do reconhecimento como *status* social, proposto por Nancy Fraser, a hipótese inicial é que, por ter um caráter de remédio afirmativo, o direito atuará apenas na mitigação de algumas formas de homofobia, não possuindo o condão de transformar por completo a sociedade cisheteronormativa na qual vivemos.

Para a testagem da hipótese, valeu-se do tipo jurídico-compreensivo de investigação. Segundo Gustin e Dias (2013, p. 28-29), essa modalidade de pesquisa consiste na

decomposição do problema jurídico em variados níveis para seu estudo de maneira aprofundada. Nesse sentido, dividiu-se a análise do problema em três aspectos: 1) o poder de reconhecimento do campo jurídico; 2) a formas de atuação da homofobia; 3) a caracterização dos limites do campo jurídico em sua relação com a sexualidade. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se a técnica de revisão bibliográfica, a partir de uma análise interdisciplinar, a fim de reconstruir os conceitos essenciais para a resolução da problemática.

Desse modo, o objetivo geral deste trabalho é descobrir qual o papel exercido pelo direito no combate à homofobia. Por outro lado, os objetivos específicos consistem em: 1) realizar revisão bibliográfica sobre as teorias do reconhecimento; 2) apontar uma relação entre a injustiça de falso reconhecimento e a atuação do campo jurídico; 3) realizar revisão bibliográfica de teóricos dos estudos *queer* que identifiquem modos de atuação do direito com relação à sexualidade.

## 1 .Reconhecimento e o campo jurídico

Em primeiro lugar, é essencial que se caracterize o conceito de campo jurídico utilizado neste trabalho. Nesse sentido, parte-se da concepção teórica formulada por Bourdieu (2015, p. 218-267), segundo a qual ele seria um espaço de luta, onde se concorre pelo monopólio do poder de dizer o direito. Isto é, quem deterá legitimidade para veicular “verdades jurídicas”.

Ademais, tal campo se destaca por seu difícil acesso, que dependerá da detenção do *habitus* jurídico, tornando-o, em geral, hermético e hostil à interação de integrantes externos, que não o componham originariamente. Como exemplo, apontam-se a vestimenta e a linguagem jurídica. Por um lado, a roupa comum aos meios do direito reflete uma imagem de superioridade, blindando-o do acesso do cidadão

comum. Por outro, a linguagem jurídica parece ter sido estrutura para não ser compreendida por ninguém não a estude com proximidade, tornando toda a população dependente de tradutores da linguagem dos direitos.

## 1.1 A teoria do reconhecimento de Nancy Fraser

A filósofa estadunidense Nancy Fraser (2010, p. 145), estudiosa das diversas formas de concretização das desigualdades sociais, construiu uma teoria tridimensional, que comporta três planos para a concretização da justiça, efetivando a paridade participativa: o econômico, o cultural e o político. Nesse sentido, cada uma dessas dimensões possui seus níveis de justiça e injustiça correspondentes. A injustiça de ordem econômica se materializa por meio da má distribuição; a cultural, pela via do falso reconhecimento; e a política se concretiza na falsa representação. No presente trabalho, será dado enfoque à faceta cultural da justiça, por ser aquelas que mais proximamente acomoda a interseção entre direito e sexualidade.

Como mencionado, a segunda dimensão responsável pela concretização da justiça é a cultural, na qual se enquadram as demandas pelo reconhecimento. Fraser (2000, p.109) elabora seu conceito de reconhecimento a partir de matrizes teóricas diversas das utilizadas pela maioria dos autores. Ao invés de adotar o tradicional modelo identitário hegeliano, parte de um prisma que ela mesma denominou de “quase-weberiano” (FRASER, 1997, p. 281).

Na concepção de Hegel, a ideia de reconhecimento está diretamente ligada à relação recíproca entre indivíduos, que atua de forma substancial na constituição de suas subjetividades. Nessa visão, o reconhecimento pelo outro integra-se como elemento da própria formação do *self*. Isto é, um in-

divíduo só se torna sujeito em virtude de reconhecer e ser reconhecido pelo outro. Nesse sentido, o falso reconhecimento possuiria uma dupla faceta: distorção da relação do indivíduo com o seu *self* e também lesão à identidade da pessoa (FRASER, 2000, p. 109).

Segundo Fraser (2000, p. 109-110), aqueles que, como Honneth e Taylor, abordam o reconhecimento a partir dos conceitos hegelianos transportam essa definição de reconhecimento para as esferas cultural e política. Desse modo, entendem que o falso reconhecimento é produzido a partir da distorção da relação do indivíduo com seu *self*, sendo causada pela imposição da cultura dominante e gerando, assim, internalização de autoimagens negativas pelos integrantes do grupo “desestimado”, o que os impede de construir uma identidade cultural favorável de si próprios. Nesse sentido, a política do reconhecimento serviria, por meio da contestação da cultura dominante, como forma de reparação desse dano.

Todavia, apesar de reconhecer as contribuições trazidas pelo modelo, a autora ressalta que ele não só ignora a dimensão redistributiva da justiça, como também, ao conjugar as políticas de reconhecimento e identidade, provocaria a reificação<sup>105</sup> dos grupos já subjugados (FRASER, 2000, p. 110).

---

105. O conceito de reificação de grupos apresentado por Fraser pode ser bem exemplificado a partir da experiência vivida pela população LGBTI. Como colocado pela estadunidense, no modelo identitário haveria a necessidade de elaboração de uma identidade coletiva (de determinado grupo) que permitisse sua auto-afirmação. Desse modo, indivíduos que não se enquadram nos padrões impostos pelo próprio grupo, como ocorre com os bissexuais e as transexuais não binárias ou mesmo gays e lésbicas que fogem ao padrão imposto pela “comunidade”, seriam desencorajados a se expressarem enquanto tais ou, até mesmo, rechaçados de sua participação enquanto integrantes do grupo. Nesse sentido, Fraser (2000, p. 112) aponta que “*the overall effect is to impose a single, drastically simplified group-identity which denies the complexity of people’s lives, the multiplicity of their identifications*”.

Em contraste, Fraser (2000, p. 113-116) propõe uma abordagem baseada na conceituação do reconhecimento enquanto uma questão de *status* social. A partir desse critério, o falso reconhecimento se traduziria como uma forma de subordinação social. Nesse sentido, o conceito não mais se relaciona a um dano cultural à identidade ou a alguma espécie de deformação psíquica, mas sim à reprodução institucionalizada de padrões de subordinação que impedem a paridade participativa de determinados indivíduos na vida social. Assim, nesse novo paradigma, não há mais o risco de reificação, uma vez que não se associa a injustiça do falso reconhecimento à depreciação e deformação da identidade de um grupo específico. A teoria fraseriana passa a focar, divergentemente, no reconhecimento do *status* individual dos integrantes de cada grupo.

Nesse cenário, o fator institucional é essencial para a caracterização da injustiça do falso reconhecimento, que acontecerá por meio da estigmatização de determinadas pessoas como inferiores, excluindo-as da e invisibilizando-as na interação social (FRASER, 2000, p. 113). A institucionalização, entretanto, pode se dar de diversas formas e por diferentes entidades, não se limitando, por exemplo, à atuação estatal. Portanto, os remédios para esse tipo de injustiça não podem ser previamente definidos, ficando condicionados ao modo pelo qual se concretize o impedimento de paridade.

Uma das possibilidades mais prementes dessa institucionalização é pela via jurídico-normativa. Nesse sentido, leis

---

*and the cross-pulls of their various affiliations*". Ela conclui, então, que esse modelo acaba reproduzindo a própria injustiça do falso reconhecimento, ignorando as lutas internas do grupo pela autoridade e poder de representá-lo. Seguindo essa linha de pensamento, seria possível, a partir das ideias de Bourdieu (2015, p. 57-72), pensar na população LGBTI como um campo, onde se daria a disputa acerca do modelo de identidade que melhor traduz as vivências de seus e suas integrantes.

que categorizam determinados atores sociais como inferiores ou transgressores (em contraposição aos demais, que estariam dentro da norma social) provocam a subordinação de *status*. Ademais, isso também ocorre quando a legislação, desconhecendo a própria possibilidade de existência de determinados indivíduos (posicionando-os como não seres), deixa de considerá-los na edição normativa, criando lacunas que impeçam sua participação na vida social. À guisa de exemplificação, temos: uma lei proibindo o casamento entre pessoas do mesmo gênero incorre nesse tipo de injustiça; contudo, também o faz a lei que regulamenta somente a união heteroafetiva, ignorando a própria existência de outros arranjos familiares e permanecendo-se silente com relação a eles.

Na esfera do reconhecimento, Fraser (2008, p. 21-22) identifica as “sexualidades desprezadas” como a coletividade que sofre eminentemente desse tipo de injustiça. É importante notar que a autora se utiliza, nesse contexto, de um conceito bastante limitado de sexualidade, não adentrando, por exemplo, em sua interrelação com a ideia de gênero, o que limita a extensão da análise à população LGBTI como um todo.

Nesse sentido, a raiz da injustiça contra gays e lésbicas (as sexualidades desprezadas) estaria na dimensão cultural, de modo que ela se reproduz por meio de padrões sociais institucionalizados e reiterados, e não a partir da divisão do trabalho. Por isso, Fraser (2008, p. 21) caracteriza a homofobia como a “desvalorização cultural da homossexualidade”, enquanto o heterossexismo seria a reafirmação dos privilégios heterossexuais por meio da edição de normas que os imponham. Tal situação é facilmente aferível por meio dos inúmeros direitos que são negados a essa coletividade, bem como das frequentes situações sociais nas quais essas sexualidades são alvo de discriminação, violência, hostilização e humilhação. Exatamente por isso, Fraser (2010a, p. 173) destaca que “a superação

da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do status sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas”.

Judith Butler (2008, p. 48-56), em especial, discorda dessa categorização empreendida com relação à origem da injustiça sofrida por gays e lésbicas. Ela enquadra Fraser na mesma corrente dos denominados “marxistas neoconservadores”, conjecturando que, ao classificar a opressão em razão da sexualidade como “meramente cultural”, a autora a estaria relegando a um segundo plano, menos concreto e subordinado às opressões de classe. Contudo, como a própria Fraser (1997, p. 279-282) rebate, a discordância levantada por Butler se deve às diferentes concepções das duas autoras com relação à dimensão cultural da justiça. Enquanto Butler a vê como secundária e subordinada ao aspecto econômico, Fraser a entende como uma dimensão autônoma e concreta, capaz de produzir injustiças materialmente aferíveis e tão profundas quanto aquelas geradas pela má distribuição.

Tendo em vista essa realidade, dois são os remédios possíveis à solução dessa faceta da desigualdade: afirmativo ou transformativo. Segundo Fraser (2008, p. 28), remédios afirmativos, de forma geral, seriam aqueles voltados à correção de iniquidades com os instrumentos fornecidos pelo próprio sistema vigente; isto é, com a utilização de ferramentas disponíveis dentro da estrutura que causa a iniquidade. Esse tipo de remédio possui, claramente, escopo de atuação limitado, uma vez que não pretende alteração substancial do *status quo*, almejando apenas um pequeno avanço na realidade social. Por outro lado, um remédio transformativo almeja justamente o contrário: a correção dos resultados desiguais a partir da reestruturação do quadro que os gera. É importante notar que a diferença entre os tipos de remédios não se dá em

razão de sua aplicação de forma gradual ou não, mas sim no fato de o primeiro focar na alteração apenas dos resultados, enquanto o segundo busca a sua modificação por meio da alteração dos processos que levaram a tais resultados.

Duas são as possibilidades de remédios para se alcançar o reconhecimento. O afirmativo é aquele ligado à forma tradicional do multiculturalismo. Ele pretende, portanto, valorizar a identidade das categorias estigmatizadas sem ter a pretensão de alterar o padrão social-normativo que gera tal estigmatização. Seriam exemplos as políticas identitárias que buscam reforçar a identidade gay e lésbica (o *pride movement*). Uma marcante expressão dessa política afirmativa, que se liga aos modelos identitários, foi o movimento da liberação gay (gay liberation), que surgiu anos 1980, e pretendia apresentar “gays e lésbicas como um grupo minoritário singular, igual, mas diferente, e dedica-se a conquistar direitos e proteção legal na ordem existente” (SPARGO, 2017, p. 26).

Por outro lado, um remédio transformativo para o falso reconhecimento está diretamente ligado às ideias propostas pela teoria *queer*, procurando eliminar a dicotomia homo/heterossexual que cria a própria opressão. Assim, ao invés de se destacar e valorizar a identidade de determinado grupo, intenta-se desestabilizar e desconstruir os padrões sexuais fixados, abrindo diversas possibilidades para a existência de novos tipos de sexualidade fluidas e não binárias (FRASER, 2008, p. 29-30). Como conceito, a teoria *queer* se refere a um conjunto de estudos (mas não só), iniciados nos Estados Unidos, principalmente por iniciativa de teóricas feministas, que “empreende uma investigação e uma desconstrução dessas categorias [feminino/masculino; homo/heterossexual], afirmando a indeterminação e a instabilidade de todas as identidades sexuadas e ‘generificadas’” (SALIH, 2017, p. 20). Entre as principais pensadoras desse campo, podem ser destacadas: Monique

Wittig, Judith Butler e Eve Sedgwick. Sarah Salih (2017, p. 19) destaca, ainda, a origem da teoria *queer* que teria surgido de “uma aliança (às vezes incômoda) de teorias feministas, pós estruturalistas e psicanalíticas [...]. A expressão ‘queer’ constitui uma apropriação radical de um termo que tinha sido usado anteriormente para ofender e insultar”. Em consonância, Tamsin Spargo (2017, p. 33-34) salienta que

a teoria queer emprega várias ideias da teoria pós estruturalista, entre elas os modelos psicanalíticos de identidade descentralizada e instável de Jacques Lacan, a desconstrução de estruturas conceituais e linguísticas binárias de Jacques Derrida e, claro, o modelo de discurso, saber e poder de Foucault. Como seria de se esperar, a teoria queer não tem origem em um momento isolado, mas, retrospectivamente, costuma-se dizer que seu início se cristalizou a partir de uma série de conferências acadêmicas que, nos Estados Unidos, no fim dos anos de 1980, abordaram a relação de questões gays e lésbicas com as teorias pós-estruturalistas. Os estudos que, em conjunto são chamados de teoria queer situam-se predominantemente no campo das humanidades, na história, nos estudos literários e culturais e na filosofia, embora os temas incluam o discurso científico, o jurídico e outros. Seus autores costumam compartilhar o interesse comum na política da representação, e uma formação na análise da cultura escrita e visual, desde literatura e filmes até discursos políticos. Muitos trabalharam, e ainda trabalham, em programas de pesquisa sobre gays e lésbicas cujo número cresceu rapidamente com o aumento da influência da teoria queer.

Nesse sentido, é possível perceber a conexão entre os estudos *queer* e a busca por uma transformação na estrutura que gera a opressão, buscando sua superação por meio da alteração do sistema vigente.

## 2. A homofobia e suas formas

O argentino Daniel Borrillo (2016) se debruçou profundamente sobre o estudo da homofobia<sup>106</sup> e suas diversas formas de manifestação. Em seu trabalho, o autor busca categorizar alguns dos principais tipos de expressão desse preconceito, merecendo destaque as diferenciações entre homofobia irracional e cognitiva; e entre homofobia geral e específica.

Desse modo, o autor conceitua a homofobia, genericamente como: “uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos” (BORRILLO, 2016, p. 13). Assim, esse comportamento homofóbico abarca um leque variável de manifestações, como será destacado.

Adentrando as distinções elaboradas por Borrillo, ele destaca que as práticas homofóbicas estão intrinsecamente ligadas ao sexismo profundamente instaurado em nossa sociedade, por meio do qual são naturalizados papéis de feminino e masculino. Uma ordem sexual que “implica tanto na (*sic*) subordinação do feminino ao masculino, quanto a hierarquização das sexualidades” (BORRILLO, 2016, p. 30). Desse modo, a homofobia, em seu aspecto mais geral, seria produto do padrão machista, que hostiliza aqueles e aquelas que não se adequam à função de seu gênero atribuído, de macho ou fêmea.

---

106. A ideia de homofobia elaborada pelo autor é ampla o suficiente para abarcar todas as formas de preconceito LGBTIfóbicas.

Assim, gays e lésbicas, ao assumirem algumas das características do gênero originalmente oposto (como o desejo sexual) rompem essa barreira, o que provoca a desaprovação social. Ainda mais escancaradas, sob a lógica sexista, são as pessoas trans e intersexuais que efetivamente transgridem, por completo, a norma que generifica nossa sociedade.

Sob outro ângulo, partindo para as formas específicas, segundo a classificação do autor, a homofobia irracional remete à aplicação mais corriqueira do vocábulo “fobia”. Isto é, consiste na aversão, repulsa ou até mesmo medo que o indivíduo teria com relação às lésbicas, gays, bissexuais, trans ou intersexuais. Assim, relaciona-se à impressão psicológica, ainda que inconsciente, com a qual as pessoas encaram as sexualidades e identidades desviantes, mediante a construção cultural que lhes foi imputada acerca das vivências LGBTI.

A homofobia cognitiva, por sua vez, liga-se diretamente à perpetuação das diferenças entre homossexuais e heterossexuais, impedindo que os primeiros alcancem um patamar no qual usufruam de direitos iguais. Dessa forma, esses primeiros níveis da homofobia estão posicionados, também, em duas dimensões diversas: a homofobia irracional, no plano psicológico (afetivo); enquanto a homofobia cognitiva, enquadra-se na dimensão social. Desenvolvendo um pouco mais o pensamento do autor, identificam-se os conceitos da homofobia geral, que consiste no próprio sexismo e reafirmação dos padrões de gênero, e da homofobia específica, que tem sua disseminação ligada à intolerância direta com relação à população LGBTI.

### 3. Os limites do campo jurídico

Em *A História da Sexualidade 1- a vontade de saber*, Foucault (2017) traça como, historicamente, o campo jurídico atuou

não somente no controle, mas também na própria construção das identidades sexuais aceitas e rejeitadas no ocidente. Assim, atuou como modulador de discursos repressivos e construtivos de sexualidades. Desse modo, a utilização do direito deve sempre ser acompanhada de cautela para que, ao se tentar incluir identidades atualmente tidas como desviantes, não se crie um novo padrão hegemônico que inclua algumas, mas se perpetue na exclusão de outras.

Conforme abordado anteriormente, as injustiças sofridas pela população LGBTI se concretizam, eminentemente, na dimensão cultural (falso reconhecimento). Nesse sentido, Fraser (2000, 107-110) enxerga as normas jurídicas e o próprio direito como potenciais garantidores de reconhecimento. Sendo assim, avançar no campo do direito permite que se avance, também, na concretização da justiça para os LGBTIs.

No mesmo sentido, Borrillo (2016, p. 24-25) identifica que um dos reflexos do que denomina de “homofobia cognitiva” é a perpetuação da diferença entre hetero/homossexual por meio da negativa de direitos a esse último grupo, produzida também pela via de uma “violência legalizada” (*legal violence*), nas palavras de Butler (2016). Dessa maneira, a ausência de direitos introduz uma forma institucionalizada de impedir a paridade de participação dos LGBTIs, ligando-se diretamente ao conceito de reconhecimento enquanto *status* social proposto por Fraser (2000, p. 113-116). Sendo assim, a alteração no campo jurídico não somente serviria para remediar, ao menos parcialmente, a injustiça de falso reconhecimento sofrida por essas pessoas, como também permitiria atacar diretamente a face simbólica dessa opressão, que age, sobretudo, pela via do direito (BOURDIEU, 2017, p. 166).

Entretanto, a alteração na ordem jurídica caracteriza apenas um remédio afirmativo que, apesar de seu potencial, ainda estará limitado ao sistema que produz e reproduz as

injustiças e atua na manutenção do *status quo*. Desse modo, a superação da opressão LGBTI pela via do direito deve ser enxergada como apenas uma etapa de um projeto maior para a efetiva concretização da dignidade desses indivíduos, que deve perpassar a elaboração de políticas públicas mais profundas e o investimento em práticas educacionais transformadoras. Nesse sentido, Corrales (2017, p. 54) ressalta que a proteção legal pode ser considerada um “marco trivial”, ou seja, sendo ele apenas um parâmetro dentre vários possíveis para se identificar a evolução da proteção das pessoas LGBTI. Isso porque “a lei pode facilitar a mudança social relativamente à imagem dos homossexuais e da homossexualidade, mas ela continuará ineficaz se não for acompanhada por um trabalho pedagógico” (BORRILLO, 2016, p. 112).

Além disso, como aponta Bourdieu (2017, p. 168), combater somente o aspecto simbólico da opressão não é suficiente:

Para mudar duradouramente as representações, o movimento tem que operar e impor uma transformação duradoura das categorias incorporadas (dos esquemas de pensamento) que, através da educação, conferem um estatuto de realidade evidente, necessária, indiscutida, natural, nos limites de sua alçada de validade, às categorias sociais que elas reproduzem.

Desse modo, não há como se vislumbrar a alteração do campo social apenas a partir modificação ou criação da lei. Principalmente se, como defende Butler (2016), considerarmos a polícia como instância final de aplicação e criação do direito<sup>107</sup>, o que dificulta extremamente a efetivação de

---

107. De forma ainda mais ampla, Foucault (2015, p. 282) se refere a todas as instituições nas quais o poder é capilarizado, exercendo uma força normativa.

garantias, tendo em vista os altos níveis de homotransfobia institucionalizados nas forças policiais. Sendo assim, seria inocente crer que a lei, por si só, teria a capacidade de eliminar a violência e criar um futuro igualitário. Contudo, ela não deixa de ser um claro avanço em direção a esses objetivos, ainda que não sirva como forma de desafiar a violência legalizada (BUTLER, 2016)108.

## Conclusão

Diante da revisão realizada, é possível conceber o campo jurídico como uma ferramenta essencial no combate à homofobia, principalmente na mitigação da injustiça em sua esfera cultural, no nível do reconhecimento. A edição normativa possui valor simbólico considerável, atuando de forma positiva na construção da identidade de LGBTIs.

Contudo, é preciso que se atente à caracterização do campo jurídico enquanto uma forma de remédio afirmativo e que, portanto, possui limitações. Assim, embora ele possa efetivamente atuar contra as práticas homofóbicas, sua ação se caracteriza apenas pela mitigação do preconceito e não por sua eliminação. Isso porque ele atuará dentro do sistema, ao invés de transformá-lo, não conseguindo frear, por exemplo, formas legalizadas de violência, impostas pelo próprio ordenamento.

---

108. Nesse sentido, a autora destaca que: “*We have also to understand whether legal recourse is the only or ultimate political goal. I do not mean to underestimate the importance of new laws but if new laws are instituted in a legal regime that exercises its own form of violence what implication does that have for reporting and for enforcing and ultimately changing the social structure of racism, misogyny, homophobia, transphobia, that lead to the production and reproduction of ungrievable lives*” *It seems to me that making one law or strengthening. An existence set of laws is a clear step forward but that cannot be the same of challenge to legal violence. (...) So power of course is not reducible to law. Which means that a politics has to be greater than a project of legal reform. Law may well be at the center of such a politics, but not because law alone give us the hope of a non violent and equalitarian future*” (BUTLER, 2016).

Ademais, há aspectos da homofobia tão verdadeiramente imbricados em nossa composição cultural, como a homofobia irracional, que não podem ser superados apenas por normas jurídicas. Nesse sentido, salienta-se a necessidade de atuação, em conjunto ao direito, de outros campos, como o da educação. Somente assim será possível uma alteração profunda na estrutura social que possibilite a inserção dos LGBTIs de forma plena, permitindo-os paridade participativa.

Por fim, frisa-se a necessidade de que o remédio buscado se aproxime de políticas *queer*, com o intuito de eliminar as diferenciações que sustentam nossa estrutura de opressão atual. E, ainda, que possua a cautela de não estabelecer novas formas hegemônicas de se pensarem as sexualidades e as identidades de gênero, ocasionando uma norma forma de exercício do preconceito.

## Referências

BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. In: SEFFNER, Fernando; CAETANO, Marcio. **Cenas latino-americanas da diversidade sexual e de gênero: práticas, pedagogias e políticas públicas**. Rio Grande: Editora da FURG, 2015, p. 53-71.

\_\_\_\_\_. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2015.

\_\_\_\_\_. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

BUTLER, Judith. Merely Cultural. In: OLSON, Kevin.

**Adding Insult to Injury:** Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008, p. 42-56.

\_\_\_\_\_. Rethinking Vulnerability and Resistance. In: **I Seminário Queer**. São Paulo: SESC, 2016a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IkLS0x-Mo-ZM>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

**Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas.** Washington: OEA, 2015.

CORRALES, Javier. Understanding the uneven spread of

LGBT rights in Latin America and the Caribbean, 1999-2013. **Journal of Research in Gender Studies**, New York, v. 7, n. 1, p. 52-82, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade 1:** a vontade de saber. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: a response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.

\_\_\_\_\_. Rethinking Recognition. **New Left Review**, London, v. 3, p. 107-120, maio-jun 2000.

\_\_\_\_\_. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution**

**or recognition?:** a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003, p. 07-109.

\_\_\_\_\_. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury:** Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008, p. 11-41.

\_\_\_\_\_. Against Pollyanna-ism: a reply to Iris Young. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury:** Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008a, p. 107-111.

\_\_\_\_\_. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009.

\_\_\_\_\_. **Scales of Justice:** reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a, p. 167-189.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Mortes Violentas de LGBT no Brasil:** Relatório 2017. Salvador: GGB, 2017. Disponível em: < <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA). **State-Sponsored Homophobia** – a world survey of sexual orientation laws: cri-

minalisation, protection and recognition. Geneva: ILGA, 2017.

SALIH, Sarah. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SPARGO, Tamsin. **Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

# Pessoas transgênero e a divisão sexual do trabalho sob a perspectiva da diversidade sexual: um caminho ou uma exclusão?

*Sandra Maria Besso e Gabriel Schütz*

## Introdução

O presente estudo pretende discutir as reflexões teóricas do mundo do trabalho das pessoas transgênero, mais especificamente o que lhes cabe no tocante à divisão sexual do trabalho, sob a perspectiva da diversidade sexual.

Diversidade sexual contempla as distintas identidades de gênero que vem sendo construídas no território nacional desde o final da década de 1970 e, conseqüentemente possibilitam que seja notória a pluralidade que existe no que tange à sexualidade humana. Observa-se que a sigla LGBTI propicia a representatividade das distintas identidades. Ape-

sar dessa representação, aonde se faz presente a divisão sexual do trabalho no tocante às pessoas transgênero?

Nossa hipótese é que elas são marginalizadas e não mencionadas nessa divisão que diz respeito ao trabalho, ou seja, não estão inseridas de maneira igualitária, o que não implica nos mesmos salários, condições de ascensão em seus empregos, além do reconhecimento de suas práticas laborais. A divisão sexual do trabalho se baseia no binarismo de gênero, onde se admite apenas a dicotomia homem-mulher, baseada no sexo e não na identidade de gênero.

Divisão sexual do trabalho abrange duas interpretações, sendo a primeira, sociográfica, na qual homens e mulheres dividem de forma desigual o trabalho doméstico, bem como de que forma é distribuída a diferença entre os dois sexos nas profissões, no mundo laboral, e de que maneira ocorre no tempo e no espaço esta distribuição. A segunda, por sua vez, constata que as desigualdades são mantidas e geram hierarquias entre os sexos.

## 1. Metodologia

Para a elaboração do artigo, seguiram-se dois percursos metodológicos paralelos: (1) sistematização do referencial teórico-conceitual a partir de uma bibliografia específica selecionada, incluindo autores como: Gustavo Binembomjm, Roseni Pinheiro, Hanna Arendt, Berenice Bento, Helena Hirata, Danièle Kergoat, Joan Scott e Karen Giffin; e (2) levantamento bibliográfico utilizando o descritor “Pessoas transgênero”, do DeCS – Descritores em Ciências da Saúde, acoplado à Biblioteca Virtual em Saúde (vinculada à BIREME – Biblioteca Regional de Medicina, à OPAS – Organização Pan Americana de Saúde, e OMS – Organização Mundial de Saúde); e as palavras-chave “Divisão Sexual do Trabalho”, bem como o operador booleano “AND”, para a interseção entre os assuntos.

O resultado foi a recuperação de documentos que, após a análise dos mesmos, foram elencados e classificados para que dessem subsídio à argumentação e ao aporte teórico.

## 2. Resultados e discussão

### 2.1 A diversidade sexual

A diversidade sexual abrange as distintas maneiras de se expressar afetivamente a sexualidade proveniente da construção de processos biológicos sociais e culturais (GRAUPE & LINS, 2018, p. 143).

Sujeitos são portadores de experiências que se traduzem na diversidade sexual, que os possibilitam vivenciarem distintos modos de viver prazeres, desejos e relações. (FERRARI & CASTRO, 2014, p. 15).

A diversidade sexual se consolida por intermédio de grupos que se mobilizam e, por conseguinte, através desses movimentos sociais são conquistadas as distintas identidades que se apresentam. Ressalta-se que, segundo o Instituto da Mulher Negra (2017), a Comissão dos Direitos Humanos de Nova York mencionou trinta e uma nomenclaturas de gênero que devem ser utilizadas nas esferas profissionais e oficiais.

Araújo (2016, p.260) nos ensina que: “[...] Os grupos sociais enquadrados nas diferentes formas de expressão do gênero e da sexualidade vêm, historicamente, lutando pelo reconhecimento de sua condição [...]”.

Além do reconhecimento, a possibilidade da expressão da identificação do gênero de maneira livre diz respeito à autonomia do ser humano e, conseqüentemente, a dignidade humana, bem como ao autoconhecimento (ARAÚJO, 2016, p. 263).

Para Binembojm (2008, p. 49-50) que: “A centralidade moral da dignidade do homem, no plano dos valores, corres-

ponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo”.

A dignidade humana se consubstancia em princípio geral ou fundamental, que possibilita que os direitos possam florescer. No Brasil, a palavra dignidade, cuja raiz vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância, está inserida em nos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988:

–art. 1º, III - estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a “dignidade da pessoa humana”

–art. 226, parágrafo 7º - planejamento familiar é livre decisão do casal fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

–art. 227 – cabe a família, à sociedade e ao Estado assegurar a dignidade da criança, ao adolescente e ao jovem.

–art. 230- a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar.

Presume-se, para que haja dignidade, a não discriminação, para todo e qualquer cidadão em nosso país – abrangendo, neste elenco, as pessoas transgênero, bem como a possibilidade do exercício da cidadania, o que implica na efetivação dos direitos propostos no ordenamento jurídico.

No tocante à população LGBTI, a cidadania vem sendo obtida por intermédio de conquistas que são oriundas de lutas de movimentos sociais que objetivam que se façam valer direitos. Nesse sentido, Pinheiro et al (2005, p.20) nos ensinam que: “[...] demanda e direito configuram-se como práticas sociais com correspondências em diferentes planos políticos e institucionais, como exercício democrático e legítimo de afirmação da cidadania, [...]”.

Para fins do presente estudo será utilizado o entendimento de Dallari (1998, p. 14) implicando em: “[...] Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social

e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”.

A cidadania, portanto, que induz a uma posição de inferioridade dentro de um grupo social, margeia o mundo do trabalho das pessoas transgênero e, por isso, o presente estudo pretende apresentar uma análise da divisão sexual do trabalho dessas pessoas, sob a ótica da diversidade sexual. Mais especificamente, sobre a maneira como esta perspectiva vem sendo abordada no mundo acadêmico e na sociedade como um todo, tendo em vista que ainda se faz presente a discriminação contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais e Intersexuais (LGBTI), contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana e invisibilizando as pessoas transgênero, objeto do presente trabalho, na divisão sexual do trabalho, que só admite o binarismo – homem e mulher, sem aderir à outras formas de identidade sexual.

### 3. Trabalho: divisão sexual do trabalho-permeada pela discriminação do coletivo transgênero? Ou nem mesmo abordada para esse coletivo?

Segundo WHO (2015), no tocante às pessoas transgênero, “[...] a exclusão impede o seu acesso às necessidades, tais como: cuidados de saúde de boa adequados e de boa qualidade, bem-estar social, habitação, educação e emprego”.

A discriminação no trabalho no caso de pessoas transgênero implica em se ir além do binômio homem-mulher. Desta forma, pergunta-se se de alguma maneira o coletivo transgênero é contemplado pela divisão sexual do trabalho, que se baseia no binômio homem-mulher no que diz respeito à divisão de trabalhos para os distintos gêneros: masculino e feminino. Indaga-se, portanto, qual é a divisão do trabalho

para os transexuais, travestis e drag queens e kings, ou se nesta abordagem, as pessoas transgênero vêm ou não vêm sendo mencionadas em sua prática laboral?

Na prática laboral, o trabalho masculino, em tese, pressupõe características que devem ser suportadas, elaboradas e efetivadas pelos homens e, contrariamente, o trabalho feminino, pelas mulheres.

Nesta concepção, os trabalhos masculinos distinguem-se dos femininos, sendo que aos homens se permite a esfera produtiva e, às mulheres, a esfera reprodutiva. Por outro lado, tradicionalmente, os homens são transformadores – na clássica concepção do trabalho como transformação da natureza, seja com a força física, seja através da violência; entretanto, as mulheres, são cuidadoras. O aspecto feminino do cuidado tem sido amplamente abordado em estudos de gênero relacionados aos processos de trabalho em saúde. Também, outras dialéticas são apontadas na literatura, conforme ensinamentos de Louro (1997, p.32) ao explicitar que: “[...] essa eterna oposição binária usualmente nos faz equiparar, pela mesma lógica, outros pares de conceitos, como “produção-reprodução”, “público-privado”, “razão-sentimento”, etc.[...]”

Parte-se da premissa que existe uma relação entre homens e mulheres baseada em uma disputa de poder, bem como a dominação de um sexo sobre o outro, mais especificamente, poder de dominação do homem sobre a mulher.

Tal “relação de poder, de dominação” que permeia a divisão sexual do trabalho se contextualiza por intermédio de seu caráter histórico e geopolítico. O caráter histórico e geopolítico da divisão sexual do trabalho deve ser compreendido como aquele no qual cada sociedade o percebe de uma maneira, sendo que sua base material, o trabalho, há de se expressar por meio da divisão social do trabalho entre os sexos, ou seja, na divisão sexual do trabalho. (KERGOAT, 2009, p.71).

Assim, no decorrer da história, se baseia na noção de hierarquia. Ressalta-se que esta hierarquia se reflete nas opções do trabalho propriamente dito, o que vale dizer, na possibilidade de remunerações oriundas do trabalho exercido por homens ou por mulheres, sendo que, nem sempre são da mesma maneira remunerados.

#### 4. A divisão sexual do trabalho.

Para Arendt (2009, p. 15), “o trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último”.

Trabalho, portanto, diz respeito à existência do homem, da sua possibilidade de se integrar ao meio que o circunda, uma vez que através dele existe a possibilidade de inserção na sociedade, que pode se efetivar por intermédio da realização, do prazer, ou, ao contrário, da insatisfação, da não realização, ou, até mesmo, da exploração.

Corroborando este pensamento Lancman (2004, p.29), ao afirmar que: “O trabalho é mais do o ato de trabalhar ou de vender sua força de trabalho em busca de remuneração. Há também uma remuneração social do trabalho [...]”.

O trabalho possui conotações distintas na percepção da divisão sexual do trabalho, cujo conceito foi elaborado na década de 70, na França e pode ser elaborado por homens e mulheres, de acordo com o princípio da separação, sendo que também é regido pelo princípio hierárquico, segundo o qual o trabalho do homem tem mais valor do que o da mulher.

Novas configurações da divisão sexual do trabalho surgiram advindas da precarização e da flexibilização do emprego, sendo que, em países do norte europeu, mulheres que ingressaram no mundo do trabalho passaram a empre-

gar mulheres com situação precária, como imigrantes, por exemplo, fato que propiciou a criação de relações de classe (HIRATA & KERGOAT, 2007, p. 600-602).

A divisão sexual do trabalho pode ocorrer tanto na esfera doméstica quanto na esfera fora do lar, sendo que “o produto do sistema ocidental é uma divisão nítida entre masculino e feminino[...]” (SCOTT, 1989, p. 14).

No entendimento de Kergoat (2009, p.67), divisão sexual do trabalho é: “[...] a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo[...]”.

Relações sociais de sexo advém da tensão entre grupos com interesses que se contrapõem, tratando-se de uma “relação de poder, de dominação” (KERGOAT, 2009, p. 71).

Além da tensão proveniente desta relação de poder, há outras formas de manifestação de poder, como, por exemplo, a diferença de rendimento do trabalho masculino e o trabalho feminino.

Apesar das mulheres terem obtido cargos que não se cogitava que teriam acesso, sua remuneração nem sempre é semelhante à recebida pelos homens, mesmo que desempenhem trabalho similar.

Neste sentido, Leone & Baltar (2006, p.38) nos ensinam que “[...] diferenças de rendimento entre homens e mulheres são um dos aspectos da enorme heterogeneidade de rendimentos que afeta a totalidade da população ocupada”.

Porém, faz-se necessário um novo olhar sobre esta divisão binária rígida imposta pelos padrões vigentes e, desta forma, indaga-se de que maneira se compreende a divisão sexual do trabalho que diz respeito às pessoas transgênero.

## 5. A divisão sexual do trabalho e as pessoas transgênero.

As pessoas transgênero fazem parte das “minorias sexuais e de gênero” e são compelidas a serem inseridos em uma sociedade na qual a dominação que permeia as relações se constrói em bases e padrões heteronormativos, implicando, na prática, na exclusão dos que não se submetem ao modelo preestabelecido.

Segundo Fernandes (2015, p. 17), o conceito de transgeneridade diz respeito aos “demais fenômenos de pessoas que não se identificam com a identidade biológica de gênero a elas atribuídas em seu momento de nascimento”

A questão que se coloca, portanto é: as pessoas transgênero, consideradas pertencentes à distintas identidades de gênero são abrangidas pela divisão sexual de trabalho, ou a mesma se reduz ao binômio homem-mulher, no sentido de homens aptos para produção e mulheres para reprodução?

Afinal, a mulher transgênero, que se identifica como tal, atende aos requisitos básicos para esta concepção de divisão sexual?

Em suma, “precisamos rejeitar o caráter fixo e permanente da oposição binária, precisamos de uma historização e de uma desconstrução autêntica dos termos da diferença sexual” (SCOTT, 1989, p. 18).

Fugindo aos padrões heteronormativos vigentes, na contramão deste caráter fixo, imposto e impregnado na sociedade, as pessoas transgênero aonde estarão situadas?

Visto que os padrões estabelecidos não se reduzem ao binômio homem-mulher, indaga-se: Afinal, de que mulher e de que homem se fala? Homens trans e mulheres trans podem ser considerados integrantes da divisão sexual do trabalho, ou esta apenas engloba o binômio homem-mulher legitimado pela ideologia naturalista que apenas compreende o gênero combinado ao sexo biológico?

Entende Lima (2015, p.136) que: “[...] os modos de vidas transexuais, são tomados por atravessamentos onde os corpos

constituem formas de ser e estar em e nos mundos. [...]”, implicando em uma possibilidade de “[...] transposições do imperativo heteronormativo [...]”. Desta forma, como podem ser compreendidas as transposições de gênero?

Neste sentido, nos ensina Bento (2008, p. 16) que: “a transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo”.

Para Scott (1989, p. 21), gênero “[...]é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder [...]”.

Segundo Giffin (1995, p.30), gênero pode ser conceituado como a “rejeição do *destino biológico* anunciado no discurso sociocientífico dominante[...]”.

Tal discurso sociocientífico dominante faz com que seja perpetuada a concepção dos corpos se encaixarem nas opções: homem ou mulher, como se os corpos não pudessem transitar pelos dois gêneros, em momentos distintos, ou, se reconhecerem como gostariam de ser reconhecidos, para além de padrões, terminologias ou imposições sociais.

No entendimento de Connel (2005, p.6), “El género es una forma de ordenamiento de la práctica social”. Que prática social se percebe?

As relações de gênero, por sua vez, também são “construídas historicamente”, observando-se as relações sociais “[...]considerando o processo dinâmico dos indivíduos se relacionarem entre si. [...]” (SANTOS, 2010, p. 12).

Assim, apesar da importância da compreensão não apenas do caráter histórico, bem como do geográfico, mas, da forma oriunda desta construção da divisão sexual do trabalho, que se opõe à ideologia naturalista que contempla o gênero ao sexo biológico e impõe “papéis sociais”, estes papéis sociais são desconstituídos de maneira imperceptível, mesmo

tendo-se em vista as novas concepções de gênero, que, de forma contra hegemônica, se contrapõem aos padrões heteronormativos estabelecidos.

Logo, ainda possuem parca visibilidade e aplicabilidade no que diz respeito ao mundo do trabalho, uma vez que as poucas políticas públicas que incentivem as pessoas transgênero a serem inseridas nesta seara vem sendo pensada pelos movimentos sociais, que incessantemente buscam se fortalecer. Porém, encontram obstáculos para que a promoção das mesmas ocorra de maneira eficaz.

Talvez pelo fato do próprio mundo do trabalho não admitir outra forma na qual o trabalho seja compreendido “como produção assexuada”, as questões relativas ao gênero e, mais precisamente, às identidades de gênero distintas, ainda estejam sendo percebidas de forma incipiente no bojo de seu entendimento (NEVES et al, 2011, p. 495).

Mas, mesmo diante do quadro adverso que se apresenta, lentamente, gênero passa a ser entendido como uma possibilidade de ir-se além do binômio homem-mulher, sendo que, segundo Fernandes (2015, p. 17): “[...] Nos debates atuais de gênero, os elementos binários de classificação - masculino e feminino - tornaram-se questionáveis, dadas as múltiplas possibilidades de identificação de gênero[...]”.

Este questionamento, contudo, no que diz respeito à divisão sexual do trabalho, no mundo do trabalho, após a leitura de “anúncios de emprego” ainda pouco se faz presente, uma vez que a “estrutura segmentada pelo gênero é definida pela dicotomia convencional homem/mulher” (ADELMAN et al, 2003, p. 83).

## Considerações finais

A temática que envolve a divisão sexual do trabalho, cujo conceito foi implementado na década de 70, na França, e

teve como escopo uma maneira de vislumbrar o trabalho por intermédio do caráter histórico e geográfico, bem como de que forma ele era dividido na sociedade, é norteada por dois princípios basilares: separação e hierarquia, que abrangem o binômio homem-mulher de forma que o trabalho do homem é distinto do da mulher, bem como mais valioso, legitimando a dominação e o poder do homem sobre a mulher.

O poder e a dominação do homem sobre a mulher existem desde longa data e vem sendo perpetuados, sendo que, pelo fato da mulher ter necessitado ingressar no mundo do trabalho, houve alteração desse paradigma e, desta maneira, observa-se que os homens muitas vezes não sabem como lidar com a mulher que se apresenta sob uma nova maneira de pensar e de agir, que trabalha e se torna independente, sendo, muitas vezes, quem sustenta a família.

No tocante às pessoas transgênero, muitas vezes também necessitam sustentar suas famílias, mas, apesar de um novo olhar sobre as questões de gênero, constata-se que no tocante à divisão sexual sob a perspectiva da diversidade sexual ainda há um caminho longo a ser percorrido, uma vez que, por conta da discriminação que sofrem, não são inseridas de forma igualitária e justa no mundo do trabalho, tendo-se em vista que na concepção de divisão sexual de trabalho, homens continuam aptos para produção, e mulheres para reprodução, em desacordo com a aceção plena da dignidade da pessoa humana, princípio norteador do direito brasileiro.

## Referências bibliográficas

- ADELMAN, Miriam; AJAIME, Emmanoelle; LOPES, Sabrina Bandeira; SAVRASOFF, Tatiana. Travestis e transexuais e outros: identidade e experiência de vida. In: **Gênero**, v. 4, n-1, Niterói, 2003.

ARAÚJO, Jailton Macena de. “*PÓS-GÊNERO E DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS BIOÉTICOS DO PROCESSO DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL EM ADOLESCENTES TRANSEXUAIS*” In: **Pe-riódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas -** Universidade Federal da Paraíba, V. 5 - Nº 01, 2016.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BENTO, Berenice. **O que é a transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CONNEL, Robert W. *The Social Organization of Masculinity*. University of California Press, Berkeley, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERNANDES, Eder. “*Violência e ressentimento: um ensaio sobre as raízes da transfobia*”. In: **Protagonismo trans\*: política, direito e saúde na perspectiva da integralidade**. Adriana Ribeiro Geisler (Org.). – Niterói: Alternativa, 2015.

GIFFIN, Karen. Estudos de Gênero e Saúde Coletiva: teoria e prática. *Saúde em Debate*, 46, 1995.

FERRARI, Anderson; CASTO, Roney Polato de. Pensando a diversidade sexual nas escolas. IN: *Revista Di-*

versidade e Educação [recurso eletrônico] / Grupo de Pesquisa Sexualidade e Escola do Instituto de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Rio Grande. v.2, n.4 (Jul./Dez. 2014). Rio Grande, 2014. Disponível em: <http://www.revistadiversidadeeducacao.furg.br/index.php/ct-menuitem-1.html>. >. Acesso em: 22 maio 2018.

GRAUPE, Mareli Eliane; LINS, Cleci Terezinha Lima de. Gênero e diversidade sexual: homofobia no contexto escolar. **Educação (UFSM)**, Santa Maria, p. 141-156, mar. 2018. ISSN 1984-6444. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/27530>>. Acesso em: 25 maio 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1984644427530>.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle : **Novas configurações Da Divisão Sexual do Trabalho**. Genre, travail, Mobilités, Centre National de la Recherche Scientifique. Cadernos de pesquisa. V.37., 2007.

INSTITUTO DA MULHER NEGRA (GELEDÉS). **Nova York passa a reconhecer 31 gêneros diferentes. Brasil**. 2017. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/nova-york-passa-reconhecer-31-generos-diferentes/> >. Acesso em: 15 mai 2018.

KERGOAT, Danièle. “*As Relações Sociais de Sexo*”. In: **Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo** (trad. Miriam Nobre). In: Hirata, H.; Laborie, F.; Le Doaré, H. & Senotier, D. (orgs). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

LANCMAN, Selma. “*O mundo do trabalho e a psicodinâmica do trabalho*”. In: LANCMAN, Selma; SZNELWAR,

Laerte (Org). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz. Brasília: Paralelo15, 2004.

LEONE, Eugênia Troncoso & BALTAR, Paulo Baltar. Mercado de trabalho metropolitano: gênero e diferenças de rendimento, 1992-2002. In: **Gênero.** Niterói: EdUFF. v. 6, n. 2 – v. 7, n. 1, 2. sem. 2006. <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/345/256>>. Acesso em: 18 de mai de 2018.

LIMA, Fátima. “*Atravessamentos de gênero: notas provisórias para pensar os diferentes protagonismos trans.*” In: **Protagonismo trans\*: política, direito e saúde na perspectiva da integralidade.** Adriana Ribeiro Geisler (Org.). – Niterói: Alternativa, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, Sexualidade e Educação.** Petrópolis. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997.

NEVES, Mary Yale, BRITO, Jussara, ARAÚJO, Anísio José da Silva e SILVA, Edil Ferreira. “Relações Sociais de Gênero e Divisão Sexual do Trabalho: uma convocação teórico-analítica para estudos sobre a saúde das trabalhadoras da educação.” In: **Saúde do Trabalhador na Sociedade Brasileira Contemporânea.** Organizado por Carlos Minayo Gomez, Jorge Mesquita Huet Machado e Paulo Gilvane Lopes Pena. – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

PINHEIRO, Roseni et al. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de. (Org.) **Construção social da demanda: direito à**

saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos. Rio de Janeiro: Cepesc, 2005.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes, OLIVEIRA, Leidiane. **Igualdade nas Relações de Gênero na Sociedade do Capital: limites, contradições e avanços.** *Rev. Katálysis Florianópolis*, v. 13, n.1, jan/jun. 2010.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. New York. Columbia Press, 1989.

WORLD HEALTH ORGANIZATION - WHO. **Sexual health, human rights and the law.** Geneva, 2015.



1ª EDIÇÃO *Setembro de 2018*  
FORMATO *14x21cm*  
MIOLO *Papel Offset 75 g/m<sup>2</sup>*  
CAPA *Papel Supremo 250 g/m<sup>2</sup>*  
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*  
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*