

**DIREITO: PASSADO, PRESENTE E
FUTURO**

(VOL.2)

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
DANIELLE FERREIRA MEDEIRO DA SILVA DE ARAÚJO,
SANDRA VIDAL NOGUEIRA, SAMARA TAIANA DE LIMA SILVA E
WALKYRIA CHAGAS DA SILVA SANTOS

DIREITO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

(VOL.2)



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e Walkyria Chagas da Silva Santos (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL: Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO: Felipe Asensi
REVISÃO: Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA: Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO: Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito: passado, presente e futuro/ Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e Walkyria Chagas da Silva Santos (organizadoras). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 2; 528 p.

ISBN 978-65-87489-27-8

1. Direito. 2. Epistemologia jurídica. 3. Ciência Política. I. Araújo, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de (org.). II. Nogueira, Sandra Vidal (org.). III. Silva, Samara Taiana de Lima (org.). IV. Santos, Walkyria Chagas da Silva (org.).

CDD 340.1

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS – TEMAS CONTEMPORÂNEOS.....	15
O COMPLIANCE COMO INSTITUTO ALÉM DO DIREITO.....	17
<i>Luma Costa Minotto Pereira</i>	
SENTIDOS INVERSOS DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: DO DESAPEGO A HUMILHAÇÃO.....	30
<i>Renata Caroline Pereira Reis</i> <i>Maynara Costa de Oliveira Silva</i>	
O PAPEL DO PROFESSOR NO ENSINO JURÍDICO: ASPECTOS RELEVANTES NO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM	42
<i>Katia Regina Monteiro</i>	
O TCU E AS “PEDALADAS FISCAIS” COMO CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL: UMA MITIGAÇÃO DO SENSO DE JUSTIÇA NO IMPEACHMENT DE DILMA.....	58
<i>José Carlos Melo Miranda de Oliveira</i> <i>Glauber Lacerda Santos</i> <i>Maria da Conceição Fonseca-Silva</i> <i>Luís Cláudio Aguiar Gonçalves</i>	
A GESTÃO DO PRESIDENTE JAIR BOLSONARO FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19 SOB O ENFOQUE DO UTILITARISMO.....	73
<i>Simone Alvarez Lima</i>	

CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS MOTIVADAS PELA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE À LUZ DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	87
<i>Mariana dos Reis Caminha</i>	
DIREITO E TOTALITARISMO: EXPRESSÕES DA PÓS-VERDADE NAS OBRAS A REVOLUÇÃO DOS BICHOS E 1984 DE GEORGE ORWELL.....	107
<i>José Bruno Aparecido da Silva</i>	
<i>Laura Soares da Silva Bruno</i>	
<i>Renata Silva Gomes</i>	
OS PRINCIPAIS EFEITOS NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS ADVINDOS DO FENÔMENO DA MULTIPARENTALIDADE E DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA.....	121
<i>Djanne Lopes Rego Reis</i>	
<i>Renato Madeira Reis</i>	
OS DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE.....	137
<i>Fabrizio Bon Vecchio</i>	
<i>Fernanda Ulysséa Pereira</i>	
COMPLIANCE TRIBUTÁRIO: A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES POR CRIMES FISCAIS.....	154
<i>Fabrizio Bon Vecchio</i>	
<i>Débora Manke Vieira</i>	
AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO INDIGENOUS FORMAL EDUCATION: PUBLIC POLICIES FOR RECOGNITION AND CULTURAL VALUATION.....	167
<i>Daniela Alves da Silveira Moura</i>	
<i>Matheus de Oliveira Guimarães</i>	
POLITICAL DISCOURSES AND PEDAGOGICAL REALITY: A HISTORICAL OVERVIEW OF THE RIGHT TO INDIGENOUS EDUCATION.....	178
<i>Daniela Alves da Silveira Moura</i>	
<i>Matheus de Oliveira Guimarães</i>	

ANÁLISE DO IMPACTO INICIAL DAS MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE ISOLAMENTO EM DECORRÊNCIA DO NOVO CORONAVÍRUS, COVID 19, NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE EDUCAÇÃO ESCOLAR REALIZADO NA EDUCAÇÃO BÁSICA POR ESCOLAS PRIVADAS DO SISTEMA DE ENSINO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....199

Carlos Alberto Lima de Almeida

Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida

PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS: DAS NECESSIDADES AO RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DE DIREITOS.....214

Marconi do Ó Catão

O DEPOIMENTO DE DILMA ROUSSEFF NA SESSÃO DE IMPEACHMENT DO SENADO: PROCESSOS DE SUBJETIVAÇÃO EM POSIÇÕES SUJEITO...232

Glauber Lacerda Santos

Maria da Conceição Fonseca-Silva

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: UM ESTUDO SOBRE A ELEVÇÃO ARBITRÁRIA NO PREÇO DE PRODUTOS PARA PROTEÇÃO, HIGIENE E ASSEPSIA.....248

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

ARTIGOS – TEORIAS E PESQUISAS EMPÍRICAS.....267

O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO EMPÍRICO DO *AMICUS CURIAE*, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS.....269

Gabriella Viezzer Molina

A TEORIA DA DERROTABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....283

Beatriz Peixoto Nóbrega

SUJEITOS DE DIREITO? A VOZ DAS CRIANÇAS (NÃO) RECONHECIDA PELO JUDICIÁRIO.....301

Danilo Sardinha Marcolino

João Víctor Moreira Gonçalves

DO MANGUIÁ À CORRERIA: NOTAS ETNOGRÁFICAS ACERCA DAS
IMPLICAÇÕES SOCIAIS ENVOLVENDO OS CONSUMIDORES DE
CRACK E ÁLCOOL EM SITUAÇÃO DE RUA EM TRÊS RIOS/RJ.....319

Jaider dos Santos Costa

UMA ANÁLISE DA DIFERENÇA ENTRE AS CRENÇAS DE HOMENS E
MULHERES SOBRE O CASAMENTO.....333

Sílvia Maria Zalona Vieira

Cristiane Moreira da Silva

Angélica Scharder Dimitriou

Mayara da Rocha Lima

APRENDENDO DIREITO: O USO DAS METODOLOGIAS ATIVAS COMO
INSTRUMENTO POTENCIALIZADOR AO ENSINO SUPERIOR JURIDICO.....351

Sabrina Aguiar Rocha Fontes

Suellem de Oliveira Soares

A REALIDADE PÓS-MODERNA E A ENTELÉQUIA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA FILOSOFIA DE TOMÁS DE AQUINO.....366

Érika Rigotti Furtado

REFLEXÕES ACERCA DA REGULAÇÃO PARA INOVAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....378

Thaméya Lourenço Barbosa Silva

Marcos Fernandes-Sobrinho

DE LA PANDEMIA Y OTROS DEMÓNIOS: APRENDIZAJES DE LO
INDIVIDUAL PARA CONTEXTOS SOLIDARIOS EN AMÉRICA LATINA.....391

Édgar Hernán Fuentes-Contreras

ARTIGOS – HISTÓRIA DO DIREITO E DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS.....401

BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS E A IMPORTÂNCIA DO
REGRESSO CONSERVADOR PARA A MANUTENÇÃO DA MONARQUIA
UNITÁRIA E INTEGRIDADE NACIONAL403

Lívia Chaves Leite

A MONARQUIA CONSTITUCIONAL: OS PRINCÍPIOS POLÍTICOS
DA LIBERDADE E DA JUSTIÇA E O PODER NEUTRO DE BENJAMIN
CONSTANT420

Rodrigo Alexandre Vilela Teodoro

VITIMOLOGIA UMA ABORDAGEM HISTORIOGRÁFICA.....	437
<i>Euller Xavier Cordeiro Soares</i>	
OS EFEITOS CIVIS DOS CASAMENTOS ACATÓLICOS NO IMPÉRIO BRASILEIRO.....	454
<i>Daniel Machado Gomes</i>	
<i>Raphaela Abud Neves</i>	
<i>Tiago da Silva Cicilio</i>	
O FIM DA CENSURA PRÉVIA NO IMPÉRIO PORTUGUÊS E A LIBERDADE DE IMPRENSA NO BRASIL.....	467
<i>Daniel Machado Gomes</i>	
<i>Tiago da Silva Cicilio</i>	
<i>Raphaela Abud Neves</i>	
RESUMOS.....	481
VIRTUALIZAÇÃO DOS DISCURSOS POLÍTICOS: DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO.....	483
<i>Carolline Leal Ribas</i>	
A AÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE LÓGICA SISTÊMICA. UM ESTUDO SOBRE O PROPÓSITO FUNDANTE DO DIREITO.....	489
<i>Felipe Cesar José Matos Rebêlo</i>	
UMA ANÁLISE DAS ABORDAGENS POLICIAIS DO SÉCULO XXI À LUZ DA TEORIA DO CRIMINOSO NATO.....	495
<i>Milena Schmidt Mayer</i>	
CRIMES NO DIREITO DIGITAL E OS DESAFIOS QUANTO ÀS LEGISLAÇÕES	499
<i>Nicole Fontes Pinheiro de Lima</i>	
O CONFLITO NA RELAÇÃO HUMANA EM DECORRÊNCIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL	505
<i>Natália Rondini Spoladore</i>	
<i>Sanny Bruna Oliveira Fernandes</i>	

INDÍGENAS BRASILEIROS: INVISIBILIDADE, ESTIGMATIZAÇÃO E OMISSÃO DE DIREITOS.....	511
<i>Gabriella Barbosa Pereira Ribeiro</i>	
<i>Hilza Maria Feitosa Paixão</i>	
<i>Marília Torres Martins</i>	
<i>Sebastião Fonseca Silva Júnior</i>	
BREVE HISTÓRICO DAS CORRENTES JURÍDICAS DO DIREITO.....	515
<i>João Vítor Coêlho Braga</i>	
RAÇA, COLONIALIDADE E ACAUTELAMENTO DOS ESPAÇOS RELIGIOSOS AFRO-BRASILEIROS: ANÁLISE SOBRE O TOMBAMENTO DE TERREIROS DE CANDOMBLÉ.....	519
<i>Walkyria Chagas da Silva Santos</i>	
ANÁLISE EMPÍRICA DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO TRATAMENTO DO DANO IMATERIAL PELA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO.....	523
<i>Nivea Corcino Locatelli Braga</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- 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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de peer review com double blind, o que resultou na publicação dos 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS – TEMAS CONTEMPORÂNEOS

O COMPLIANCE COMO INSTITUTO ALÉM DO DIREITO

Luma Costa Minotto Pereira

1. INTRODUÇÃO

Considerando a alta complexidade (material e política) que envolve a investigação dos crimes financeiros no Brasil, em especial os deflagrados em decorrência dos atuais escândalos políticos diuturnamente noticiados no território nacional, houve um aumento na demanda por instrumentos eficazes de combate e prevenção aos crimes de corrupção ativa e passiva, que inclusive auxiliem no ressarcimento do erário.

Nesse sentido, o presente artigo discute a relevância da adoção de programas de *compliance* por empresas atuantes no mercado nacional, do ponto de vista teórico e prático.

Embora o ordenamento jurídico pátrio apresente textos sobre o tema, inclusive com a previsão de acordos que atenuariam a responsabilização penal das empresas envolvidas nos ilícitos em voga, tem-se uma necessidade de incentivo (que poderia ser estatal) para a adoção de programas efetivos pelas empresas, pois notadamente algumas apenas os apresentam de forma figurativa.

O método adotado foi o dedutivo, levando em consideração que no raciocínio dedutivo os argumentos apresentados são primeiramente considerados como inquestionáveis e verossímeis para que, em um segundo momento, as conclusões formais sejam construídas de forma lógica a partir dos axiomas estabelecidos (MEZZAROBA; MONTEI-

RO, 2014, p. 91). A pesquisa foi realizada através da análise doutrinária e documental.

2. CONCEITUANDO O INSTITUTO

O conceito de *compliance* está intimamente ligado à prevenção para o cumprimento de todos os requisitos legais de cada atividade empresarial, não sendo necessariamente ligado ao direito ou o processo penal, contudo, em virtude a realidade nacional, acaba sendo adotado após o envolvimento de determinada pessoa jurídica em atos ilícitos.

Chamado de programa de integridade pela legislação, o *criminal compliance* é um instituto recente no Brasil, nas palavras de Giovanini (2014), deve ser difundido e utilizado para proteger a empresa e seus funcionários, buscando que adotem posturas baseadas nos valores morais, éticos e transparentes, corroborando com a legislação que versa sobre o tema.

Ainda, segundo Mendes e Carvalho (2017, p. 31):

“Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema.”

Logo, entende-se que um efetivo programa de *compliance* não visa apenas instituir setores preventivos na empresa de maneira superficial, mas que de fato provoque uma mudança cultural na empresa, com treinamentos periódicos, por exemplo, para que os funcionários sejam informados das mudanças no procedimento e incentivados a denunciar fatos que apresentem discrepância com as normativas.

Outrossim, deve-se ter em mente que a adoção do programa pode não evitar completamente a ocorrência de ilícitos, contudo, deve reduzir significativamente suas incidências. Ademais, se o fato criminoso ocorrer, o referido programa deve promover dentro da empresa a sua

investigação em âmbito interno, sendo possível a coleta de provas e a delimitação de responsabilidades por meio de auditorias. E no caso de sobrepor a competência interna, que o material coletado seja remetido às autoridades públicas, de forma a contribuir de maneira determinante para a elucidação do ocorrido.

Como bem pontuam Saad-Diniz, Adachi e Domingues (2016), um dos princípios basilares da implementação do programa é justamente mudar o protagonismo da empresa como ré para que passe a ser aliada das autoridades na elucidação dos fatos, combate e prevenção à criminalidade.

2.1. A ESTRUTURAÇÃO DO COMPLIANCE

De forma simplificada, o *compliance* é um programa de integridade que será adotado de forma interna por pessoas jurídicas, e ainda, que não deve ser confundido com áreas de características similares, a exemplo da assessoria jurídica, auditoria e controles internos da empresa.

Contudo, a relevância do *compliance* vai além do ambiente interno e as boas práticas de determinada empresa, tendo em vista que a boa governança das instituições atinge as mais diversas camadas da sociedade. Nesse sentido, em 1999 a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), objetivando a estabilidade do mercado financeiro e incentivar confiança em investidores, redigiu os princípios sobre o governo das sociedades, devendo estes estarem “em conformidade com o princípio do primado do direito e articular claramente a divisão de responsabilidades entre diferentes autoridades de supervisão, autoridades reguladoras e autoridades dedicadas à aplicação das leis”.

Importante ressaltar que contém no sexto princípios a recomendação as empresas para “igualmente criar programas e processos internos para promover o respeito pelas leis, regulamentos e normas aplicáveis”. Ainda mencionam que os programas criados pelas empresas devem sustentar a aplicação do código de ética da empresa. Ademais, chamam a atenção para o fato de que os programas de *compliance* sejam aplicados às empresas subsidiárias as que os criarem.

Ademais, pode-se notar a presença e a relevância do *compliance* no quarto princípio estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Governança

Corporativa (IBGC)¹, qual seja, a responsabilidade corporativa, isto porque, o mesmo sugere que os gestores “devem cuidar da viabilidade econômico-financeira das empresas, reduzindo as “externalidades negativas” de seus negócios e aumentando as positivas. Para tanto, deve ser considerado seu modelo de negócio, os diferentes capitais utilizados (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, entre outros), com uma visão de curto, médio e longo prazos”.

Tais recomendações deixam claro que o *compliance* está contido como parte integrante da noção de boa governança, sem que os conceitos se confundam.

Outra elucidação que se faz necessária para fins do encerramento do presente tópico, é a diferenciação entre a auditoria interna e o programa de integridade, senão vejamos.

De acordo com *The Institute of internal auditors*², a auditoria interna é uma atividade independente, de garantia e de consultoria, destinada a acrescentar valor e a melhorar as operações de uma organização. Assiste a organização na consecução dos seus objetivos, através de uma abordagem sistemática, para a avaliação e melhoria da eficácia dos processos de gestão de risco, controle e governança.

Conforme elucidada Manzi (2008, p. 61), em contraste ao *compliance*, a auditoria interna efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens para certificar-se do cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração. Enquanto o *compliance* elabora suas tarefas de maneira rotineira e continuada, por meio da sua atividade de monitoramento, de modo a checar se as normas e processos internos estão sendo respeitados pelos membros da companhia.

1 Disponível em: <<http://ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa/principios-basicos>>, acessado em março de 2020.

2 Disponível em: <<https://na.theiia.org/standards-guidance/Pages/Mission-of-Internal-Audit.aspx>>. Acessado em março de 2020.

3. A INTEGRIDADE CORPORATIVA E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A iniciativa de mudança comportamental no tocante a integridade das empresas brasileiras ou que aqui tem sede originou-se por diversos motivos, entre eles apontam-se os principais como a influência da legislação estrangeira, perda de investimentos e negócios internacionais em função do risco da ocorrência de ilícitos, dano reputacional pelos amplos ataques midiáticos e de operações policiais, fortalecimento dos órgãos investigadores no Brasil e a prisão de membros da alta cúpula diretiva de grandes empresas e políticos detentores de cargos de inquestionável relevância.

Ademais, além de evidentemente visar proteger as empresas de prejuízos financeiros, a ideia de uma atenuação de responsabilidade criminal é um dos fatores que mais chama a atenção no momento do gestor adotar ou não um programa de integridade.

Logo, passa-se a análise do texto legal e o que o mesmo traz como “vantagens” pela implementação do programa em tela.

O primeiro destaque a ser feito, é o consenso a respeito da influência de ditos programas em eventual responsabilização administrativa, explícito no art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13): “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Na mesma linha, temos o Decreto n.º 8.420/15, que expressa a atenuação a eventuais sanções impostas a pessoa física e jurídica, *vide* arts. 4º e 18 do referido texto legal, ademais, inclui o aperfeiçoamento do programa como requisito para que haja o acordo de leniência (art. 37).

Outrossim, mais importante do que o enfoque no ato ilícito após seu cometimento, tem-se que a referida normativa busca definir de forma precisa o conceito e os critérios de um programa idôneo e eficaz, *vide* arts. 41 e 42. Segundo o decreto (BRASIL, 2015):

“programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregulari-

dades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades, e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Quanto aos benefícios extralegais trazidos pela devida implementação do programa, nota-se a prevenção à ocorrência de danos (reputacionais, financeiros ou processuais), expansão de imagem positiva perante consumidores e investidores estrangeiros, ponto que deve ser levado em conta de forma especial pelos empresários, tendo em vista que o Brasil é, sem dúvida, um país que apresenta expressivo risco, sob o ponto de vista da criminalidade econômica a estes.

Uma vez delimitados os conceitos de *compliance* e suas características, passa-se a sua formulação e aplicação no ambiente empresarial, em especial aos voltados para o combate à corrupção.

4. O VERDADEIRO PROGRAMA DE COMPLIANCE COMBATIVO

Para Bacigalupo (2011), o conteúdo mínimo de um programa de criminal *compliance* deve conter exclusão de conflito de interesses, combate à corrupção e fraudes, proteção ao direito concorrencial, observância aos direitos humanos, confidencialidade e proteção de dados, correção da contabilidade e aspectos tributários, trato de informações sensíveis e sua confidencialidade, observância às normas de proteção ao meio ambiente e saúde e regulamentação as denúncias internas de irregularidades (*whistleblowing*). Outrossim, as matérias irão variar conforme a atividade empresarial e o porte da empresa.

Contudo, voltando o enfoque para o combate à corrupção, os aspectos especiais que devem ser considerados coincidem com o disposto no Decreto n.º 8.420/2015, quais sejam, os elementos estruturais dos programas (capítulo IV do referido ordenamento), à medida que previu os parâmetros fundamentais consagrados na doutrina e nas legislações estrangeiras.

Bom, o primeiro consiste no real comprometimento da alta direção com o programa desenvolvido e a necessidade de sua aplicação a todos os membros (art. 42, I, II, III e XIII do decreto em análise).

A existência de tal compromisso é fundamental para que se estabeleça um ambiente com uma cultura organizacional de integridade. Bem como a aplicação a todos, inclusive a terceiros, como expressamente destaca o normativo, revela-se imprescindível, especialmente do ponto de vista do combate à corrupção, quando houver intermediação do relacionamento com a Administração Pública.

Quanto à implementação das normas a terceiros, a Controladoria Geral da União recomenda a inserção de determinadas cláusulas no contrato de prestação de serviços, a exemplo de previsão de rescisão contratual caso a contratada pratique atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira ou pagamento de indenização em caso de responsabilização da empresa contratante por ato do contratado (BRASIL, p. 18).

Em segundo plano, tem-se a necessária criação de uma instância interna responsável pelo *compliance* daquela pessoa jurídica (art. 42, IX da normativa em voga), que deve ter “independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;”.

Conclui-se que as características imprescindíveis para o são independência, com autonomia para a tomada de decisões e reporte direto ao mais alto nível da empresa (caso seja necessário, principalmente diante do possível envolvimento de membros da alta diretoria em irregularidades), estrutura, com a alocação dos recursos necessários para desenvolver e aplicar o programa (financeiros, materiais e humanos), bem com autoridade, para que possa efetivamente exercer suas atribuições.

Ademais, outro tópico necessário para o correto desenvolvimento do programa é a análise de riscos de acordo com o perfil da companhia (art. 42, V), “análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade”. Destaca-se que os dados que indicam os riscos podem ser flutuantes, logo, o cenário deve ser periodicamente analisado, de modo a corrigir e adaptar o quanto for necessário, no menor tempo possível.

Sobre o *compliance* como forma de combate a corrupção, Cadena (2016, p. 337-338) afirma que o risco se dará especialmente nas empresas que se dediquem a contratação com o setor público ou que

tenham por objeto qualquer tipo relação com a Administração Pública, indicando principalmente: empresas do ramo da construção, consultores e empresas que participam de licitações.

Nessa senda, o decreto regulamentar da Lei Anticorrupção indica como exemplos de atividades que correm maior risco de cometerem atos ilícitos corruptivos, além dos supracitados, a elaboração de registros e controles contábeis, participação em licitações, obtenção de licenças, autorizações e permissões, contato com agente público ao submeter-se a fiscalização, contratação de agentes públicos (ou ex-agentes públicos), oferecimento de hospitalidades, brindes e presentes a agentes públicos, estabelecimento de metas inatingíveis e outras formas de pressão, oferecimento de patrocínios e doações, contratação de terceiros e por fim, fusões, aquisições e reestruturações societárias (art. 42, VI, VII, VIII XIV e XVI).

Uma vez instituído o regramento do programa de integridade, os passos a serem adotados em sequência também são trazidos pelo ordenamento em comento, na medida em que deve-se realizar o treinamento dos destinatários do programa (art. 42, IV), a identificação e a investigação das situações suspeitas, instituição de um canal de denúncia (para denúncias de possíveis irregularidades), e, por fim, a aplicação de medidas disciplinares (para eventuais irregularidades identificadas).

O último elemento estrutural do programa de *compliance* consiste no monitoramento contínuo (art. 42, XV do decreto), visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à concorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei n.º 12.846/13.

Cadena (2016, p. 186) ressalta ainda que é de extrema importância o programa ser acessível a qualquer pessoa, desde os encarregados da limpeza da empresa até os dirigentes de mais alto cargo, com linguagem compreensível e fácil.

Deve-se ressaltar ainda, que os programas de integridade voltados ao combate à corrupção no Brasil adotam o modelo de incentivo, não coativo, tendo em vista que inexistente a obrigação de sua implementação, nem mesmo para empresas de setores sensíveis ou de grande porte.

Contudo, Tomillo (2016, p. 18-21) defende que um modelo diferente do adotado pelo Brasil no âmbito do combate à corrupção, pois a adoção de medidas punitivas com o escopo de reforçar a obrigatoriedade de implementar os programas de conformidade no âmbito das

pessoas jurídicas, especialmente quando sob a chancela do direito penal, seria altamente positiva. Dentre os argumentos trazidos, o autor destaca os seguintes:

I) Os custos para implementação do *compliance* são elevados, o que pode gerar um desincentivo à sua adoção.

II) As dificuldades de investigar os delitos econômicos, justamente porque são praticados no seio das empresas, demonstram ser desejável a transferência, ainda que parcialmente dos custos da prevenção da prática de delitos no âmbito empresarial.

III) A importância de gerar confiança nos operadores econômicos, como um importante fator para o funcionamento correto do mercado.

IV) Nem do modelo alemão, de sanções administrativas, nem do modelo de sanções penais se depreende necessariamente a obrigação da adoção de sistemas preventivos da prática de crimes, isto é, a implementação ou não dos programas de conformidade fica a cargo do empresariado, que avalia os riscos aos quais está submetido. Assim, a depender das características do seu negócio, pode optar ou não assumir o gasto da implementação de um programa efetivo de *compliance*.

Este último aspecto (item IV *supra*) parece relevante inclusive para a avaliação da pertinência da adoção ou não, de um modelo de obrigatoriedade. Isso porque um recorte em relação ao porte da empresa, seu ramo de atuação e interação com o Poder Público, por exemplo, são elementos importantes a se considerar. De qualquer forma, o cenário atual, quando checados tais dados, acaba por impor, a adoção de um sistema de governança (por uma exigência do mercado).

5. O NÍVEL DE MATURIDADE DO COMPLIANCE VOLTADO AO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Superado o conceito de *compliance*, as vantagens da empresa em aderir um programa de integridade, sua estruturação e desenvolvimen-

to para o combate à corrupção de modo eficiente, resta analisar o atual nível de maturidade da sua aplicação no Brasil, de modo a verificar quais as providências devem ser tomadas para o seu aprimoramento.

Ao analisar dados empíricos referentes à corrupção no Brasil, Lindsey Carson e Mariana Mota Prado (2014, p. 14-18), concluem pela prevalência da corrupção nas instituições públicas (em todos os níveis do governo). Ao analisar índices objetivos, tais como o número de condenações no âmbito do Tribunal de Contas da União e os relatórios do Programa de Fiscalização pela Controladoria Geral da União, destaca-se a dificuldade de medir a corrupção, conferindo-se importância também aos índices de percepção da corrupção pela população.

Ainda que seja essa a ótica, a pontuação do Brasil até 2017 no estudo feito pela Transparência Internacional revela índice considerável, tendo em vista que foram atingidos 43 pontos ou menos, em uma escala de 0 (percepção do país como altamente corrupto) a 100 (percepção do país como altamente íntegro)²⁷. Isso significa que, numa linha imaginária, estamos mais próximos da percepção do país como altamente corrupto do que como altamente íntegro.

Este fato, somado o advento da Lei Anticorrupção, aumento o interesse no compliance.

A KPMG também em pesquisa sobre a maturidade do compliance no Brasil, analisou o perfil de 240 empresas (de diferentes regiões e estruturas), sendo 33% destas multinacionais. A coleta de dados foi realizada no primeiro semestre de 2019. Mesmo diante de um perfil de empresas com elevada receita operacional bruta, 18% das empresas não possuem estrutura e 16% não apresentam infraestrutura mínima (sem as funções de monitoramento e integração, por exemplo)³.

Nesse sentido, os índices acima demonstram que, apesar da onda de interesse sobre o tema, os programas são desenvolvidos sem a necessária estrutura e efetividade, mesmo naquelas empresas de médio e grande porte.

Como forma de modificação de tal cenário, a necessidade de adoção de incentivos legais mais significativos, principalmente no âmbito do

3 KPMG. Pesquisa: maturidade do compliance no Brasil. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-pesquisa-de-maturidade.pdf>. Acessado em março de 2020.

combate à corrupção, parece fundamental. Desse modo, a própria iniciativa privada serviria como mola propulsora para um *compliance* criminal mais maduro, à medida que seria de seu interesse a criação de um ambiente corporativo comprometido com o modelo de integridade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora tenha tomado abrangência pelo seu aspecto criminal e as contemporâneas alterações sofridas dentro do direito penal econômico, tem-se que a finalidade do *compliance*, sob o ponto de vista corporativo, ultrapassa as barreiras do Direito, consiste na ideia de criação, implementação e fiscalização de padrões de conduta, com o objetivo de mitigar riscos legais, regulatórios, de imagem e a reputação da empresa, de modo a evitar eventuais prejuízos relacionados à atividade empresarial.

Ademais, com a análise doutrinária e legal exposta, resta cristalino que a área de *compliance* deve ser independente, com autonomia para a tomada de decisões e reporte direto ao mais alto nível da empresa, estruturada e com recursos necessários para desenvolver e aplicar o programa (financeiros, materiais e humanos), bem como dotada de autoridade, para que possa efetivamente exercer suas atribuições.

Embora tenha sido exposto de forma clara pelo Decreto n.º 8.420/15 (referente à LAC n.º 12.486/13), com a definição de seus elementos estruturais no capítulo IV, seguindo os parâmetros já consagrados na doutrina e nas legislações estrangeiras, percebe-se que o normativo pátrio foi tímido em relação aos incentivos legais para adoção dos programas de integridade, que no âmbito do combate à corrupção limitam-se à atenuação da responsabilidade administrativa, sem a concessão de benefícios de natureza criminal.

Em virtude disso, deve-se focar em uma forma de criação de incentivos legais de natureza criminal mais significativos, principalmente no âmbito do combate à corrupção, para tornar o programa mais atrativo a todos os tipos de pessoas jurídicas. Assim, a própria iniciativa privada daria ensejo a um *compliance* criminal mais maduro, tendo em vista seu interesse a criação de um ambiente corporativo comprometido com o modelo de integridade.

Por fim, cabe ressaltar que mesmo com o crescente interesse sobre o tema, pesquisas indicam que os programas são desenvolvidos sem a necessária estrutura e efetividade, mesmo naquelas empresas de médio e grande porte, o que torna o instituto sem efetividade aos olhos dos clientes e investidores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 8.420/15**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: Mar/2020;

_____. **Lei n.º 12.846/2013**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>. Acesso em: Mar. 2020;

BAGIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Aranzadi. 2011;

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo. 2014;

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal y política legislativa**. Editorial Tirant to Blanch. 2016;

KPMG. **Pesquisa: maturidade do compliance no Brasil**. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/10/br-pesquisa-de-maturidade.pdf>>. Acesso em: Mar, 2020.

MANZI, Vanessa A. **Compliance no Brasil**. Saraiva. 2008;

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017;

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva. 2014;

OCDE. **Os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades**. Paris, 2004. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>>, acesso em Mar, 2020;

PASCUAL CADENA, Antonio. **El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa**. Bosch. 2016;

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. **Mapping corruption and its institucional determinants in Brazil**. Disponível em: <http://www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/publications/working_papers/IRIBA_WP08_Mapping_Corruption_and_its_Institutional_Derminants_in_Brazil.pdf>. Acesso em: Mar, 2020;

SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SENTIDOS INVERSOS DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: DO DESAPEGO A HUMILHAÇÃO

Renata Caroline Pereira Reis

Maynara Costa de Oliveira Silva

INTRODUÇÃO

A década de 60 é marcada pelo início dos debates sobre mulher e estudos feministas no Brasil. Fato este que ajudou na compreensão das diferenças entre os sexos. Pela primeira vez, apresenta-se à proposta do uso do termo gênero para explicar estas distinções.

Gênero, portanto, emerge no centro desses debates como um importante instrumento de análise antropológica. De modo a proporcionar um deslocamento entre sexo-gênero, natureza-cultura, autor-representação e representação.

A produção das identidades de gênero pode ser compreendida enquanto um longo e contínuo processo cultural, social, político e jurídico. Descrever os passos dessa produção remete a um projeto social que propõe ajustar a sexualidade (heterossexualidade/homossexualidade) e o gênero (masculino e feminino), a partir da ideologia da complementaridade sexual. Problematizar o binarismo de gênero significa interpretar as tecnologias discursivas acionadas para produzi-lo (FOUCAULT, 1996).

As tecnologias discursivas conduzem para a preparação do corpo para que desempenhe com êxito o gênero. Os gêneros inteligíveis obedecem a seguinte lógica: vagina-mulher-feminino-docilidade-privado *versus* pênis-homem-masculinidade-agressividade-público (BENTO,

2014, 2008). Essa busca pela uniformização dos corpos produz ainda mais diferença e, conseqüentemente, mais violência. Conforme Jacques Derrida (1974. p. 143), a diferença gera aquilo que ela proíbe, “tornando possível a própria coisa que ela torna impossível”.

Após a promulgação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) no país, viu-se uma alteração da consciência coletiva do que é violência contra mulher e de como se traduz a capilaridade dos seus processos de reprodução nos relacionamentos amorosos. Desta consciência nascem políticas públicas, agentes de pressão diferenciados, como o caso de blogueiras e escritoras reforçando e explicando um discurso que antes pertencia apenas a um grupo dentro da sociedade, as feministas. É a partir desse novo repertório social que esta pesquisa dialoga com a escrita de Isabela Freitas.

Escritora brasileira, de Juiz de Fora/MG, Isabela usa das teorias de gênero, sexualidade e violência como plano de fundo para escrever seus livros voltados para o público juvenil. Utilizando-se, portanto, da tecnologia discursiva para abordar temas áridos, de maneira leve, lúdica e para um público em desenvolvimento.

A autora estrutura os seus livros de modo a apresentar, após o índice, 20 (vinte) regras, diretrizes de comportamento para o leitor, bem como, ao início de cada capítulo, uma contextualização ou frase de destaque. Utiliza o seu próprio nome e algumas informações pessoais, cidade em que mora, a criação de um blog, o curso e instituição de ensino superior que cursava e o abandono da faculdade para dedicar-se à escrita, para a personagem de sua trama e envolve os leitores de forma que, ao iniciar a leitura, podem chegar a acreditar que se trata de uma autobiografia. Quer dizer, o enredo chega a confundir o que é realidade e ficção.

Nas três primeiras obras, Freitas traz uma história retilínea, em que a jovem Isabela, apresenta a sua aproximação com o enigmático Pedro e a observadora e pontual Amanda. É ao lado destes que as confidências, aventuras e desventuras são compartilhadas e que também se constrói enquanto movimento produtivo (SILVA, 2017), que cria e produz uma nova gramática de luta contra a injustiça e o sofrimento social, sobretudo elabora novas formas de lutar contra a vida sem violência para as mulheres.

No que diz respeito à metodologia deste artigo, optou-se pelo emprego da pesquisa bibliográfica, utilizando-se de textos (artigos, relatórios, livros) ancorados nos estudos de gênero, sexualidade e violência. A pesquisa também é permeada pela análise de obra literária relacionada à temática, empreendendo-se de técnica instituído pelo que Penafria (2009) denomina de “análise de filmes” – no entanto usada para o universo literário.

A metodologia visa, em um primeiro momento, decompor o livro (no sentido de descrevê-lo) para, em seguida, estabelecer e compreender relações entre esses elementos decompostos (interpretando-se, propriamente, o livro). Dentro da tipologia de análise literária proposta optou-se pela “análise de conteúdo”, a qual considera o livro como um relato, levando em conta a sua temática.

1. Performance do desaparego

O desaparego é o foco da primeira obra de Isabela Freitas que carrega o título “Não se apegue, não (2014). O enredo parte do rompimento do namoro com Gustavo, com quem a personagem principal se relacionou por um período de dois anos. Apresenta as críticas e incompreensão de suas amigas ao término, já que mantinham uma relação aparentemente perfeita. O que ninguém sabia era que o envolvimento trazia infelicidade para Isabela, que se sentia anulada e infeliz.

Assim, ao optar por manter-se sozinha por um tempo, desenvolve a jornada de redescoberta de si, de se permitir vivenciar experiências novas, de conhecer desejos e recuperar a autoconfiança. A história enfatiza a intensidade com que a menina se entrega e o jeito atrapalhado com que ela mesma se descreve.

Mostra os percalços de se ver só, depois de um período de relacionamento sério e conturbado. Destaca a sua falta de habilidade para as pessoas e relações rasas que se apresentam durante esse período. Alerta para a construção ideológica de um príncipe encantado e relata as tentativas malsucedidas de aproximar-se, tentando não se apegar ao que pode trazer-lhe sofrimento.

Este sofrimento pode ser analisado a partir da teoria das performatividade de gênero proposta por Judith BUTLER (2015). Esta assinala

que, nas culturas ocidentais existe uma pedagogia dos corpos aos gêneros hegemônicos, cujo escopo consiste em organizar os sujeitos para a vida referenciada quando se opera e se deseja reproduzir a/o princesa/príncipe “de verdade”, desejando que cada ato seja reconhecido como aquele que posiciona o indivíduo legitimamente na ordem de gênero. De modo que, nem sempre, o resultado corresponde àquilo definido e aceito socialmente como atos próprios a um/a princesa/príncipe.

Se as ações não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir de suposições, abre-se uma possibilidade para se desestabilizar as normas de gênero, que geralmente utilizam da violência física ou/e simbólica para manter essas práticas às margens do considerado humanamente normal. Assim, percebe-se a crescente e perene produção de violência de gênero, sobretudo nas relações entre homens e mulheres.

Nesta produção, portanto, a autora cria uma narrativa envolvente que mostra a tarefa árdua e necessária que é desapegar de coisas, sentimentos e pessoas. Ao mesmo passo em que esse exercício traz descobertas e aprendizado, envolve consciência e respeito consigo e com o(a) outro(a). De acordo com a autora, o reconhecimento das fragilidades e dos limites de cada um também é algo relevante, faz parte da humanidade.

A possibilidade dessa consciência coletiva desenvolvida por Isabela se estrutura a partir de uma nova gramática moral proposta pelo movimento feminista e de mulheres alinhadas às novas tecnologias de estado. Por meio desta, ocorre a reforma da vida dos sujeitos a partir das novas produções de reconhecimento de direito, dos novos serviços, novos administrados e novas formas de pensar o Estado e suas práticas. Logo, pode-se vislumbrar que uma população que antes não escrevia, falava, ou pensava sobre violência contra mulher passa a divulgar seus modos de abuso e alertar outras companheiras.

Deste modo, é possível perceber uma alteração no quadro interpretativo do que é a violência contra a mulher. Aquela que antes era invisível aos órgãos governamentais e à sociedade passa a ser estratificada a partir de técnicas de legibilidades e novas legislações que garantem proteção e uma vida sem violência às mulheres (a exemplo das legislações popularmente conhecidas como Lei Maria da Penha, de 2006;

Lei do Feminicídio, de 2016; Lei da importunação sexual, de 2018). Normas estas que buscam alterar os aparelhos repressores do Estado, seus serviços e seus modos de administrar ao mesmo passo em que garantem o acesso ao direito e “a ter direito” (SILVA, 2017).

Logo, a implementação das novas práticas da política judiciária articula um conjunto de atores sociais diversos que refletem, de certa forma, as próprias características da formação de um novo campo de intervenção para o desenvolvimento e modernização nacional, reunindo agentes judiciais, organizações de desenvolvimento e de proteção aos direitos humanos com abrangência transnacional, professores, líderes comunitários, especialistas e consultores internacionais, clubes de mães, etc. (SCHUCH, 2012).

2.A ilusão e a humilhação

Nos dois livros seguintes, Freitas fala da responsabilidade afetiva, da leveza, respeito e reciprocidade que as relações precisam desenvolver para ter sanidade. Alerta para a aceitação da realidade tal qual esta é e se apresenta, do perigo de mascarar situações desconfortáveis e inexistentes.

A inexistência pode ser compreendida enquanto categoria reflexa da falta de reconhecimento do que é violência, sendo um dos pontos fortes de argumentação dos agentes de pressão em favor do reconhecimento dos Direitos das Mulheres, por parte do Estado brasileiro, em particular, o direito a uma vida sem violência. Possivelmente, isto se dá uma vez que a atuação política do Estado, no campo do reconhecimento jurídico, é essencial nas sociedades democráticas e sua presença se estende a todas as instituições sociais.

Logo, pode-se perceber, em “Não se ilude, não” (2015), o desenvolvimento de uma jovem Isabela inquieta com a sua realidade e com o caminho profissional que está seguindo. De modo que a estudante volta as suas energias para a realização do que seria o seu verdadeiro chamado: a escrita.

O primeiro passo nessa jornada é a criação de um blog intitulado de “A Garota em Preto e Branco” em que, anonimamente, publica uma espécie de diário virtual. Espaço este em que relata o seu dia a dia, descreve cenas do cotidiano, envolvendo amigos, desafetos e amores.

Também retrata uma temporada com os melhores amigos e a prima Nataly, na Costa do Sauípe/BA. Neste cenário, a jovem conhece e se envolve com Gabriel, um garoto irresistível e supostamente perfeito, até descobrir que, na verdade, é o irmão de Pedro Miller, com quem o amigo queria manter-se afastado em razão da situação conflituosa com a qual se deu a separação de seus pais.

O seu longo período de solteira a coloca em xeque com seus sentimentos, de modo que ela percebe que cultiva, mesmo sem admitir, uma atração por Pedro. Neste momento, a autora se preocupa em demonstrar a partir da sua escrita uma garota mais preparada para os desafios de um relacionamento amoroso, em que se posiciona e volta a sua energia para a busca de seu ideal: tornar-se uma escritora reconhecida.

Já o livro “Não se enrola, não” (2016) dá sequência ao que foi construído nos livros anteriores e mostra a ousadia e a adaptação de uma Isabela adulta que abandona a faculdade de Direito, deixa o convívio com os pais para mudar-se para a capital paulista. Toda essa transição acontece em razão da ascensão profissional proporcionada pelo ingresso em uma revista *on-line* de renome e culmina com a realização do sonho de escrever e publicar o seu primeiro livro.

Em meio a esse contexto, descreve o envolvimento indefinido com seu melhor amigo, agora seu vizinho de apartamento, e a insegurança para confessar com clareza os sentimentos alimentados por Pedro. De uma forma geral, exalta a essencialidade dos sonhos e as mutações (e reinvenções) que o ser humano é capaz de experimentar.

Por conseguinte, em “Não se humilha, não” (2020), Isabela Freitas faz uma viagem no tempo e rememora, em miúdos, o ponto de partida de seu primeiro livro, qual seja, o namoro de Isa com Gustavo. Assim, escolhe o relacionamento abusivo como plano de fundo para a narrativa. A temática por si só já representa um papel social relevante. Com uma linguagem clara e acessível, consegue acessar sentimentos e emoções de uma vítima durante esse tipo de envolvimento.

Inicia contando da chegada de Gustavo Ferreira em sua vida a partir do ingresso deste como colega de sala no mesmo curso e instituição de ensino superior que cursava. O deslumbramento pelo novo, bonito e promissor jovem de família rica e tradicional da sua cidade energiza que a todas as garotas da faculdade.

A discreta Amanda se vê em estado de encantamento, enquanto Isa, incrédula, o admira, mas tenta manter-se firme e não criar expectativas com o que acredita que seja inalcançável. Afinal, não havia qualquer chance de que um rapaz como aquele tivesse interesse em uma menina comum como Isabela.

A essa altura Isa aproximou-se de Fábio, um colega do curso de inglês durante as férias. Amanda, ao tomar ciência da situação trata de criticar a amiga e alertar para o fato de que esta insistia em desenvolver relações com pessoas com as quais não tinha sintonia.

O problema era que Fábio era uma pessoa calada, não interagira com Isabela e mantinha um afastamento. O que incomodava a personagem, que gostava de conversar e ter alguém com quem desabafar e compartilhar as situações corriqueiras, era o silêncio descomunal mantido pelo rapaz, apesar de todas as tentativas frustradas de elevar a relação para mais que um mero envolvimento físico.

Inquieta e decidida, Isabela decide afastar-se. O que ela não esperava era que o que viria a seguir. Em uma festa do curso de Medicina, que a menina vai com a amiga Mandy, encontra Gustavo Ferreira com quem flerta e beija naquela noite. Entretanto, a situação muda de cor, com a chegada de Fábio que, ao vê-la com outro, protagoniza uma cena pública de desrespeito para com Isa. Diversas palavras são proferidas em relação à jovem (“vagabunda”, “nojenta”, dentre outras) pelo fato de que poucos dias após o rompimento, encontrava-se nos braços de outro.

Vagabunda, nojenta e outras ofensas produz corpos indignos, marginais, passáveis à violência. São esses mesmos termos atribuídos que atualiza as convenções morais sobre as noções de gênero, maternidade, sexualidade da vítima (EFREM FILHO, 2017). Quer dizer, se a mulher está em uma festa, se a mulher não quer se mãe, se a mulher se separa, se a mulher não é heterossexual, não é uma mulher completa, deste modo tem sua humanidade. Contudo, é debitário compreender que este último livro funciona como movimento de resistência, reativa e não violenta (AYUB, 2014).

Em meio a esse quadro de violência o seu acompanhante pede desculpas à Isabela e pede à amiga que a tire dali para que não presenciasse o que viria a seguir. Imediatamente, o medo, a vergonha e o constrangimento lhe invadiram e fizeram perder o equilíbrio.

Isa e Gustavo continuam a ver-se, nos dias que seguem esse episódio, e engatam um namoro. A aproximação com a família acontece e, em um evento da família do garoto, enquanto a jovem vai ao banheiro uma prima, que a observava de longe, se aproxima e alerta para que se distancie, pois não conhece a verdadeira essência do familiar. Sem compreender, a menina pensa que se trata de ciúme e alguma paixão mal resolvida entre os primos.

Os dias seguintes são envolventes e apaixonantes. Gustavo faz com que Isa se sinta a garota mais especial do planeta, um verdadeiro tratamento de princesa. Atenção, carinho, admiração e amor preenchem os encontros do casal recém-formado. De início, o susto com a intensidade, mas a aceitação pelo bom tratamento que lhe é dispensado logo conforta o seu coração.

Mas o encantamento aos poucos se transforma em aprisionamento. Isabela já não tem liberdade para falar e conviver com os seus amigos. Toda a sua rotina precisava passar pelo conhecimento do namorado, que agora controla as suas amizades.

Amanda é a primeira a se afastar. Após diversas tentativas de alertar a amiga dos caminhos para o qual a relação estava caminhando, prefere retirar-se de cena. O ciclo da violência se inicia, silencioso e pelas margens.

O capítulo 7 relata o ciclo de um relacionamento abusivo. A autora para de falar de si e conversa diretamente com o leitor, mostra como as exigências por tempo, consideração, respeito e a série de críticas para o “bem” vão preenchendo os dias seguintes do início florido de uma vítima.

Fala da culpa que chega e se instala, dos pedidos de desculpa por coisas e situações aparentemente simples e da qual não estão sobre o seu controle. Como se fosse um passo de mágica, a pessoa que a vítima conheceu e por quem se apaixonou desaparece. Ou, na verdade, nunca existiu. Em seu lugar o sujeito revela quem realmente é.

O envolvimento é tanto e torna-se uma loucura ao ponto de que, sem nem perceber, se está amarrado e não se consegue sair desse limbo. A sujeição tira a paz e a esperança de que a pessoa anterior retome, talvez, faz com que se mantenha ali, inerte.

Há justificativa pelo comportamento do par, acredita que é tudo uma fase e que, em breve vai passar. Pelo distanciamento com as pes-

soas próximas, a busca por ajuda direciona-se para as revistas, sites, livros, vídeos. A fuga pela verdade é real.

Nesse contexto, é válido destacar que Antony Giddens (1992), em seus estudos sobre sexualidade, amor e erotismo, explica um pouco desta sociedade pós-moderna de várias Isas. Propõe uma distinção entre o “amor paixão” e o “amor romântico”, desse modo, o autor conceitua o *amour passion* como elemento perturbador das relações pessoais, que retira os indivíduos das atividades mundanas e gera propensões às opções radicais e aos sacrifícios.

É possível perceber, portanto, que a ideia de paixão se mistura com a de poder e de força, uma vez que são categorias que atravessam a construção dos abusos no ambiente familiar e, por possuírem um caráter coercitivo e ameaçador contra a dignidade humana das sujeitas. Parafrazeando Lia Zanotta Machado (2010) se de um lado, os abusos são construídos como signo de masculinidade. É em nome da ‘fraqueza masculina’, como se fora do estado derivado da ‘natureza masculina’, que a realização do abuso é relatada pelos agressores.

Isabela volta, no capítulo oito, a descrever cenas da relação com o namorado. A implicância com a sua voz, com a altura de sua fala, com a sua postura e comportamento em público. O discurso de Gustavo de que a sua advertência é por querer o seu bem, por preocupar-se com a amada. A violência moral e psicológica é sorrateira, desconhecida, é agressiva na sua forma de desqualificar a vítima. E os namorados ou maridos representam 23,9% dos casos⁴ dos sujeitos que comentem esse delito.

A implicância com as roupas também surgiu e a responsabilização porque outro cara a desejou e proferiu palavras direcionadas a ela. Ora, se alguém mexeu com Isabela era porque tinha sido por provocação sua. Isabela neste contexto é vítima e algoz da sua própria violência.

A fraqueza emocional retrai a jovem até na interação com a família. O isolamento acontece. Como consequência, as notas de quem era uma excelente aluna, caem em todas as matérias, o brilho da jovem se apaga. As aparições e encontros passam a ser para alimentar uma imagem social, sobretudo pelas redes sociais virtuais, repletas de declarações vazias.

4 Segundo pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizada pelo Instituto Datafolha (2018).

A situação muda, depois de muito sofrimento e relutância, quando Isa encontra Amanda no banheiro, sofrendo por um problema familiar provocado pela separação dos pais. Ao consolar a amiga, Isabela percebe o quanto se afastou de si, de seus valores e do que importa e cria coragem para romper com o namorado.

Cheia de determinação, resolve sair com os amigos e o irmão, Bernardo, quando é surpreendida pelo comportamento agressivo de Gustavo que a encontra, humilha, empurra e derruba. O retrato a seguir é da reação de todos e de Isa, que rompe de uma vez o relacionamento.

Por fim, no último capítulo enfatiza o comportamento da vítima e o que chama de mecanismo de defesa para o afastamento e permanência na relação abusiva. O medo de admitir o engano, o medo do julgamento dos amigos que tentaram alertar, o medo de se sentir inferior e de ter que ficar explicando para os curiosos como aceitou permanecer nesse tipo de relacionamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se apresentar a violência contra a mulher na sua dimensão singular, a partir do arcabouço da literatura juvenil proposta por Isabela Freire, a fim de analisar a construção da vítima como sujeito de direito, por meio das teorias Feministas, do Reconhecimento e Lutas Sociais. No entanto, deve-se ter claro que as questões estarão sempre mais além das observações teóricas que se possa levantar.

Deve-se compreender que os significados e representações elucidadas pela personagem são essenciais, visto que essas práticas sociais se traduzem enquanto lugar, reconhecimento e democratização de modos de lutar e resistir à violência, como também se transformar a partir e por ela.

Por fim, o livro traz um alerta de que o amor é liberdade e respeito. “[...] não machuca, não oprime, não cala, não humilha” (FREITAS, 2020, p. 314). Em comum, este e todos os outros livros da autora, destacam o amor-próprio como a principal arma para enfrentar os dilemas da vida e encontrar a felicidade.

Referências

- AYUB, Dibe. Sofrimento, tempo, testemunho: expressões da violência em um conflito de terras. In: **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 20, n. 42, p. 107-131, jul./dez. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.
- BENTO, Berenice. **A (re) invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Natal: EdUFRN, 2014.
- _____. **O que é transexualidade**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero - Feminismo e Subversão da Identidade** - Col. Sujeito & História. 8. ed. 2015.
- DERRIDA, Jacques. **Of Grammatology**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974.
- EFREM FILHO, Roberto. **A reivindicação da violência: gênero, sexualidade e a constituição da vítima**. Cadernos Pagu, Campinas, n. 50, 175007. 2017.
- FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.
- GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Editora da UNESP, 1992.
- MACHADO, Lia Zenotta. **Feminismo em movimento**. 2 ed. . São Paulo: Editora Francis SP, 2010.
- PENAFRIA, Manuela. **Análise de filmes: conceitos e metodologias**. 2009. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/bocc-penafria-analise.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- SILVA, Tiago Lemões da. **De vidas infames à máquina de guerra: etnografia de uma luta por direitos**. Tese (doutorado). Pro-

grama de Pós-graduação em Antropologia Social. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. (Introdução, capítulos 2, 5 e 6).

SCHUCH, Patrice. Justiça, Cultura e Subjetividade: tecnologias jurídicas e a formação de novas sensibilidades sociais no Brasil. Scripta Nova. **Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 15 de marzo de 2012, vol. XVI, nº 395

O PAPEL DO PROFESSOR NO ENSINO JURÍDICO: ASPECTOS RELEVANTES NO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM

Katia Regina Monteiro

1-INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido objetivando uma análise dos profissionais voltados à educação, e, em especial ao ensino jurídico e aspectos relevantes no processo ensino-aprendizagem.

Pesquisar se as metodologias aplicadas para a realização do ensino do direito em sala de aula, atendem ou não satisfatoriamente às necessidades e expectativas dos alunos e da sociedade como um todo.

Analisar como proposta de aprendizagem alternativa, a submissão de exames de casos concretos, como forma de estimular a fixação da matéria.

Mostrar os diversos tipos de metodologia existentes, e apontar qual o tipo de aula vem predominando no ensino do direito como a influência na aprendizagem e no desenvolvimento do potencial dos graduandos.

Constatar como tem sido, e como se espera que seja a atuação, num prisma mais moderno, do Professor no processo ensino-aprendizagem e na formação do corpo discente.

Verificar se o professor tem consciência que o seu desempenho influencia diretamente no aprendizado e na formação do aluno, não se resumindo o seu papel apenas em transmitir conhecimentos.

Destacar a relevância que o seu papel, como Professor, exerce sobre os alunos, com uma abordagem de um perfil mais moderno e inovador do docente.

O tema explorado, por meio de pesquisa bibliográfica, consultas a artigos veiculados na internet, obras literárias virtuais ou físicas, sem pretensão de esgotar o assunto, visa contribuir para o engrandecimento dos mestres, especificadamente os atuantes da área jurídica, propondo novos desafios, no tocante a uma participação cada vez mais ativa e determinante na vida dos pupilos, e conseqüentemente melhor prepará-los para a vida em sociedade.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O ensino jurídico no Brasil, em uma síntese bem apertada, surgiu na época do Brasil Império, onde as raras faculdades de direito tinham como objetivo formar juristas, voltados ao conhecimento das leis e para a política do País, sem qualquer pretensão de resolver os conflitos sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em especial em seu Art. 205 trouxe os objetivos da educação, de forma geral, sem distinção da fase educacional, a saber: o pleno desenvolvimento da pessoa; o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Outrossim, o art. 206 da CRFB consigna em seus incisos, para tanto, os Princípios do ensino:

Art. 206- (...)

I- Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II- Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

II- Pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e, coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

III- Gratuidade do ensino público (...);

- IV- Valorização dos profissionais da área escolar (...);
- V- Gestão democrática do ensino público , na forma da lei;
- VI- Garantia de padrão de qualidade.;
- VII- Piso salarial nacional profissional (...).

No tocante ao ensino superior, voltado a formação de profissionais, as mudanças normativas visaram além do aspecto individual, um resultado em prol da coletividade, para o desenvolvimento do País.

Neste compasso, no intuito de garantir um ensino de qualidade, coube a fiscalização/avaliação ao Ministério da Educação, com observância das regulamentações contidas no SINAES- Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.

A Constituição Federal permitiu a autonomia das universidades, sob o ponto didático-científica, administrativa e gestão financeira e patrimonial, mas que não impossibilita (e nem poderia ser diferente), de sua atuação ficar condicionada e regulamentada pelas políticas públicas.

De certo, o poder constituinte ao consentir à iniciativa privada o exercício do ensino, na forma do art. 209 da Carta Magna, estabeleceu como condições o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a necessidade da autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Isto porque, sendo a educação uma garantia constitucional, como Direito de Segunda geração, cabe ao Estado, como responsável, a sua fiscalização e controle, assegurando um ensino de padrão, de qualidade.

O Princípio da Indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão vem também no art. 207, para garantir o aprimoramento e evolução do ensino.

A garantia ao acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um , como dever do Estado, orbita no artigo 208 da CF/88.

Ressalte-se que esta capacidade mencionada, deve ser lida em consonância e no mesmo contexto da capacidade inserida no texto do art. 206, considerando a igualdade de condições de acessibilidade e permanência na escola.

Com efeito, deve-se levar em conta que, nos Princípios Constitucionais que norteiam a educação, nestes, incluídos estão o ensino superior, e também o jurídico, podendo a lei infraconstitucional agregar novos Princípios, desde que não conflitantes com os já garantidos constitucionalmente.

Quanto ao ensino jurídico, de forma expressa, a Resolução nº 9 de 29 de setembro de 2004, instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, que deverão ser observadas pelas Instituições de Educação Superior:

No art. 2º- O projeto pedagógico que abranja o perfil do formando, as competências e habilidades, os conteúdos curriculares, o estágio curricular supervisionado, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso que deverá ser obrigatório, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso.

No art. 3º- dentre outros, prima em assegurar ao perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, reflexão, visão crítica.

O art. 4º- traz em seus inciso, as habilidades e competências em grau mínimo, exigidos como resultado do curso de direito: a interpretação e aplicação do Direito; pesquisa e uso da legislação, jurisprudência, doutrinas e fontes do direito; atuação técnico-jurídica adequada na esfera judicial e administrativa; o uso correto da terminologia jurídica, raciocínio jurídico, argumentação, persuasão e reflexão e crítica, julgamento e tomada de decisões, bem como o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão do direito.

Neste contexto, poderão os Cursos de Direito, ampliar o leque assegurado na norma acima mencionada, melhorando o nível curricular do graduando e as condições do aprendizado, nunca o restringindo.

Resta claro que, se de fato observado fielmente o disposto na presente Resolução, pelas instituições de ensino e pelos docentes, transpondo do plano de aula para as salas de aula, de forma efetiva, básica-

mente as reprovações nas provas da OAB não existiriam, porém não é este cenário que se apresenta na dura realidade, como trataremos no tópico seguinte.

2.2- A QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Uma vez que a Constituição Federal consentiu à iniciativa privada, desde que, observadas as exigências legais, à promoção do ensino e formação jurídica, aqueceu o mercado de ensino na área jurídica, com o surgimento de várias faculdades de direito, e conseqüentemente houve uma busca maior de professores para atender à demanda.

Todavia, no afã no preenchimento das vagas, a prioridade na contratação foi de professores com atuação na área jurídica, tais como advogados, Magistrados,

Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Delegados.

O fator preponderante na escolha do corpo docente para o ensino foi de profissionais que já tivessem a prática jurídica, não se preocupando as Instituições de ensino, quanto ao aspecto pedagógico, da didática, bastando como requisito apenas o conhecimento das leis e a prática jurídica, sob a falsa premissa de que, por serem sabedores da lei e aplicadores do direito, portadores de muito conteúdo jurídico, também seriam excelentes professores.

Dentro deste parâmetro, a qualidade do ensino na área jurídica ficou prejudicada, vez que muitos destes profissionais, detinham apenas especialização e limitavam-se a reproduzir normas jurídicas, sem levar o aluno a qualquer reflexão, sem experiência na investigação científica-jurídica, parece que hoje ainda é a nossa realidade.

É neste sentido que se pronuncia Naziazeno- apud (GUIMARAES, 2010):

No entanto, com o fortalecimento dos cursos jurídicos e sua multiplicação veloz nas instituições privadas, alguns docentes contratados não possuem uma formação pedagógica, são juízes, promotores e advogados que escolheram uma instituição de ensino privada para suprir uma emergência e por isso tor-

nam-se repetidores de dogmáticas jurídicas em vez de formadores do conhecimento jurídico.

Outro aspecto essencial a ser, observo no ensino jurídico do País é o fato de que uma parte significativa dos cursos de direito tem um corpo docente formado por professores a tempo parcial e possuem titulação acadêmica apenas de especialidades, reduzindo suas atividades de ensino a aulas expositivas, pois não possuem o mínimo de experiência no mundo da investigação científica-jurídica.

As consequências disto são danosas para a qualidade institucional dos cursos jurídicos, posto que devesse ser ele o ambiente adequado para a investigação e a formação de conhecimento jurídico.

No mesmo sentido, sustentam (Rocha; Felix; Graça-2014): “Há necessidade do professor ter uma formação pedagógica, pois se ele não souber como se adequar às situações que podem ocorrer durante sua vida profissional ele terá uma maior dificuldade para lidar com os problemas.”

E adiante, complementando o raciocínio, (Rocha; Felix ; Graça- apud PACHANE(2004): “ Nesse sentido, a crítica frequente sobre os professores do ensino superior é a respeito de sua didática, ou a ausência dela, o professor sabe a matéria, mas não sabe como transmiti-la “.

A respeito do tema, Naziareno cita (MOURA,2010):

A necessidade formativa do docente jurídico justifica uma reforma do ensino-aprendizagem visto que as exigências da atualidade requer que o aluno assuma uma postura de construtor do saber, abolindo a ideia de mero espectador de aulas expositivas. Entretanto, para construir uma autonomia profissional e técnica nos discentes, os professores do ensino superior terão de lançar mão de instrumentos que possibilitem um desenvolvimento do conhecimento pedagógico. Este desenvolvimento não está restrito apenas a curso de pós-graduação que os habilitem ao magistério, mas, igualmente, a uma postura inovadora na sala de aula, sua participação nas atividades e planejamento, bem como sua atuação no reconhecimento da profissão que exerce.

Outra causa apontada para o enfraquecimento do ensino jurídico é que grande parte do corpo docente, busca o magistério como um segunda fonte de subsistência, como forma de complementar seu salário, o que impossibilita a sua dedicação exclusiva ao magistério.

Sanches e Soares (2014-p.42), apud Rodrigues destacam:

O paradigma positivista de ciência do Direito e seu método lógico-formal “tem servido apenas para se aprender o dever-ser, produzindo, dessa forma, uma visão unidimensional do real e transformando o educação jurídica em mera descrição e exegese do direito positivo em vigor “

Sanches e Soares (2014,p.48), alertam:

Ao invés de suscitar reflexões, o que se percebe é que a educação jurídica continua sendo pautando em manuais que somente descrevem a lei e não despertam no aluno a curiosidades ao saber, à crítica, sem ao menos questionar a elaboração dessa norma estudada, logo, esse tipo de ensino não estimula a pesquisa e tampouco a criticidade.

E apontam a posição de Rodrigues (1996,p.105):

As salas de aula de um curso de Direito muitas vezes lembram mais um “velório” do que um lugar de formação de profissionais, que pela sua titulação, irão desempenhar papéis estratégicos na sociedade. E o pior desse “velório” é que alguns (ou muitos) ainda acreditam que o “de cujus” ainda vai ressuscitar.

Na visão de renomados autores, conclui-se que diversos motivos foram determinantes para a deficiência do nível do ensino na área jurídica, a saber: a contratação de professores atuantes na área jurídica, porém sem formação pedagógica; a falta de dedicação exclusiva desses docentes ao magistério; a falta de comprometimento à carreira de professor, que relegada a 2º plano; a especialização, o Mestrado apenas na área jurídica, mas que não supre a didática, necessária para lecionar, o predomínio das aulas expositivas como método de ensino., há vezes

que incluem neste rol, o tipo de alunos que compõem a turma; em que muitos buscam apenas obter o diploma do nível superior, não se importando de fato em adquirir novos conhecimentos e novos horizontes; como também a falta de maturidade de alunos cada vez mais novos a ingressar na faculdade, etc.

Este enfraquecimento do ensino jurídico, se confirma no cenário nacional, em todos os exames da O.A.B., diante de um número expressivo de reprovações.

Como é possível, que após longos anos, de aulas diárias (práticas e teóricas), ao final do curso, o aluno às portas da formatura não consiga acerto em 50% (cinquenta por cento) do exame de ordem?

E dentre o baixo número de aprovação, numa segunda fase, muitos não conseguem redigir com coerência uma peça em determinada área jurídica, em resposta a um problema apresentado.

Afinal, que profissional será este, se não tem elementos para responder algumas questões, as quais em tese já deveria saber?

Não raro, a falta de clareza na escrita, muito aquém do que se espera na redação própria de um bacharel em direito, futuro advogado.

Diante desta situação caótica, a quem ou a que atribuir a responsabilidade pela inaptidão destes estudantes?

As faculdades que não elegeram os melhores docentes, a metodologia aplicada, que se mostra ultrapassada, aos professores por não possuírem didática, ou por não terem tempo suficiente para uma entrega maior ao magistério, ou ainda por não terem ciência da sua fundamental importância no processo ensino-aprendizagem ou aos próprios alunos que não se esforçam em aprender?

Todavia, sem tomar partido, por uma ou outra tese, defendida como causa por determinado estudioso, numa visão mais apurada sobre o tema, todo o conjunto mostra-se relevante para a depreciação do ensino ao longo dos anos, isto a depender do caso concreto, isto é, da instituição de ensino; da época, do lugar, do corpo discente, do método de ensino e do perfil do professor.

3- DAS METODOLOGIAS

No contexto do processo ensino-aprendizagem, podem ser empregadas diversas metodologias, separadamente, ou até simultanea-

mente, como forma de complementação, cabendo ao Professor de acordo com o perfil do grupo, adotar esta ou àquela metodologia específica na aula ou no curso ministrado.

Passemos pois, a uma apertada síntese de cada uma delas.

Método do caso- Aqui a aprendizagem parte do concreto, de situações vivenciadas pelo mundo jurídico, dos casos apreciados pelo judiciário, das decisões dos Tribunais ordinários ou dos Superiores, para que a partir deste ponto, venha o aluno posteriormente aprender as teorias, os conceitos jurídicos que fizeram por embasar a decisão estudada.

A prioridade usada nesta metodologia, parte do estudo do caso particular para o geral, vale dizer, para no momento seguinte, compreender quais os caminhos percorridos pelo aplicador do direito para se chegar àquela conclusão.

Método Role Play- O suporte desta especificidade é calcada na simulação de uma conduta ou situação na vida do profissional do direito. Em verdade, trata-se de um simulacro de um acontecimento, vivido no meio jurídico, que pode ser em forma de uma sustentação oral como a defesa ou acusação no Tribunal do Júri, por exemplo, ou numa audiência, ou ainda junto às Câmaras Cíveis ou Criminais.

Importante salientar que, o role play além da simulação, pode ocorrer também em situações de confrontos de teses jurídicas.

Método Socrático- Consiste em diálogo socrático, verificado por meio de abordagens, indagações feitas pelo professor aos alunos, que ao darem as respostas, são levados em princípio a acreditar que nada sabem sobre o assunto, criando um clima de conflito na autoestima do educando. De tal sorte, o educador deverá ponderar sobre o uso e o benefício da aplicação deste método.

Método Problem Basic Learning- Este sistema propõe o aprendizado pela apresentação de problemas, abordando temas dos quais os alunos ainda não detêm conhecimento, comportando questões de ordem jurídica e não jurídica, cabendo a eles por meios próprios, dar solução ao caso, que pode ser verídico ou inventado.

Estimulados na obtenção do êxito, por conta própria, por meio de leituras afins, adquirem conhecimentos.

Analisadas as formas específicas de aprendizagem, chega-se à conclusão que, não é possível apontar esta ou aquela metodologia como

a mais eficiente, ou que melhor conduzirá a aprendizagem de forma mais rápida.

O profissional, deverá cautelosamente, considerando as diferenças existentes nos elementos, na diversidade de cultura e na realidade sócio-econômica de cada grupo, escolher o método mais adequado, capaz de alcançar o maior índice de evolução no aprendizado. Poderá inclusive, como já ressaltado, mesclar métodos, se entender positivo em busca do seu objetivo.

Talvez seja essa uma das grandes diferenças no êxito do ensino, vez que não se pode verdadeiramente afirmar que esta ou àquela metodologia será mais eficaz, isto dependerá de vários fatores, que são variáveis, e somente o Professor atento a todas estas variações poderá escolher por uma ou algumas delas.

3.1- A SUBMISSÃO DE CASOS CONCRETOS AOS ALUNOS

Alguns autores, condenam as aulas expositivas, alegando que nelas, o professor apenas deposita o seu conhecimento nos alunos, comparados a um banco de dados.

Sustentam que este tipo de aula, em nada acrescentará no processo ensino-aprendizagem.

Contudo, considerando que até hoje são as predominantes nos cursos de direito, devemos analisar com cuidado sobre as afirmações lançadas.

Em que pesem tais críticas, refletindo sobre o assunto, há sempre uma forma de inovar e desta forma aproveitar desta antiga prática, que caiu na descrença dos estudiosos.

Como já ressaltado neste trabalho, os estímulos, o aprendizado, vão depender mais do comportamento do professor, da maneira como o docente conduz a aula, do que propriamente da metodologia empregada, que sempre poderá ser reformulada.

Diante desta constatação, cabe ao Professor saber conduzir a aula, podendo ministrar aulas expositivas, apresentando os casos concretos, desde que não leve a resposta pronta aos alunos, deixando os mesmos buscarem as soluções possíveis.

Sob este enfoque, a depender da criatividade do docente, a aula expositiva, pode se transformar de grande valia como forma alternativa de transmitir conhecimentos e estimular tanto à reflexão quanto à pesquisa.

4- O PAPEL DO PROFESSOR NO ENSINO JURÍDICO

Considerando que o Professor é a peça principal para o desenvolvimento do processo ensino-aprendizagem, recaindo sobre ele a responsabilização pelo êxito ou fracasso da turma.

Moura (2006), nos retrata que:

A função do professor de direito, tendo em vista a realidade atual de um ensino superior que tem a possibilidade de acesso democratizado prevista no art. 208 da Constituição da República de 1988 como a forma de efetividade do dever estatal, deve ser vista com cuidado, pois de grande relevância.

No entanto, cabe indagar se o Professor tem consciência desta importância, do impacto que exerce com seu trabalho sobre os seus pupilos, que é fundamental para a formação dos alunos, cujo papel vai muito além de transferir conhecimentos.

Parece que de acordo com as exposições abaixo, a resposta é negativa, passemos a conferir:

Defendendo a ausência do conhecimento do docente de sua importância no ensino jurídico, Sanches e Soares (2014, p.97) apud Mello:

O fato de o docente ter pouca consciência do papel que representa (ser professor) traz ao menos duas consequências :

- a) baixo desempenho dos sujeitos da aprendizagem, que melhor apoiados e orientados, poderiam produzir melhores resultados;
- b) utilização, pelo professor, no seu dia-a-dia, de atitudes e idéias nas quais não acredita realmente ou não gostaria de reproduzir.

Portanto, se faz essencial à conscientização do corpo docente desta missão que é o Magistério, vez que é o professor o intermediador dos

ensinamentos, teóricos, práticos, de pesquisa, de investigação, de boa conduta social, de caminhos e de expectativas de vida do educando.

Continuam concluindo (Sanches e Soares-2014-p.121): “Nesse cenário, o professor dos cursos jurídicos ainda não dimensiona seu poder como agente educacional, como incentivador de transformações. “

Para obtenção de rendimento de seus ensinamentos, deve o docente sempre fazer uma auto-avaliação, se questionando: “Os alunos gostam das minhas aulas?

Participam ativamente das questões propostas?

Como posso inovar a matéria para despertar ainda mais o interesse dos alunos? Quais as novas propostas/formas de ensino que posso oferecer? “

Mas afinal, o que se espera do Docente do ensino jurídico?

Sanchez e Soares,(2014, p.99) aludindo ao entendimento de Ferreira Sobrinho (1997,p.27) se pronunciaram a respeito:

o perfil do professor dos cursos jurídicos compõe-se ou deveria ser composto por três momentos: preparo didático, preparo científico e comportamento ético, sem os quais, “compreendidos de forma conjugada, não se pode falar de um professor universitário:

Acrescentam as aludidas autoras (2014, p.99) que:

Se o professor possuir tais pré-requisitos ele poderá prestar um bom serviço para a sua universidade e para a sociedade, pelo fato de estar comprometido com uma concepção de ensino e esse comprometimento possibilitará que ele tenha autoridade na sala de aula, ainda que suas posições sejam discutíveis.

Por conseguinte, asseveram, corroborando essa idéia, Sanches e Soares(2014;p.99), apud Ferreira Sobrinho (2007,p.40):

O que se revela importante é a presença desses três momentos, de forma conjugada. Eles é que verdadeiramente darão suporte para o professor. O conhecimento técnico permitirá

que ele discorra sobre a matéria sem apelar para truques baratos de prestidigitação; o conhecimento de didática funcionará como uma espécie de bússola a fim de que ele saiba para onde está indo e quando será o momento de mudar a rota; a ética o resguardará da tentação de produto da imoralidade acadêmica que, não raro, faz aparições públicas vestida de austeridade.

Otaviano (2014, p. 6), assim dispôs:

Para a concretização desse anseio é indispensável que o professor coloque à disposição do processo de ensino toda a sua carga de conhecimentos. Conhecimento científico-acadêmico e, também, todo o conhecimento adquirido ao longo da sua formação como ser humano.

Acrescenta o aludido Autor (2014,p.7):

Cabe ao professor, então, colocar à disposição do processo de educação todo o seu potencial. Tornando-se instrumento que permita ao educando conviver com a modernidade social. Para isso pode-se citar a necessidade do educando adquirir recursos para o trabalho em grupo, a contextualização do conhecimento, a solução de problemas, entre outros.

Otaviano (2014, p.7), quanto a Resolução CNE/CES nº9, esclarece que:

É clara a identificação entre o ideal traçado pela Resolução CNE/CES nº 9, para os cursos de Direito, é o papel que se espera do professor, atualmente. A utilização do currículo como instrumento apto a possibilitar o desenvolvimento das competências e habilidades indispensáveis ao bacharel em Direito condiz, exatamente, com o papel que o professor deve desempenhar no processo de ensino e aprendizagem.

Comungando dos pensamentos acima esposados, como futura docente na área jurídica, ousou acrescentar que, o sucesso para ser um

bom professor, depende de fatores internos e externos, não dá para prescrever, não é como receita de bolo, vez que, além do vasto conhecimento da matéria (que é muito importante), não basta ter formação pedagógica, pura e simplesmente, ou ser um pesquisador, ou ainda dedicar-se exclusivamente ao magistério.

Nem se duvida que um professor que reúna todo este conjunto acima mencionado, terá chance de realizar um bom trabalho, porém não é certo que tenha êxito em sua empreitada .

Para o novo perfil do docente que se impõe, é preciso mais, é preciso ter carisma, amar ensinar, se realizar por transmitir os conhecimentos adquiridos com os estudos, com a prática, com a vida aos que estão iniciando a caminhada, é preciso comprometimento com a profissão que escolheu, é preciso participar, estimular, muitas vezes ousar, não ter medo de inovar.

Necessário entender que, cada um dos alunos tem suas limitações, sua própria história, boa ou ruim, mas que o diferencia dos demais, mas nem por isso, deixa de merecer respeito dos seus colegas de turma e do Professor .

Em sala de aula, o diálogo é de suma relevância, não existe melhor e nem pior, todos iguais, para aprender e também para ensinar, em perfeita sintonia de troca de informações.

Por fim, deve-se atentar para que toda a engrenagem educacional esteja funcionando bem.

O estabelecimento de ensino deve considerar além da técnica/conhecimento para a escolha de seus contratados, observar se existe uma (pré) disposição especial ao Magistério, a arte de ensinar não é para todos, o docente tem que ter visão de cooperação para um segmento educacional e social de forma paralela.

De outro lado, os professores têm que se conscientizar da relevância de seu papel no contexto social, dar continuidade a cursos de reciclagem profissional; participar mais ativamente das atividades propostas, incentivar aos graduandos à pesquisa, à leitura, à reflexão e firmeza nas suas conclusões.

Quanto aos estudantes de direito, lhes cabem aproveitar todas as chances propiciadas em sala de aula, indagar, questionar, discordar, se for o caso, não se deixando submeter a uma educação passiva. .

Nesse contexto, firme que a sociedade está em constante evolução, não podendo o direito ficar estagnado, de igual forma, os docentes da área jurídica deverão estar abertos para acompanhar as mudanças necessárias ao pleno desenvolvimento dos futuros profissionais do direito.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realizarmos uma análise do papel do professor no ensino jurídico e os aspectos relevantes do processo ensino-aprendizagem, constata-se que ainda hoje, a prevalência nos cursos de direito é de aula expositiva, e, com docentes possuidores apenas de especialização, oriundos de carreiras jurídicas, como magistrados, advogados, defensores públicos, Promotores de justiça, procuradores federais, estaduais e municipais, visando com a função de professores, o aumento de seus rendimentos.

As universidades não exigem dos futuros professores formação pedagógica, o que é outro fator apontado como negativo no processo ensino-aprendizagem.

Diante de várias causas, houve um enfraquecimento na qualidade do ensino jurídico no Brasil.

É marcante a ausência de comprometimento com o novo perfil que a sociedade impõe aos professores da área jurídica, em especial, como meio de transformação de alunos, até então voltados apenas para a assimilação de leis pura e simplesmente.

Inquestionável que a maioria dos docentes não tem ciência da importância que o seu desempenho como professor influencia diretamente na vida dos alunos e indiretamente na sociedade como um todo.

Contudo, é fato que, não se pode mais admitir atualmente, aulas de direito apenas sob o enfoque seco das leis, que não desafiem o aluno a uma reflexão sobre o tema abordado e a extrair suas próprias conclusões.

O papel do professor sob um novo prisma, deve ser visto como intermediário na construção de graduandos levados a tomada de atitudes, à reflexão, das leis, dos casos analisados, do mundo, capazes de perceber que da mesma forma que a sociedade se transforma ao longo dos anos, as leis, o direito, e também os futuros profissionais deve-

rão estar abertos para acompanharem as mudanças para uma sociedade mais justa e solidária.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 16/03/17

FELIX; Arielle Alves Poton; GRAÇA; Claudia Maria Martins Barbosa; ROCHA; Paulo Henrique Borges. **Formação Docente: Uma necessidade imediata em tempos de “crise” do ensino jurídico.** Disponível em www.fdsu.edu.br/[pdf] Acesso em 14/03/17

MOURA, Marcelo de Souza. **A função Social do Professor de Ensino Jurídico no novo milênio: uma perspectiva weberiana.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigo_id=1460. Acesso em 12/03/2017.

NAZIAZENO; Érika Lima. **A capacitação do docente no ensino do direito.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29797/Magisteriojuridico> Acesso em 14/03/17.

OTAVIANO, Luiz Renato. **O papel do professor na superação da crise do ensino jurídico no Brasil;** Disponível em: <<http://Irto.jus.brasil.com.br/artigos/1219434/>> Acesso em 14/03/17.

RESOLUÇÃO CNE/CES nº9/2004-MEC. Disponível em portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf Acesso em 10/01/2017.

SANCHES; Raquel Cristina Ferraroni; SOARES; Fernanda Heloisa Macedo . **Construção da Identidade Docente do Professor de Direito.** 1ª Edição-São Paulo:. Letras Jurídicas,2014.

O TCU E AS “PEDALADAS FISCAIS” COMO CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL: UMA MITIGAÇÃO DO SENSO DE JUSTIÇA NO IMPEACHMENT DE DILMA

José Carlos Melo Miranda de Oliveira

Glauber Lacerda Santos

Maria da Conceição Fonseca-Silva

Luís Cláudio Aguiar Gonçalves

1 Introdução

O presente trabalho tem como objeto a realização de uma análise, no âmbito de julgamentos proferidos no Tribunal de Contas da União (TCU), da caracterização das condutas denominadas “pedaladas fiscais” como crime de responsabilidade fiscal, tipo de ilícito que justifica o início do processo de *impeachment* contra aquele que ocupa o cargo de Presidente da República, para constatar se houve ou não isonomia na análise das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff levada a efeito pelo TCU, quando comparada às análises das contas apresentadas por outros Chefes do Poder Executivo Federal que a precederam, considerando-se o período pós Constituição de 1988.

Esta pesquisa se justifica na medida em que poderá demonstrar se houve, entre os anos de 2014 e 2015, a produção artificial de uma jus-

tificativa para a abertura de processo com vistas à cassação de mandato de uma Presidente eleita pelo voto popular, fato que, acaso tenha ocorrido, poderá ter dado ensejo a uma atuação contrária aos mandamentos constitucionais aplicáveis à matéria, já que, muito embora comporte o *impeachment* um julgamento político, amparado em juízo de conveniência e oportunidade, há, nos termos prescritos na Carta Magna de 1988, a necessidade de demonstração de justa causa jurídica para que o mesmo seja iniciado.

Diante disso, formulamos o seguinte problema de pesquisa: em relação à reprovação das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff pelo TCU, houve tratamento de igualdade, quando comparada essa análise às análises das contas apresentadas por outros administradores que ocuparam o mesmo cargo, no que tange ao reconhecimento do caráter ilícito das condutas conhecidas como “pedaladas discais”? E, acaso tenha havido tratamento desigual, quais fatores o determinaram?

O objetivo da pesquisa consiste em analisar, com base em documentos fornecidos pelo TCU e pela Caixa Econômica Federal (CEF), se houve, com base nas condutas chamadas como “pedaladas discais”, reprimenda, originada do TCU e dos demais órgãos de controle externo da Presidência da República, a todos as pessoas que ocuparam o cargo de Presidente da República, no período pós-redemocratização.

Neste artigo, desenvolvemos um estudo de caso, do tipo descritivo-exploratório, que se utiliza de abordagem qualitativa. O arquivo analítico foi constituído de cópias dos principais documentos relacionados às análises de contas de vários Presidentes da República, do período pós-redemocratização do Brasil, disponibilizadas no sítio do TCU, bem como de outros elementos de prova cujo conteúdo foi obtido mediante a utilização de instrumentos de transparência postos à disposição dos cidadãos, em atendimento à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12. 527/2011).

Ao final das análises realizadas, os dados apontaram para a ocorrência de um tratamento desigual no julgamento das contas apresentadas por Dilma Rousseff, relativas ao exercício financeiro de 2014, indicando uma mudança de entendimento casuística do Tribunal de Contas da União no que tange à caracterização das “pedaladas fiscais” como crimes de responsabilidade fiscal, e, em função disso, uma miti-

gação do senso de justiça, no sentido filosófico atribuído por Ricoeur (2008).

2 As “pedaladas fiscais” como crimes de responsabilidade

O pedido de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff fundamentou-se na prática de uma conduta que foi considerada como configuradora de crime de responsabilidade fiscal, qual seja, o cometimento, dentre outras atividades menos relevantes, das chamadas “pedaladas fiscais”, que podem ser conceituadas, conforme Vidal (2016), como a “Prática do Tesouro Nacional de atrasar, intencionalmente, o repasse de dinheiro para bancos públicos e autarquias, a exemplo do INSS”.

As “pedaladas fiscais” alegadamente cometidas por Dilma, foram entendidas como ilícitas pelo TCU, à luz do art. 36, da Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em duas oportunidades: tanto no julgamento das contas da Presidente da República referentes ao exercício financeiro de 2014, último ano do seu primeiro mandato, quanto na apreciação das contas referentes a 2015, primeiro ano de seu segundo mandato.

De acordo com as decisões adotadas pelo TCU nas duas oportunidades citadas, as “pedaladas fiscais” alegadamente praticadas por Dilma teriam restado configuradas em razão de atrasos no repasse de recursos do Tesouro Nacional a autarquias federais e a bancos públicos, como a Caixa Econômica Federal. Os recursos em questão seriam destinados ao pagamentos de benefícios sociais – Bolsa Família e Seguro-Desemprego, principalmente –, representando os atrasos no repasse dos mesmos, segundo entendeu o TCU, verdadeiros empréstimos contraídos pela União junto a instituições financeiras oficiais por ela controladas, o que acarretaria ofensa ao disposto no já citado art. 36, da LRF, o qual estabelece, *in verbis*, que: “art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo”.

Segundo Abraham (2015),

A proibição do art. 36 da LRF não é em vão e se justifica por razões de transparência, de controle e de gestão fiscal responsável. Afinal, quem não se recorda da crise dos bancos públicos estaduais que o país viveu na década de 1990, jogando-se pelo ralo bilhões de reais com programas de reestruturação do sistema financeiro, como o PROER?

Faz-se, ainda, necessário esclarecer que a LRF tem como fundamento constitucional o disposto no art. 165, § 9º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que compete a Lei Complementar Federal editar normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos. Portanto, o estabelecimento dessas regras acerca de Direito Financeiro atende a uma imposição do legislador constituinte de 1988, estando, pois, fundada em legitimidade decorrente da soberania popular.

No caso da análise das contas de Dilma, a questão primordial era verificar o enquadramento das “pedaladas fiscais” à proibição ventilada no art. 36, da LRF, ou seja, se teria a Presidente Dilma Rousseff, ao atrasar o repasse de verbas do Tesouro Federal para autarquias e Bancos Públicos Federais, contraído ou não empréstimos junto às aludidas instituições oficiais vinculadas à União. Em relação a esse ponto, dois argumentos se contrapunham: de um lado, o entendimento do TCU, assim resumido por Abraham (2015):

Ocorre que esta prática das pedaladas fiscais foi objeto de análise recente pelo Plenário do TCU no Acórdão nº 825/2015, em que o Ministro Relator José Múcio Monteiro chegou a equipará-la a um “cheque especial” da União na CEF, expressando, ao final, a sua perplexidade ao dizer que: “ainda não compreendido como é que dezenas de bilhões de reais de passivos da União tornaram-se imperceptíveis ou indiferentes aos olhos do Banco Central”.

Do outro lado, o argumento desenvolvido da defesa da Presidente da República, no sentido de que as “pedaladas fiscais” não estariam enquadradas na proibição do art. 36, da LRF, haja vista que o próprio

TCU, no bojo de decisão exarada no Acórdão 992/2014, não havia vislumbrado qualquer irregularidade nessa prática, ao deixar consignado que não seria razoável classificar como operações de crédito meros atrasos de curtíssimo prazo no repasse de recursos do Tesouro, previstos e em condições estipuladas contratualmente, como no caso dos programas sociais pagos por intermédio da CEF.

Com base nesse argumento, ainda foi requerido na defesa apresentada por Dilma Rousseff que, em atenção ao Princípio da Segurança Jurídica, o novo entendimento do órgão de contas federal tivesse efeitos apenas prospectivos, orientando a atuação futura da Presidência da República, e não podendo ter eficácia imediata para punir atos realizados no passado.

Analisando o caso, o relator no TCU do Processo de Prestação de Contas da Presidência da República referentes ao exercício de 2014, Ministro Augusto Nardes, opinou pela rejeição das mesmas. Abaixo, citamos excerto retirado da decisão em que foram julgadas as contas relativas ao exercício financeiro de 2014:

[...] devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual, razão pela qual as Contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2015a, p. 899).

O mesmo parecer opinativo do TCU pela rejeição das contas apresentadas pela Presidência da República foi exarado em relação às contas pertinentes ao exercício financeiro de 2015. Com isso, considerando que 2015 representou o primeiro ano do segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff, o Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Eduardo Cunha, fazendo uso de atribuição constitucional que lhe competia, acatou uma das denúncias então formuladas.

O parecer do TCU opinando pela rejeição também das contas referentes ao exercício financeiro de 2015, primeiro ano do segundo mandato da então Presidente Dilma Rousseff, foi decisivo para o acolhimento da denúncia contra ela ofertada, sob a alegação de prática de crime de responsabilidade, visto que, nos termos expostos no art. 86, § 4º, da Constituição Federal de 1988, o Presidente da República, na vigência do seu mandato não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício da sua função; e isso inclui atos anteriores ao mandato vigente – no caso, as “pedaladas fiscais” alegadamente praticadas no ano de 2014, último de seu primeiro mandato.

Dessa forma, quando em seu parecer o TCU opina pela rejeição das contas da Presidente também em relação ao exercício financeiro de 2015, a Corte “cria” a base jurídica para instauração do processo político de cassação (processo de *impeachment*). Acerca disso, citamos trecho do Parecer Prévio elaborado no âmbito do TCU, referente às contas da então Presidente da República, referente ao exercício financeiro de 2015:

O Tribunal de Contas da União emitiu o parecer de que as contas atinentes ao exercício financeiro de 2015, apresentadas pela Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, não estão em condições de serem aprovadas pelo Congresso Nacional, recomendando-se a sua rejeição (BRASIL, 2015b, p. 2).

Ocorre que, no curso de nossa pesquisa, obtivemos, com força na Lei de Acesso à Informação, junto à Caixa Econômica Federal, correspondência que foi enviada por essa instituição financeira ao TCU (Ofício nº 0014/2015/DEFAB), em resposta a questionamento que lhe foi formulado pelo referido órgão de contas, na qual ficou expressamente consignada a existência de “pedaladas fiscais” também nos governos de antecessores da ex-Presidente Dilma Rousseff, a saber:

a) Governo Itamar Franco (1992-1994): percebemos, pela análise dos documentos da CEF, que houve atraso nos repasses de verbas do Tesouro Nacional para pagamento do se-

guro desemprego nos meses de fevereiro de 1994 (déficit de R\$ 15.401.683,11) e outubro também de 1994 (déficit de R\$ 21.477.117,87);

b) Governo Fernando Henrique Cardoso (1º mandato: 1995-1998; 2º mandato: 1999-2002): também pela análise dos documentos da Caixa Econômica Federal, verificamos a existência de atraso nos repasses de recurso públicos para pagamento do seguro desemprego em 06 oportunidades, referentes aos meses de setembro de 1996 (déficit de R\$ 3.388.269,13), julho de 2001 (déficit de R\$ 12.582.854,20), janeiro de 2002 (déficit de R\$ 98.832.748,25), março de 2002 (déficit de R\$ 298.703,42), abril de 2002 (déficit de 171.492.856,74), junho de 2002 (déficit de R\$ 293.879.831,83); além disso, houve também atrasos nos repasses de verbas para pagamento de abono salarial referentes aos meses de setembro de 2001 (déficit de R\$ 18.569.337,48), novembro de 2001 (déficit de R\$ 24.798.582,64) e dezembro de 2001 (déficit de R\$ 22.274.239,12);

¶ ① Governo Luís Inácio Lula da Silva (1º mandato: 2003-2006; 2º mandato: 2007- 2010): constatamos, nos referidos documentos fornecidos pela CEF, atrasos nos repasses de recursos para pagamento do seguro desemprego nos meses de setembro de 2003 (déficit de R\$ 236.418.128,33), agosto de 2004 (déficit de R\$ 160.388.160,42), setembro de 2004 (déficit de R\$ 2.719.388,01), abril de 2005 (déficit de R\$ 2.833.443,21), maio de 2005 (déficit de R\$ 10.413.810,90), abril de 2007 (déficit de R\$ 340.160,79) e novembro de 2009 (déficit de R\$ 61.100.372,42). Além disso, houve atrasos também nos repasses de verbas do Tesouro Nacional para pagamento de abono salarial nos meses de setembro de 2003 (déficit de R\$ 145.108.615,80), novembro de 2003 (déficit de R\$ 98.593.410,35), agosto de 2004 (déficit de R\$ 81.424.989,76), outubro de 2004 (déficit de R\$ 72.999.963,66), novembro de 2004 (déficit no valor de R\$ 264.463.749,50), outubro de 2005 (déficit no valor de R\$ 8.403.686,81), novembro de 2005 (déficit no valor de R\$ 11.737.431,47), dezembro de 2005 (déficit no valor de R\$ 2.016.667,78), julho de 2006

(déficit no valor de R\$ 9.831.106,27), novembro de 2006 (déficit no valor de R\$ 312.002.588,01), junho de 2009 (déficit no valor de R\$ 1.712.636,64), setembro de 2009 (déficit no valor de R\$ 24.370.196,95), novembro de 2009 (déficit no valor de R\$ 11.755.464,59), junho de 2010 (déficit no valor de R\$ 8.612.334,97) e setembro de 2010 (déficit no valor de R\$ 25.488.514,51). Por fim, observamos, ainda, atrasos para efetivação de pagamento de benefícios vinculados ao Bolsa Família, referentes aos meses de outubro de 2003 (déficit no valor de R\$ 10.582.143,54), novembro de 2003 (déficit no valor de R\$ 13.969.215,39), abril de 2005 (déficit no valor de R\$ 39.337.998,81), agosto de 2010 (déficit no valor de R\$ 107.319,63) e dezembro de 2010 (déficit no valor de R\$ 104.998.492,78).

Entretanto, quando se analisa os pareceres emitidos pelo TCU, após análise das contas dos ex-Presidentes da República Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio “Lula” da Silva⁵, referente aos exercícios financeiros nos quais foram constatados atrasos nos repasses de recursos à Caixa Econômica Federal para custeio de programas sociais, verificamos que o mencionado órgão de contas não apontou quaisquer irregularidades nas contas desses Ex-Presidentes da República, dado que demonstra que houve, neste particular, mudança de entendimento do TCU em relação à licitude ou não das “pedaladas fiscais”, quando da análise das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff, especificamente no que tange aos exercícios de 2014 e 2015. Esse novo

5 Não pudemos determinar o tratamento conferido às contas do ex-Presidente Itamar Franco, tendo em vista que, nos termos de correspondência eletrônica que nos foi encaminhada pelo TCU, tivemos a informação de que só estão disponíveis eletronicamente os Relatórios das Contas de Governo da República do exercício financeiro de 1995 em diante, ou seja, de período posterior à ocorrência dos atrasos apontados, que se deram, como visto anteriormente, no ano de 1994. Em adendo, na mesma correspondência eletrônica, o TCU consignou que não existe a possibilidade de fornecimento de cópias das análises de contas da Presidência da República anteriores a 1995, por não possuir mais exemplares físicos para distribuição. Os únicos exemplares existentes, complementa, só podem ser consultados na Biblioteca do TCU em Brasília, situação que inviabilizou o nosso contato com a aludida documentação.

posicionamento do TCU de “condenar” atrasos no repasse de verbas devidas a bancos públicos foi específico em relação aos dois exercícios financeiros antes mencionados do governo Dilma Rousseff, visto que, em anos anteriores, também houve atrasos nos repasses de verbas para a efetivação de pagamentos de benefícios de programas sociais, administrados por bancos públicos oficiais, sem que o TCU apontasse qualquer irregularidade nas contas apresentadas. Ao contrário, as contas da ex-Presidente Dilma Rousseff, anteriores a 2014 e 2015, foram todas aprovadas pelo TCU, nada obstante possamos identificar vários atrasos, conforme a seguir demonstrado:

a) Atrasos para pagamento de parcelas do Seguro-Desemprego: novembro de 2011 (déficit no valor de R\$ 520.101.062,81), fevereiro de 2012 (déficit no valor de R\$ 88.394.713,19), maio de 2012 (déficit no valor de R\$ 65.681.643,34), julho de 2012 (déficit no valor de R\$ 16.769.077,28), setembro de 2012 (déficit no valor de R\$ 8.849.434,95), dezembro de 2012 (déficit no valor de R\$ 496.993.393,51), maio de 2013 (déficit no valor de R\$ 4.668.568,96), agosto de 2013 (déficit no valor de R\$ 576.255.786,36), setembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.519.616.679,71), outubro de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.289.782.970,92), novembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 653.887.506,38) e dezembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.872.227.712,14);

b) Atrasos para pagamento de valores do Abono Salarial: novembro de 2012 (déficit no valor de R\$ 338.752.038,35), julho de 2013 (déficit no valor de R\$ 207.138.416,61), agosto de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.497.068.136,31), setembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 89.503.233,87), outubro de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.583.630.833,66), novembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 351.716.840,76) e dezembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 620.019.346,78);

c) Atrasos para pagamento de valores do Programa “Bolsa Família”: julho de 2012 (déficit no valor de R\$ 135.050.743,05), agosto de 2012 (déficit no valor de R\$ 12.819.178,45), setembro de 2012 (déficit no valor de R\$ 182.967.467,57), outubro

de 2012 (déficit no valor de R\$ 18.318.870,25), maio de 2013 (déficit no valor de R\$ 17.806.510,13), outubro de 2013 (déficit no valor de R\$ 1.199.183,78), novembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 226.459.371,20) e dezembro de 2013 (déficit no valor de R\$ 460.681.312,20).

A análise e o cotejo desses dados mostram que a prática do governo “Dilma” de atrasar os repasses de verbas destinadas à CEF já vinham ocorrendo antes de 2014 e 2015, quando as “pedaladas fiscais” passaram a ser condenadas pelo TCU, sem que houvesse qualquer tipo de reprimenda ou orientação à Presidência da República. Isso fica ainda demonstrado quando observamos que o Tribunal de Contas da União, analisando as contas relativas aos exercícios financeiros de 2011, 2012 e 2013, opinou pela conformidade dos dados contábeis apresentados pela então Presidente Dilma Rousseff, alterando o seu posicionamento em relação à legalidade das “pedaladas fiscais” apenas nos já mencionados exercícios financeiros de 2014 e 2015, quando passou a compreender como ilícitos os atrasos nos repasse de recursos do Tesouro Nacional destinados a bancos públicos e a tê-los como atos equivalentes à contratação de empréstimos, o que contrariaria o quanto disposto no art. 36, da LRF.

Entretanto, para que restasse demonstrado que essa mudança de entendimento do TCU atingiu período específico do governo de Dilma Rousseff, faltava verificar uma última questão: o seu sucessor também reiterou na prática de atrasar repasses de recursos públicos destinados à CEF para fazer frente ao pagamento de benefícios sociais? Em caso de serem identificados atrasos, houve parecer opinativo do TCU no sentido da reprovação das contas da Presidência da República, mantendo o entendimento adotado quando da análise das contas de Dilma 2014/2015?

Para responder a esses questionamentos, também partimos da análise de dados e documentos que nos foram disponibilizados pela Caixa Econômica Federal, referentes às contas mantidas na instituição, que são movimentadas pelos Ministérios Setoriais para pagamento dos beneficiários dos Programas Seguro Desemprego, Bolsa Família e Abono Salarial, no período compreendido entre 01 de setembro de

2015 até a presente data. Os dados e documentos em questão foram solicitados com base na Lei de Acesso à Informação. Após um primeiro indeferimento, interpusemos recurso administrativo e, finalmente, tivemos acesso às informações pleiteadas, quando constatamos que, de fato, também houve prática de “pedaladas fiscais” no governo Michel Temer, que se iniciou em 12 de maio de 2016, conforme adiante informado:

- a) Atrasos no repasse de verbas do “Bolsa Família”: outubro de 2016 (déficit no valor de R\$ 7.692.774,75), julho de 2017 (déficit no valor de R\$ 32.721.452,71);
- b) Atrasos no repasse de recursos do Tesouro Nacional para pagamento de parcelas do Seguro-Desemprego – Empregado Doméstico: janeiro de 2018 (déficit no valor de R\$ 565.097,00);
- c) Outros atrasos no repasse de valores destinados ao custeio de parcelas do Seguro-Desemprego: maio de 2016 (déficit no valor de R\$ 221.921.110,90, considerando que Michel Temer assume o governo provisoriamente em 12 de maio de 2016), janeiro de 2017 (déficit no valor de R\$ 31.087.387,46), fevereiro de 2017 (déficit no valor de R\$ 37.355.375,53), março de 2017 (déficit no valor de R\$ 37.832.608,96), abril de 2017 (déficit no valor de R\$ 37.829.777,96) e maio de 2017 (déficit no valor de R\$ 37.829.777,96).

Em consulta ao sítio do TCU, tivemos acesso às análises de contas da Presidência da República feita pelo aludido órgão no que pertinente aos exercícios financeiros de 2016 e 2017, períodos do governo de Michel Temer nos quais pudemos detectar atrasos nos repasses de verbas públicas destinadas à CEF, constando das análises levadas a efeito pelo TCU as seguintes conclusões:

- a) Exercício financeiro de 2016:

O Tribunal de Contas da União emitiu o parecer de que as Contas atinentes ao período, de responsabilidade do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Michel Miguel Elias

Temer Lulia, estão em condições de serem aprovadas pelo Congresso Nacional com ressalvas (BRASIL, 2016).

b) Exercício financeiro de 2017:

Em cumprimento ao art. 71, inciso I, da Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União apreciou as Contas do Presidente da República relativas ao exercício de 2017, com o objetivo de emitir o parecer prévio como subsídio ao julgamento a cargo do Congresso Nacional. As referidas contas são compostas pelo Balanço Geral da União e pelo relatório sobre a execução dos orçamentos da União. Assim, em 13/6/2018, o Tribunal de Contas da União emitiu o parecer de que as Contas estão em condições de serem aprovadas pelo Congresso Nacional com ressalvas (BRASIL, 2018, p. 1).

Vê-se, portanto, que o entendimento do TCU de considerar as “pedaladas fiscais” como prática que configura os empréstimos vedados pelo art. 36, da LRF, restringiu-se às análises das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff, relativas aos anos de 2014 e 2015, visto que, antes desses dois exercícios financeiros, e mesmo nos exercícios financeiros subsequentes, o TCU, mesmo diante de atrasos no repasse de verbas destinadas a bancos públicos para custeio de programas sociais, analisando as contas da Presidência da República, não opinou pela rejeição das mesmas, deixando de apontar a existência de qualquer prática como contrária às normas estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

De acordo com Ricoeur (2008), a superação da barbárie, da vingança irrefreada e de caráter privado emerge com a própria ideia de exercício privativo da função jurisdicional pelo Estado, na medida em que este se interpõe entre o ofensor e a vítima, estabelecendo uma justa distância entre as partes, e proferindo uma decisão terminativa que põe fim à cadeia de argumentos e contra-argumentos apresentados pelos litigantes. Nesse sentido, aquele que está investido na função de julgar deve fazê-lo com imparcialidade e isonomia, emitindo um *decisum* – ou, no caso do TCU, parecer opinativo – baseado na verdade e na justiça.

Embora a instituição de justiça, que ocupa o lugar desse terceiro imparcial, tenha sua expressão máxima na instituição judiciária, não está adstrita a uma entidade específica. Daí ser possível deslocar essa análise para a atuação do Tribunal de Contas da União, na medida em que, entre as atribuições que a Constituição Federal de 1988 confere a esse órgão, está a de apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República e as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (BRASIL, 1988).

Qualquer julgamento que se conduza pelo senso de justiça – aí incluindo-se os que resultam na elaboração dos pareceres prévios do Tribunal de Contas da União – pressupõe a existência de terceiros imparciais e equidistantes para análise do caso. Do contrário, as penalidades impostas pelo julgador atenderão mais ao espírito de vingança, do que ao sendo de justiça. No caso da análise das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff pelo TCU, pode-se concluir pela não presença de um senso de justiça na orientação das decisões adotadas, tendo em vista que aqueles que ocuparam a posição de terceiros imparciais, a saber, os ministros do TCU, não se valeram de um mesmo padrão decisório frente a situações equivalentes: isso porque, quando comparadas às decisões pregressas, relativas às contas apresentadas pelos antecessores da ex-Presidente Dilma Rousseff, bem como à análise das contas de seu sucessor, vê-se que o TCU dispensou um tratamento desigual e casuístico a Dilma.

Considerações finais

Os resultados da pesquisa apontam para ausência de isonomia na análise das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff por parte do TCU, relativas aos exercícios financeiros de 2014 e 2015, sendo que o parecer técnico em que a Corte de Contas opinou pela rejeição das contas do ano de 2015 fundamentou a denúncia que deu início ao processo de *impeachment* de Dilma. A mudança repentina de entendimento do TCU acerca da legalidade das “pedaladas fiscais”, quando do julgamento das contas da ex-Presidente Dilma Rousseff, passando a equiparar os atrasos nos repasses de verbas públicas devidas a bancos oficiais

aos empréstimos vedados pelo art. 36, da LRF, e, conseqüentemente, a tê-los como ações configuradoras de crime de responsabilidade fiscal, indica mitigação do senso de justiça, o que acabou por produzir a fundamentação jurídica que viabilizou o *impeachment* de Dilma.

Como a análise dos dados demonstrou, especificamente em relação às contas presidenciais alusivas aos anos de 2014 e 2015, quando o país se encontrava governado pela então Presidente Dilma Rousseff, os Ministros do TCU alteraram seu entendimento acerca da licitude da prática contábil consistente em atrasar o repasse de verbas a bancos públicos, dinheiro esse que seria utilizado para o pagamento de diversos programas sociais, como Seguro Desemprego, Bolsa Família e Abono Salarial.

Verificamos, ainda, que, em relação aos contas do exercícios financeiros de 2011, 2012 e 2013, quando já se encontrava na Presidência a Sra. Dilma Rousseff, e mesmo antes, nos governos de FHC e Lula, e depois, no governo de Temer, também houve o cometimento de “pedaladas fiscais”, sem que o TCU se posicionasse no sentido de defini-las como crime de responsabilidade fiscal, tal como tipificado na LRF.

Referências

ABRAHAM, Marcus. **Para entender as pedaladas fiscais**. JusBrasil, Brasília-DF: 06 ago. 2015. Disponível em <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/noticias/217060035/artigo-para-entender-as-pedaladas-fiscais>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: GIALLUCA, Alexandre; TÁVORA, Nestor. **Vade mecum**: 2012, com foco no exame da OAB e em concursos. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

BRASIL, 2015a. Tribunal de Contas da União. **Parecer Prévio 2015 - TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25B4A7A25015B-8801F49615D4>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL, 2015b. Tribunal de Contas da União. **Parecer - TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDown->

[load.jsp?fileId=8A8182A25B4A7A25015B8801F49615D4](https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25B4A7A25015B8801F49615D4)>.

Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL, 2016. Tribunal de Contas da União. Pareceres Prévios Sobre as Contas do Presidente da República – Exercício de 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25DAA01ED015DAE016A5E44AA>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL, 2018. Tribunal de Contas da União. Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo presidente da república referentes ao exercício de 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F6364D-8370163FB053CC01CC4&inline=1>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

RICOEUR, P. **O Justo 2:** justiça e verdade e outros estudos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

VIDAL, L. C. M. As pedaladas fiscais e a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 12 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&-ver=2.56557>>. Acesso em: 11 maio 2018.

A GESTÃO DO PRESIDENTE JAIR BOLSONARO FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19 SOB O ENFOQUE DO UTILITARISMO

Simone Alvarez Lima

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar as condutas do Presidente da República, Jair Bolsonaro, frente à pandemia de coronavírus que se espalhou rapidamente pelo mundo no ano de 2020 e que levou a vida de milhares de pessoas.

O primeiro item versa a respeito da Organização Mundial da Saúde (OMS), trazendo um pouco de sua história, seus objetivos primordiais previstos em sua Constituição e as recomendações que a organização internacional fez para os países que padecem com a pandemia de coronavírus, como, por exemplo, a quarentena.

No segundo item, são mencionados alguns dos comportamentos e medidas legislativas adotados pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, os quais demonstram que o Presidente age de forma contrária às recomendações da Organização Mundial da Saúde, colocando em risco a população brasileira e destaca a sua falta de apoio aos governadores que respeitam a quarentena, como Wilsel Witzel e João Doria.

Por fim, o terceiro e último item tem como objetivo fazer uma análise filosófica das condutas presidenciais, especialmente o fato de colocar a economia acima das vidas humanas, em uma errônea pers-

pectiva utilitarista. Neste item, ofertar-se-á a aplicação do princípio da máxima felicidade em favor da população, demonstrando que a quarentena tem mais efeito útil do que o seu fim, uma vez que traz maior felicidade (e menos dor) para o maior número de pessoas.

Trata-se de uma pesquisa relevante, uma vez que trata de um tema contemporâneo, que é a pandemia de coronavírus e oferta uma análise jurídico-filosófica a respeito do comportamento do Presidente da República, Jair Bolsonaro. Trata-se de uma pesquisa elaborada pelo método dedutivo, partindo de aspectos gerais para o específico.

Os dados foram objetivos de fontes bibliográficas e documentais, e foram tratados qualitativamente, uma vez que a abordagem quantitativa não foi o enfoque dado na análise dos dados obtidos.

1- DA RELEVÂNCIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

A importância de se estabelecer controle sanitário além fronteiras ficou evidente no Século XIV e nesta época, a luta contra pandemias viu na utilização da quarentena uma forma de preservação da vida alheia, especialmente nas cidades portuárias. Seitenfus (2016, p. 253) explica que a modernização dos transportes, como a ferrovia e o barco a vapor, torna premente a questão sanitária, pois acelera a transmissão de epidemia, sobretudo, a cólera.

No século XIX, ficou evidente para os Estados a importância de se criar uma organização para tornar eficientes medidas a fim de coordenar questões sanitárias a nível internacional. Napoleão Bonaparte reuniu, em Paris, em 1851, uma conferência sanitária internacional e, paulatinamente, foi construída uma filosofia sanitarista defensiva, a qual determinava que os países deveriam informar aos demais quando uma nova epidemia surgisse.

Após o final da 2ª Guerra Mundial, surgiu a atual maior autoridade em saúde do mundo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), formalizada em Nova Iorque, em 22 de julho de 1946, com sede em Genebra e com a finalidade principal de lutar para que todos os povos alcance o mais elevado grau de saúde. Seitenfus exemplifica alguns exemplos das funções desta organização:

- a) Auxiliar os Estados-membros na área de saúde;
- b) Coordenar e dirigir as questões sanitárias internacionais;
- c) Elaborar estudos e divulgar os resultados do combate às epidemias;
- d) Lutar para melhorias no saneamento básico, nutrição, habitação e higiene;
- e) Desenvolver normas internacionais para os produtos alimentícios, biológicos, farmacêuticos e similares. (SEITENFUS, 2016, p. 255)

Como uma organização internacional, trata-se de um ente de caráter institucional, com personalidade jurídica de Direito Internacional, fundamentada no poder dos Estados soberanos, logo, trata-se de um sujeito mediato de Direito Internacional Público (VARELLA, 2019, p. 294)

De acordo Mazzuoli (2015, p. 700), a Constituição da OMS, saúde não significa ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, assim, não basta apenas preservar a saúde do indivíduo mas não leva-lo a vivenciar situações que os levem ao desespero.

Desde março de 2020, discute-se a respeito da obrigatoriedade das decisões da OMS por parte dos Estados-Membros e, desde já, menciona-se que se tratam de recomendações, que podem, ou não, ser adotadas por tais Estados, tendo em vista seu efeito não cogente.

De acordo com a OMS, o Brasil se enquadra no patamar de país com transmissão comunitária pelo fato de não se poder mencionar de quem uma pessoa contraiu o vírus e pelo crescimento de testes positivos. Para este nível, é recomendado que se continue investigando os novos casos, a quarentena, o isolamento e o autoisolamento quando a pessoa sentir sintomas da doença. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, p. 02.)

O documento *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19)* é um guia de como os Estados Membros da OMS pode implantar a quarentena a fim de deter o surto. Além disso, reforça que as pessoas que estão em quaren-

tena devem ter as suas necessidades financeiras, sociais e psicológicas supridas e que as necessidades de populações vulneráveis devem ser priorizadas. (WORLD HEALTH ORGANIZATIONb, 2020, p. 01)

Em tradução livre, o documento alerta que “se a quarentena não for implementada apropriadamente, será apenas uma forma adicional de contaminação e disseminação da doença.” (WORLD HEALTH ORGANIZATIONb, 2020, p. 01) Assim, a fim de não fazer da quarentena um sacrifício ineficaz é que o Ministro da Saúde, Luis Henrique Mandetta, e o Governador Wilson Witzel, tal como o Governador de São Paulo, João Dória permanecem no posicionamento da manutenção da quarentena, pois afrouxá-la equivaleria a colocar a perder todos os esforços feitos a fim de conter o surto.

A saúde é um direito fundamental e, no âmbito internacional, é um direito humano, protegida no art. 10 do Protocolo de São Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos, mas isso não será aprofundado neste artigo tendo em vista o seu enfoque dentro da teoria utilitarista de justiça, contudo, a fim de demonstrar isso, essa informação faz-se necessária.

A Organização Mundial da Saúde, em síntese, alerta que a disseminação da pandemia de coronavírus é grave e que o Brasil está no estágio de que não é possível identificar de quem uma pessoa contraiu o vírus, logo, precisa cumprir um período de quarentena em prol da humanidade. Contudo, algumas condutas presidenciais não tem auxiliado na erradicação do vírus no Brasil, as quais serão mencionadas no item a seguir.

2- DA GESTÃO DE BOLSONARO FRENTE À PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

Em 31 de dezembro de 2019, foi diagnosticado o primeiro caso de coronavírus, em Wuhan, na China e o governo chinês, Xi Jinping, foi criticado, em março de 2020, pelo Deputado Federal, Eduardo Bolsonaro, por ter demorado a divulgar as notícias a respeito do COVID-19, o que levou à disseminação da pandemia.

Em 30 de janeiro de 2020, o Diretor-Geral da OMS explanou que o surto de coronavírus constitui uma emergência de saúde internacional e que, dentre as medidas de saúde pública a ser adotada, há a

quarentena, que inclui o isolamento social de pessoas saudáveis a fim de que elas não se contaminem, a qual faz parte do pacote de resposta à saúde pública e medidas de contenção estabelecidas no art. 3. do Regulamento Sanitário Internacional

A OMS apontou que diversos países demonstraram que a transmissão de uma pessoa para outra pode ser diminuída ou até interrompida a partir da quarentena, a qual também visa preparar os serviços de assistência médica e providenciar espaço nos hospitais.

Assim, os Governadores Estaduais têm lutado para manter a quarentena e bloquear o acesso entre Estados a fim de cumprir com o que a OMS recomendou. No mesmo caminho está o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, o qual tem explicitado a importância de as pessoas permanecerem em suas casas. Entretanto, o Presidente Jair Bolsonaro tem tomado decisões contrárias às recomendações da OMS e em diversas situações. Vejamos algumas:

Passos e Fabrini (2020) anunciaram que em 15 de março, o Presidente Jair Bolsonaro saiu rumo a Esplanada dos Ministérios e participou de protestos pró-governo, sem máscara, e não hesitou em tocar nas diversas pessoas e em fazer selfies, segurando celulares, dizendo que tais manifestações não tinham preço.

Bolsonaro havia acabado de voltar dos Estados Unidos, para onde viajou em 07 de março de 2020 para discutir com Donald Trump a respeito de possibilidades de restauração da democracia na Venezuela e demais políticas comerciais (G1, 2020), de onde mais de vinte pessoas de sua comissão contraíram o vírus. Bolsonaro realizou três testes que demonstraram que ele não estava com a doença. (G1, 2020)

Em 24 de março, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, mostrou contrariedade às medidas preventivas adotadas pelos governadores estaduais, especialmente Wilson Witzel (PSC-RJ) e João Doria (PSDB- SP), quando, na realidade, o que eles mais precisavam era de apoio. (O GLOBO, 2020)

Dentre as discordâncias estavam as medidas restritivas adotadas pelos governadores, que decidiram fechar as fronteiras interestaduais a fim de criar um cinturão de proteção, o que rendeu a Wilson Witzel e João Doria a acusação de usurpação de competências. Wilson Witzel vetou a visita a praias e pontos turísticos das cidades, cinema, visitação

à presídios, dentre outras, no Decreto nº 46.73, de 16 de março de 2020. No mesmo sentido, seguiu João Doria, com a edição do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020.

Questionou o fechamento de escolas porque o grupo de risco era formado por idosos, ignorando que tais crianças e adolescentes, ao voltar para casa, contaminavam seus familiares idosos. (BRASIL 247, 2020)

Devido ao seu “histórico de atleta”, Bolsonaro não se preocupava em contrair o coronavírus, pois, seria apenas uma “gripezinha”. (BE-TIM, 2020)

Em 25 de março, promulgou o Decreto nº 10.292, o qual regulamenta a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. O art. 1º do Decreto em questão modificou o art. 3º da referida lei, dentre as atividades essenciais, atividades religiosas de qualquer natureza e unidades lotéricas. Tais atividades tendem a formar aglomerações, colocando em risco pessoas de todas as idades.

Art. 1º O Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

§ 1º

X – geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, incluído o fornecimento de suprimentos para o funcionamento e a manutenção das centrais geradoras e dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, além de produção, transporte e distribuição de gás natural;

XX – serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil;

XXV – produção e distribuição de numerário à população e manutenção da infraestrutura tecnológica do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro;

XXVII – produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo;

XXXIII – atividades médico-periciais relacionadas com a seguridade social, compreendidas no art. 194 da Constituição;

XXXIV – atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência;

XXXV – outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;

XXXVI – fiscalização do trabalho;

XXXVII – atividades de pesquisa, científicas, laboratoriais ou similares relacionadas com a pandemia de que trata este Decreto;

XXXVIII – atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pelas advocacias públicas, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos serviços públicos;

XXXIX – atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e

XL – unidades lotéricas.

Os incisos XXXIX e XL do §1º do art. 3º do Decreto nº 10.292, entretanto, foram suspensos pela Justiça Federal, em 27 de março de 2020, por decisão liminar de pedido feito na Ação Civil Pública nº 5002814-73.2020.4.02.5111/RJ, promovida pelo Ministério Público Federal contra o Município de Duque de Caxias e a União. (JUSTIÇA FEDERAL, 2020). De acordo com o Juiz Federal Márcio Santoro Rocha, o tipo de atividade permitida no Decreto colocaria em risco o próprio Sistema Único de Saúde, como se pode verificar no seguinte trecho da sentença da mencionada Ação Civil Pública:

É também, pois, nítido que, conforme afirma o MPF, o decreto coloca em risco a eficácia das medidas de isolamento e achatamento de curva de casos da COVID-19, que são fatos notórios (cf. art. 374, I, do CPC) e amplamente noticiados pela imprensa, que vem, registre-se, desempenhando com maestria e isenção seu direito de informar. Tais medidas são fundamentais para que o Sistema de Saúde – público e privado – não entre em colapso, com imprevisível extensão das consequências trágicas a que isso possa levar. O acesso a igrejas, templos religiosos e lotéricas estimula a aglomeração e circulação de pessoas, e não é por outra razão, inclusive, que medidas extremas foram tomadas mundo a fora, inclusive com a realização compulsória de atos de cremação de cadáveres sem a presença de familiares e amigos. (1ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 5002814-73.2020.4.02.5118)

O Brasil não está preparado para reagir contra a disseminação do vírus em larga escala devido ao reconhecido despreparo que o sistema de saúde brasileiro menciona ter, não por incompetência, mas por questão de quantidade de profissionais, leitos e respiradores.

A falta de médicos é tão flagrante que, em 02 de abril de 2020, para aumentar a disponibilidade de profissionais, o Ministério da Saúde solicitou dados de médicos veterinários ao Conselho Federal de Medicina Veterinária para que estes viessem a integrar o Sistema Único de Saúde. (CONSELHO FEDERAL DE VETERINÁRIA, 2020)

Em 29 de março, Jair Bolsonaro defendeu a volta da população ao trabalho e ainda afirmou que pretende elaborar um decreto para que a população volte a trabalhar. Em suas palavras, “se o Brasil continuar tendo seus empregos destruídos, vocês vão ver a desgraça que vai se abater sobre o país.” Mais do que isso, iniciou uma campanha orçada em cerca de 5 milhões, com o slogan “o Brasil não pode parar.” (REUTERS, 2020)

Ressalta-se que esta campanha foi promovida sem o aval do Ministério da Saúde. Inclusive, Luis Henrique Mandetta sofre, cotidianamente, ameaças de demissão pelo fato deste destacar a importância da manutenção da quarentena como recomenda a Organização Mundial

da Saúde. Em 06 de abril de 2020, o Presidente Jair Bolsonaro decidiu exonerá-lo do cargo de Ministro da Saúde, mas foi convencido pelos Ministros Walter Braga Netto e Luiz Eduardo Ramos a não o retirar do cargo.

3- O UTILITARISMO PRESENTE NO DESCUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES DA OMS

O Presidente Jair Bolsonaro se preocupa muito com o impacto negativo que a pandemia pode trazer à economia. Quando estimulou que Igrejas, escolas e casas lotéricas fossem reabertas, ele não estava pensando na saúde da população, mas, sim, que o trabalho feito pelas pessoas era mais importante do que as suas próprias vidas.

Fortes e Zoboli (2009, p. 11) ressaltam que “a aceitação da dignidade humana como valor fundamental faz com que nos referenciemos ao imperativo categórico Kantiano, de ser cada indivíduo tratado sempre como um fim em si mesmo, não como um mero meio para a satisfação de interesses do Estado, de terceiros, da ciência ou de interesses industriais e comerciais.”

O utilitarismo, em diferentes momentos da história, colocou a vida humana em detrimento da economia, tal como abordou Sandel (2017, P. 56). Mencionando brevemente dois casos, o autor conta o caso da campanha preparada pela empresa de cigarros, Philip Morris, na República Tcheca, mostrando que o câncer de pulmão pode favorecer, economicamente, pois apesar dos fumantes demandarem maiores cuidados com a saúde, eles morrem cedo, o que, a longo prazo, permitiria ao Estado a poupar dinheiro com abrigos para idosos, pensões, levando, ao final, um lucro líquido de R\$ 147 milhões de reais ao ano. A maior crítica foi o fato de que, no passado, as companhias de tabaco tentavam esconder que o fumo matava, mas, atualmente, se gabam disso.

Outro caso que Sandel exemplifica de aplicação errônea do utilitarismo foi o lançamento do carro Ford Pinto, em 1970. Esse carro tinha um tanque de combustível perigoso, sujeito a explodir quando outro colidisse com ele pela parte traseira e mais de quinhentas pessoas faleceram carbonizadas.

Foi apontado o erro de projeto da Ford Motor Company, mas a empresa confessou que a análise de custo e benefício, levou à conclusão de que a melhoria da segurança seria muito mais custosa do que o conserto do carro em caso de acidente.

Entretanto, apesar de usar o método utilitarista de análise, Sandel aponta os erros na utilização do utilitarismo a seguir:

Um utilitarista não negaria a relevância dessas consequências mais amplas- a dor e o sofrimento, as famílias enlutadas, a perda da vida. Bentham criou o conceito da utilidade precisamente para capturar, em uma única escala, a natureza discrepante das coisas com as quais nos importamos, incluindo o valor da vida humana. Para alguém que pense como ele, o estudo sobre tabagismo não nega os princípios utilitaristas, mas os aplica de forma equivocada. Uma análise mais ampla de custo e benefício acrescentaria ao cálculo moral uma quantia que representasse o custo da morte prematura para o fumante e sua família e o confrontaria com a economia que essa morte traria para o governo. (SANDEL, 2017, p. 57)

Ao que parece, o Presidente Jair Bolsonaro está aplicando o princípio utilitarista de forma equivocada, apesar de grandes empresas e, até mesmo, pessoas que vivem em extrema pobreza, desejarem o retorno normal das atividades, a verdade é que a situação é de completa anomia, ou, como diria Émile Durkheim, um fato patológico. Não em como viver uma vida normal em um momento patológico da sociedade.

O utilitarismo de Bolsonaro ao mencionar que os estragos trazidos para a economia serão muito maiores do que os estragos trazidos pelas eventuais mortes que podem acontecer evidenciam o mesmo erro em que incorreram a Philip Morris e a Ford Motor Company.

Mulgan (2007, p. 16) ensina que a verdadeira visão utilitarista, defendida por Jeremy Bentham, relaciona-se com a máxima felicidade e a mínima dor para o maior número possível de pessoas à pandemia. Quando alguém morre de COVID-19 não é apenas a dor de uma pessoa, mas a de toda uma família, o aumento do pavor de toda uma so-

cidade. O COVID-19, apenas no Brasil, já matou, até 08 de abril de 2020, quase 700 pessoas e, no mundo, em torno de mais de 20.000.

Kleinman (2014, p. 77) ensina que Jeremy Bentham entende que uma ação será correta se produzir a maior quantidade de felicidade para o maior número de pessoas afetadas por essa ação. Já John Stuart Mill, seu predecessor, entende que há um valor moral que fazia com que as pessoas devessem procurar formas de prazeres que reduzissem a quantidade de dor com suas ações.

Deste modo, respeitar as recomendações feitas pela Organização Mundial da Saúde vai além de concretizar direitos humanos, pois torna o ordenamento jurídico coeso e harmônico com a moral, eis que desde o neopositivismo cujo marco histórico, no Brasil, é a Constituição Federal de 1988. Isso significa que não pode haver leis ou decretos capazes de violar a vida humana, que coloca como prioridade aspectos econômicos, afinal, a economia pode ser recuperada após alguns anos, mas as vidas perdidas, não, e, por esse motivo, ainda usando um cálculo utilitarista, a utilidade de quebrar a quarentena é nenhuma.

CONCLUSÃO

A pandemia serviu para mostrar o quão todas as pessoas são essenciais para o desenvolvimento da economia. Se antes havia a crença de que o empreendedor era o maior gerador de riqueza no Brasil, hoje todos tomaram consciência de quão valiosos são os funcionários e os clientes.

A pandemia de coronavírus chegou, inesperadamente, no Brasil, em uma época em que a crença era de que o vírus não resistiria ao clima quente do país, mas, o COVID-19 não apenas chegou como já matou, até 08 de abril de 2020, quase 700 pessoas.

A Organização Mundial da Saúde, a fim de conter a pandemia, criou diferentes recomendações que falam de como os países devem agir para conter a pandemia e uma das medidas mais relevantes é a quarentena, a qual gerou polêmicas no Brasil entre governadores e o Presidente da República, pois enquanto os primeiros demonstram maior preocupação com a vida humano, o segundo ressalta seu receio com a diminuição da economia.

Jair Bolsonaro adotou diversas condutas desde comportamentos até edição de Decreto contrários às recomendações da Organização

Mundial da Saúde, as quais, por si, são destituídas de efeito vinculante, entretanto, quando avalia-se a situação sob o enfoque do desrespeito aos direitos humanos, como saúde, vida e integridade física, a situação é mais preocupante.

A atitude do Presidente da República em pensar na quebra da quarentena mostra uma visão utilitarista que considera que o aumento na economia pode gerar maior felicidade a longo prazo, mas isso não é verdade, pois trabalhadores que acabarão infectados podem perder suas vidas e os mercados fecharão as portas não por causa da quarentena, mas por falta de pessoal.

O utilitarismo pode auxiliar a enxergar a quarentena sob outro enfoque, pelo qual o princípio da felicidade será aplicado ao maior número de pessoas quando estas tiverem a saúde preservadas, o que evitará luto familiar e pânico social, o que mostra que manter a quarentena é muito mais útil do que acabar com ela.

REFERÊNCIAS

BETIM, Felipe. **Sobe para 23 o total de pessoas que estiveram com Bolsonaro nos EUA e tem coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/23/sobe-para-23-o-total-de-pessoas-que-estiveram-com-bolsonaro-nos-eua-e-tem-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL 247. **Ignorante, Bolsonaro pergunta: porque fechar escolas, se idosos são grupo de risco?** Disponível em: <https://www.brasil247.com/brasil/ignorante-bolsonaro-pergunta-por-que-fechar-escolas-se-idosos-sao-grupos-de-risco>. Acesso em: 07 abr. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **Para enfrentar coronavírus, Ministério da Saúde solicita dados de médicos-veterinários ao CFMV.** Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/noticia/index/id/6463/secao/6> Acesso em: 07 abr. 2020.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública: entre o individual e

o coletivo. In.: _____. Bioética e saúde pública. São Paulo: São Camilo, 2003.

G1. **Bolsonaro chega aos Estados Unidos para encontro com Trump.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/07/bolsonaro-chega-aos-estados-unidos-para-encontro-com-trump.ghtml>. Acesso em 07 abr. 2020.

G1. **Sobe para 23 o total de pessoas que estiveram com Bolsonaro nos EUA e têm coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/23/sobe-para-23-o-total-de-pessoas-que-estiveram-com-bolsonaro-nos-eua-e-tem-coronavirus.ghtml>. Acesso em 07 abr. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Ação Civil Pública nº 5002814-73.2020.4.02.5118/RJ.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/318356F078A5E2_decisaoJFRJ.pdf. Acesso em: 07 abr. 2020.

KLEINMAN, Paul. **Tudo o que você precisa saber sobre Filosofia.** São Paulo: Gente, 2014

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo.** 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

O GLOBO. **Conflito entre Bolsonaro e governadores se acirra com crise do coronavírus.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/conflito-entre-bolsonaro-governado-res-se-acirra-com-crise-do-coronavirus-1-24319742>. Acesso em 07 abr. 2020.

PASSOS, Úrsula; FABRINI, Fábio; LINHARES, Carolina. **Com apoio de Bolsonaro manifestantes ignoram coronavírus e fazem atos pró-governo.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/com-apoio-de-bolsonaro-manifestantes-ignoram-coronavirus-e-fazem-atos-pro-governo.shtml>. Acesso em 07 abr. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REUTERS. **Planalto gasta quase R\$ 5 milhões em campanha contra quarentena**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/planalto-gasta-quase-r-5-milhoes-em-campanha-contra-quarentena-27032020>. Acesso em 07 abr. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. 22 mar. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19)**. 12 mar. 2020B.

CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS MOTIVADAS PELA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE À LUZ DO PARADIGMA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Mariana dos Reis Caminha

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo científico é provocar o questionamento acerca da eficácia e efetividade da criminalização das condutas pautadas na discriminação homotransfóbica, elucidando questões inerentes ao gênero e sexualidade, abarcando às diversas identidades de gênero e orientação sexual. Partindo do aludido, levar-se-á em consideração as condutas discriminatórias em função da transfobia e homofobia e a forma como trata-se tal questão no ordenamento jurídico pátrio, passando pela colisão de direitos que integram a temática.

Adotando o pensamento do jurista italiano Alessandro Baratta (2002), exprime-se a teoria crítica da criminologia a partir do método dialético, cuja vertente considera que o Direito Penal é desigual por excelência⁶, sendo o sistema penal arbitrariamente seletivo e estig-

6 Há um reforço à tese de que o sistema criminal, à luz dos aspectos filosóficos-jurídicos, organiza-se com a finalidade de selecionar grupos minoritários para efetivar sua aplicação, agindo, portanto, em defesa dos interesses e da integridade das classes do-

matizante, atingindo os grupos marginalizados e vulneráveis – pobres, negros, mulheres e, outrossim, a população LGBTI+⁷. Ante o aludido, simultaneamente, destacar-se-á o Direito Penal Simbólico⁸, como gerador desmoderado de legislação criminal ineficiente, recrudescente a intervenção do sistema penal e ampliando o poder punitivo do Estado-Juiz. Desta forma, será relacionado o discurso contra criminalização.

Por não acreditar que o sistema penal é capaz de gerar emancipação, a criminologia crítica irá combater com veemência a utilização das instituições de justiça criminal como política de reconhecimento. Os representantes da criminologia crítica carioca entrevistados foram unânimes em defender que o embate pela esfera penal não é nem eficiente, nem adequado. Além do apelo à ineficácia histórica das normas criminalizadoras no combate à discriminação, a aposta na transformação pela educação e pela adoção de medidas afirmativas que alterem padrões culturais são evidenciadas pelos teóricos dessa área como mais adequadas à promoção da igualdade racial e enfrentamento ao racismo.

(PIRES, 2018, *online*)

Em contraponto, partindo da concepção emanada dos movimentos LGBTs, evidenciará a criminalização como fonte de garantia de dignidade isonômica e tutela de interesses através do Legislativo, utilizando-se do ativismo judicial⁹ para proteger a população LGBT, por se tratar de

minantes (BARATTA, 2002).

7 Tal sigla divide-se em duas partes: a primeira (LGB) menciona as lésbicas, gays e bissexuais, ou seja, em relação à orientação sexual do indivíduo; já a segunda (TI+), abarca o segmento transexual, travesti, transgênero e intersexuais, ou seja, relacionada à identidade de gênero. Insta salientar que o símbolo “+” refere-se à inclusão de outras expressões de gênero. (Manual e Comunicação LGBTI+, 2018, p.15)

8 Esta vertente do Direito Penal comporta-se como uma contramedida aos anseios sociais ante à gravidade intrínsecas de determinadas condutas disseminadas em massa pela mídia. Medida esta que se demonstra inócua, tendo em vista que o recrudescente do direito penal, através da criminalização, é o meio ineficaz para o combate à criminalidade (PRAZERES, *online*).

9 “O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação consti-

um grupo reconhecidamente marginalizado e hostilizado. Por conseguinte, serão expendidos os discursos favoráveis à criminalização.

Ao longo deste artigo, fundado nos pontos que serão esclarecidos, debruçar-se-á na análise da problemática da eficácia da criminalização de condutas motivadas pela discriminação de gênero e orientação sexual, bebendo da ótica da criminologia crítica. O problema central desta pesquisa é o confronto entre essas posições e, para melhor estudar este confronto, será realizado o estudo dos discursos pró-criminalização e contra criminalização.

Far-se-á uma análise dos efeitos fáticos da criminalização de condutas levando em consideração e comparativamente às consequências do advento da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), legislação esta que assegura a proteção integral dos direitos das mulheres em situação de violência em âmbito familiar e doméstico. Desta forma, utiliza-se destes efeitos como orientadores de possíveis repercussões sociais diante a concreta criminalização da LGBTfobia. Diante disto, será esmiuçado se a intervenção judiciária se tornou eficaz à luz da produção de efeitos práticos em relação aos crimes de ódio fundamentados na discriminação homofóbica e/ou transfóbica.

Será realizado o questionado acerca desta intervenção penal, observando se esta mostra-se medida compatível com a proteção pretendida. Da mesma forma, abordará a intervenção estatal positiva e sua manifestação como uma ferramenta que propicia a criação de legislação que promova direitos, posto que a lei penal, em se tratando de *ultima ratio*, poderá demonstrar-se ineficaz para coibir práticas contra pessoas trans e gênero-diversas. Salienta-se que a análise ora realizada pauta-se, inegavelmente, no fundamento de que deve-se garantir a igualdade de direitos à população LGBT.

Existem duas hipóteses, *a priori*, resolutórias da problemática suscitada, que no curso do trabalho serão confirmadas, negadas ou redimensionadas, ambas acolhendo o pressuposto de que “Ninguém pode realizar-se como pessoa, senão tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende

tucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais” (SILVA, 2013, online).

tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.” (DIAS, 2004, p. 32)

Partindo dos argumentos pró-criminalização, a hipótese é de que ao menos haja uma intervenção estatal mínima, adotando parâmetro constitucional de proteção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários, em analogia ao racismo. Far-se-á necessário o entendimento da influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos como base fundamental dos ideais daqueles que defendem veementemente tal posicionamento.

Aplicando o posicionamento contra criminalização, a hipótese será a criação de políticas públicas de educação de gênero e diversidade sexual, posto que a discriminação contra os LGBTs são consequências de problemas sociais, educacionais, culturais, políticos e, em certa medida, religiosos - combatendo de forma vigorosa a latente LGBTfobia institucional e demonstrando a necessidade de difundir uma luta pelo respeito à diversidade.

A inspiração na escolha da temática deu-se em razão da relevância jurídico-social dos chamados crimes de ódios cometidos em função da identidade de gênero e orientação sexual. Em consonância com o supra-expendido, apresenta-se o relatório apresentado pela ONG Transgender Europe (2018, *online*), cujo número de assassinatos cometidos contra pessoas transsexuais, transgêneros e gênero-diverso é alarmante. Apenas no Brasil, totalizam 167 casos entre 01 de outubro de 2017 e 30 de setembro de 2018, o que coloca o país liderando o ranking de assassinatos contra esse grupo.

Estudo do Grupo Gay da Bahia (GGB, 2018, *online*) constatou um aumento de 30% na estatística de homicídios contra LGBTs entre 2016 e 2017. Levantou-se que, apenas em 2016, foram registrados 343 casos de homicídios contra a população LGBT, passando no ano seguinte para 445 ocorrências; constatando que a cada 19 horas um LGBT é assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia.

Se torna necessário debruçar-se nesta matéria visto que a opressão e violência sofrida por este grupo acontece de forma reiterada no Brasil. Corroborado com a discriminação e estigma ocasiona à população LGBT a supressão de direitos básicos. A discussão acerca da criminalização de tais condutas e as controvérsias nos discursos favoráveis e contrários, abarcando seus respectivos argumentos dotados de pontos

de vista adversos, elencados na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733.

1 GÊNERO E SEXUALIDADE

Ante à temática suscitada, se faz necessário a exposição de conceitos-chave acerca da temática gênero e orientação sexual, tendo em vista que é imperioso esclarecer tais subjetividades para melhor compreensão da pesquisa. Pautando-se em referências clássicas, cita-se Michel Foucault (1984) como um dos primeiros grandes nomes a debater a sexualidade em seus aspectos subjetivos, destacando:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se aprende com dificuldade, mas à grande rede de superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder.

(FOUCAULT, 1984)

Insta pôr em evidência que a identidade de gênero e a orientação sexual são frutos da interinfluência biológica e sociocultural, em um ciclo contínuo de modificações individuais, tornando-se elementos indissociáveis para a compreensão de todo e qualquer fenômeno psicológico. Saliencia-se a identidade de gênero como um desdobramento da sexualidade, abandonando a dicotomia biológica, relacionando-se com o gênero psicossocial com o qual o indivíduo se identifica, sendo subjetivo e indefinível *primo ictu oculi* (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2015).

Outrossim, faz-se necessário abordar questões acerca da orientação sexual que, por se tratar de uma característica subjetiva, torna-se essencial abordar tal conteúdo trazendo a lume os aspectos da perspectiva interacionista da Psicologia Junguiana¹⁰. Tal paradigma baseia-se

10 Ramo da Psicologia analítica desenvolvida por Carl Gustav Jung. Possui um entendimento diferenciado em torno da sexualidade e da libido, despindo o conceito de anima e animus, compreendendo a psique individual vestida de potencial criativo à luz das

na influência imediata e direta da binaridade sexual na construção da orientação sexual, visto que tal identidade sexual correlaciona-se com as interações sociais, acarretando a atração afetivo-sexual.

Tomando como base as conceituações dos termos realizada no Manual de Comunicação LGBTI+ (2018), expõe-se, sinteticamente, que a identidade de gênero está correlacionada ao âmage, desprendida da limitação binária estipulada biologicamente entre masculino e feminino, em caráter exemplificativo, citam-se os cisgênero, transgênero, transexual, travesti, cross-dresser, drag queen e não-binário. Já a orientação sexual é a atração afetivo-sexual, em síntese, o heterossexual, homossexual, bissexual e assexual.

2 CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS E A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Partindo do teor aludido, é imperioso dissertar acerca das condutas motivadas pela discriminação de gênero e orientação sexual à luz do sistema jurídico vigente. A homofobia é um preconceito caracterizado pela aversão a homossexuais, abarcando todo o segmento LGBT; todavia, com o desígnio de maior visibilidade à discriminação e intolerância dirigida em todas as matizes, sobrevieram vocábulos como transfobia, lésbofobia, entre outros.

Alicerçados nas escusas de liberdade religiosa, fragmentos mais conservadores praticam o desrespeito e ofensa ao art. 3^a, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, disseminando preconceitos em relação à identidade de gênero e orientação sexual. Desta forma, transcreve-se:

Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Em observação ao modelo de ponderação contemplado por Robert Alexy (2002), é possível refletir que a colisão que perpassa a criminalização de condutas baseadas na discriminação de gênero e orientação sexual (LGBTfobia) pode ocorrer do choque entre o direito à efetiva garantia dos direitos humanos, que contém um amplo espectro de direitos fundamentais, (notadamente aqueles que revelam com mais clareza ataques à população LGBT, por se tratar de um grupo hostilizado e marginalizado), e, de outro lado, os direitos à liberdade de expressão e liberdade de crença religiosa. Conforme bem pontuado neste modelo, em se tratando de direitos fundamentais cujo caráter é, de certo modo, principiológico, deve haver a maximização dos direitos em confronto, devendo um ceder perante o outro, em alguma medida.

Com relação aos direitos humanos, evidencia-se que estes abarcam, precipuamente, a integridade pessoal, que engloba a integridade física, psíquica e moral. A discriminação e o cometimento de condutas delituosas em razão do gênero, além de ferir cristalinamente o princípio da dignidade da pessoa humana, atingem frontalmente o direito à liberdade sexual, englobando o direito à identidade de gênero e orientação sexual.

Há o enfrentamento de uma narrativa na sociedade de que nós somos frutos do pecado ou da imoralidade. Isso faz com que as pessoas acreditem que a violência que a gente sofre fomos nós provocamos por sermos quem somos.

(LARRAT, 2017, *online*)

Diante disso, condutas que violem direitos humanos, em quaisquer de suas matizes, não devem ser equiparadas ao exercício do direito de difundir opiniões ou crenças, visto que incidiriam nas hipóteses previstas no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, considerando que o intérprete, percorrendo o caminho da ponderação (adequação, proporcionalidade em sentido estrito), termina por diminuir um direito frente a outro.

A título de cognição, traz-se à baila um caso concreto em específico com intuito de realizar uma análise holística de condutas homotransfóbicas e seus impactos no ordenamento jurídico vigente.

Parte-se do caso Dandara Kettley (G1, *online*), uma travesti cruelmente espancada e assassinada a tiros em virtude da sua identidade de

gênero. Por não existir no ordenamento jurídico pátrio a tipificação legal do crime de transfobia, restou a aplicação de qualificadoras, tais como o motivo torpe, meio cruel e impossibilidade de defesa da vítima, o que, por si só, não traduz a violência peculiar e discriminação inequívoca contidas na conduta delituosa.

O problema de não haver uma qualificadora específica nestes casos, ou até mesmo a criminalização da LGBTfobia habita no sentido da invisibilidade da discriminação sofrida por estes grupos. Apenas através de relatórios realizados por ONGs é possível constatar as absurdas estatísticas, visto que até mesmo pelos veículos de comunicação a questão homotransfobia é abordada a partir da expressão de que a vítima “diz” que a conduta foi motivada pelo preconceito.

Evidencia-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2015, *online*) reconhece que a falta de estatísticas oficiais acarreta a invisibilidade da violência enfrentada pelas pessoas LGBTs no continente americano, *ipsis litteris*:

A CIDH observa que as estatísticas disponíveis não reproduzem a dimensão da violência enfrentada pelas pessoas LGBTI no continente americano. A Comissão observou que “muitos casos de violência contra pessoas LGBT não são denunciados, pois muitas pessoas temem represálias e não querem se identificar como LGBT, ou não confiam na polícia ou no sistema judicial”. Além disso, estigmas e preconceitos internalizados pelas próprias pessoas LGBT também podem dificultar que os abusos sejam reconhecidos e admitidos como tal.

É indubitável, contudo, que perante a temática abordada, o Poder Legislativo, permeado de parlamentares cujas crenças podem manifestar um posicionamento oposto ao contexto referido, até aqui portou-se de forma omissiva face ao tema com reconhecida amplitude social e jurídica. Destarte, embora criticável em certa medida, é possível enfatizar que, ante à luta ferrenha da população LGBT e das ONGs representativas, foi por intermédio do Poder Judiciário, operando em ativismo judicial, que se tornou possível o reconhecimento de igualdade formal dos LGBTs nas esferas civil, previdenciária, sucessória e familiar.

Em face da proteção legal deficiente promovida dos LGBTs, elucidada-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, protocolada em 19/12/2013, cujo requerente é o Partido Popular Socialista - PPS, representado pelo advogado Paulo Iotti, e o Mandado de Injunção coletivo 4.733/DF, protocolado em 10/05/2012, cuja impetrante é a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, representado pelo advogado Paulo Iotti. Em ambos há, dentre outras postulações, o requerimento de enquadramento da homotransfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo. Tal aplicação é minimamente questionável no Direito Penal moderno, priorizando o princípio da legalidade¹¹.

3 EFICÁCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Tomando como base a problemática dirigente, é indubitável trazer à lume a denominação da Teoria Crítica da Criminologia, concebida por Alessandro Baratta (2002), que tem base epistemológica na teoria do etiquetamento do sistema penal revelada na seletividade dos órgãos de controle social formal do Estado, como pobres, negros, egressos e outras minorias análogas, tais como os LGBTs.

Também denominada criminologia radical, abarca a criminalidade como criminalização, realçando como seu núcleo precípua a supressão das desigualdades sociais, defendendo que a solução para a problemática envolvendo as condutas delituosas expressar-se-ia com a abolição da arbitrariedade política e exploração econômica sobre as classes dominadas. Diante do supramencionado, propõe-se uma separação das estruturas da criminalidade que corresponde à classe dominante *versus* classe dominada. Em consonância, menciona-se:

São tarefas complementares da política criminal alternativa da Criminologia Radical (a) conjugar os movimentos de presos com as lutas dos trabalhadores, (b) inverter a direção ideológica

11 Tal princípio amolda-se ao disposto no art. 1º do Código Penal de 1940, o que reclama a necessidade de uma lei anterior que defina o tipo penal, e uma prévia cominação legal de sua sanção

dos processos de formação da opinião pública pela intensificação da produção científica radical e a difusão de informações sobre a ideologia do controle social, (c) coordenar as lutas contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho e (d) desenvolver o contra poder proletário.

(SANTOS, 2008, p. 132)

Entretanto, salienta-se que Baratta excetua do direito penal mínimo a específica situação de violência como uma responsabilidade do Estado e da sociedade, citando:

O direito penal mínimo – único possível nos marcos constitucionais – não retira do Estado e da sociedade a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos, ou de resolver conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas justas e adequadas.

(BARATTA, 2006, p.149)

À luz de um sistema penal falho e uma intervenção aguda do estado, construindo políticas criminais medíocres, ergue-se o Direito Penal Simbólico, influenciando o ativismo judicial de forma direta. O direito penal simbólico opera o Direito Penal como um instrumento demagógico de promoção de falsas sensações de bem-estar social, cooperando, de certa forma, com os doutrinamentos do direito penal do inimigo.

Elucida-se, a partir dos ensinamentos de Günther Jakobs (1985, p. 22-23) que “aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”. Isto posto, emerge o direito penal do inimigo, como desdobramento irrefragável de um sistema penal norteado por concepções estigmatizantes, sob a égide de um Estado que utiliza-se do Direito Penal como demonstração de atuação ante a situações socialmente delicadas.

O notável questionamento é se a intervenção penal, instrumento de atuação estatal negativa, mostra-se medida compatível com a proteção pretendida, promovendo uma factual mudança social; ou molda-se

como um reforço aos ideais discriminatórios, excludentes e preconceituosos, cerceando direitos.

A partir do expendido, inicia-se a exposição e análise crítica especificamente a respeito do discurso contra a criminalização da LGB-Tfobia devido este abordar de forma clara e coesa seus argumentos, embasados nas concepções demonstradas acima.

A criminalização aflorando do Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, demonstra-se como um mecanismo de violação do garantismo do jurista italiano Luigi Ferrajoli (2010), posto que viola princípio da legalidade estrita em sua conexão com a estrita jurisdicionariade. A legalidade estrita manifesta-se a partir do *nullum crimen sine lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que taxativamente o defina; e a estrita jurisdicionariade dirige-se ao juiz e garante a aplicação dos pressupostos para o devido processo legal.

Elucida-se a incumbência do Congresso Nacional na aprovação de projetos de lei, no sentido de criminalizar condutas pautadas na discriminação homotransfóbica. Sendo assim, a competência para legislar concentra-se no poderio Legislativo, não podendo desvirtuar-se em favor do poder Judiciário.

Ao longo dos meus oito anos de mandato no Congresso Nacional, eu defendi que a superação da homofobia e de outras formas de preconceito — que são produto de um problema social, educacional, cultural e político — não virá do direito penal. As promessas de resolver tudo com mais penas, mais presídios, mais armas e mais repressão podem levar tranquilidade a algumas pessoas, mas nunca produzem efeitos na vida real.

(WYLLYS in G1, 2019)

Os crimes cometidos contra os LGBTs detêm um caráter *sui generis*, visto que é dotado de preconceito e desrespeito aos direitos à identidade de gênero e orientação sexual. Assim, nota-se que, fundado em uma análise à luz do paradigma da criminologia crítica, há a afirmativa acerca da ineficiência do Direito Penal como fonte garantidora de dignidade para os LGBTs.

Busca-se uma eficácia ao princípio da igualdade, no entanto, não prospera garantir a igualdade formal e desluzir a inefetividade da igualdade material – ou real – visto que deve-se tratar os desiguais na proporção de suas desigualdades. Embora exista o inciso XLI, do art. 5º da Constituição Federal, que consagra o princípio da igualdade, este não é eficaz no sentido de promoção de direitos da minoria social e sexual denominada LGBT.

Torna-se necessária a exposição da contraposição e demonstração expressa de uma análise crítica dos argumentos dos votos favoráveis à criminalização, em harmonia com os discursos reconhecidamente propagados pelos movimentos LGBTs.

Entre outros fundamentos, há de se reconhecer a notória influência na luta em prol do reconhecimento dos direitos LGBTs à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. A intolerância, no que tange o preconceito de gênero, macula, principalmente, os pressupostos dispostos no artigo 7º desta Declaração.

Somente em 1994, a Organização das Nações Unidas (ONU) tratou da temática orientação sexual e identidade de gênero. Devido ao julgamento do caso *Toonen versus Austrália*, ao considerar a violação dos direitos humanos LGBTs, a organização se pronunciou.

Comitê Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (ICCPR), vinculado ao Conselho de Direitos Humanos declarou que leis que violem os direitos LGBT violam as leis de Direitos Humanos.

(GORISCH, 2014, p. 41)

Por conseguinte, expõe-se o voto dos Ministros e discursos acerca da temática, disposto à luz do julgamento conjunto Mandado de Injunção 4.733/DF e da ADO 26:

A igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia

ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.

(FACHIN, 2019)

A Constituição exige a criminalização do racismo, da violência doméstica, para quê? Para proteger os grupos raciais minoritários, a mulher. Então, entendendo-se que a Constituição exige a criminalização da homotransfobia, ela o faz para proteger a população LGBTI em seus direitos fundamentais.

(IOTTI, 2019)

A banalidade não é só o assassinato. A banalidade ela também o preconceito, a injúria, os xingamentos cotidianos. Esta Suprema Corte não pode permitir que a injúria, o assassinato, a agressão de pessoas LGBTI continue sendo naturalizada e no limbo penal, sem reconhecimento desses crimes específicos. Não há óbice nenhum de interpretar como forma de racismo.

(AGUIAR, 2019 – Associação Nacional e Travestis e Transsexuais)

Os argumentos favoráveis à criminalização baseiam-se na necessidade de promover a igualdade formal, gerando um estado de bem-estar, de acolhimento legal, que se opõe à invisibilidade da discriminação homotransfóbica. Salienta-se a falta de estatísticas oficiais dos crimes motivados pela LGBTfobia, mas é possível constatar os números alarmantes através de elementos colhidos pelas organizações não-governamentais. Há, portanto, invisibilidade latente, embora manifestamente reconhecida.

Até os anos 60, a esquerda possuía ideologias progressistas, posicionando-se contra o uso do poder punitivo estatal, principalmente em relação aos pobres e marginalizados. Havia um desejo minimalista ou até mesmo abolicionista, tendo a política criminal um caráter social e, em caráter subsidiário, penal. Neste segmento, é crucial abordar o discurso da “esquerda punitiva”, célebre expressão denominada por Maria Lúcia Karam (1996, p. 80-81), advertindo:

Frequentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais, no mínimo esquecidos de que a desigualdade inerente à formação social capitalista que, lógica e naturalmente, proporciona àqueles réus melhor utilização dos mecanismos de defesa, certamente não se resolveria com a retirada de direitos e garantias, cuja vulneração repercute sim – e de maneira muito mais intensa – sobre as classes subalternizadas, que vivem o dia a dia da Justiça Criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta.

Este argumento baseia-se em um movimento de política que pugna pela ampliação do controle estatal formal, via direito penal. Entretanto, por possuírem discurso, geralmente, combativo, os movimentos em prol da promoção de direitos humanos, ao intentarem justiça social por intermédio do sistema penal, devem realizar a devida autocrítica sob pena de incorrer nas armadilhas da vontade punitiva a qualquer custo.

A datar da recente decisão histórica do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, proferida em 13 de junho de 2019, foi aprovada a criminalização da homotransfobia, enquadrando a LGBT-fobia em analogia ao crime de racismo, por oito votos a três. À luz desta decisão, o Brasil tornou-se o quadragésimo terceiro país a criminalizar tais condutas.

Não se pode olvidar que esta decisão não possui força de lei, e é necessário que ocorra, através do Congresso Nacional, uma análise dotada de harmonia com os preceitos constitucionais que, através do Poder Legislativo, deverá ponderar os parâmetros fixados pela Suprema Corte. Destaca-se que a aplicação das sanções em analogia ao racismo para os crimes de homotransfobia vigorará até o momento em que o legislativo se manifeste e aprove uma lei específica que disponha sobre a temática.

Tomando como base que a decisão favorável à criminalização é extremamente recente, até existirem dados e estatísticas oficiais sobre a questão em tela, far-se-á a apresentação do possível efeito fático-jurídico da edição ou criação de uma lei que tutele as garantias fundamentais dos LGBTs considerando as consequências do advento da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Fundamenta-se, então, em uma análise dos efeitos fáticos do advento da Lei Maria da Penha (LMP), visto que esta lei correlaciona-se a temática proposta, tutelando indivíduos em situação de vulnerabilidade, cujas condutas emergem de uma ideologia patriarcal e concepções machistas, sexistas e de misoginia, e, no caso da LGBTfobia, somadas estas à homotransfobia.

A criação da LMP, que partiu de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do direito e o Congresso Nacional, sendo inovadora em âmbito nacional ao tratar de forma ampla e integral a problemática da violência doméstica, implantando inclusive as medidas protetivas visando garantir direitos à mulher.

Adotando a avaliação da efetividade da LMP realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2015, percebe-se que fora afetado o comportamento de autor e vítima por três aspectos:

i) aumento do custo da pena para o agressor; ii) aumento do empoderamento e das condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e iii) aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais, possibilitando ao sistema de justiça criminal que atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica.

(CERQUEIRA et al, 2015, *online*)

Frisa-se que a pesquisa se pautou em uma análise empírica com base na confecção de relatórios de homicídios contra mulher e perpetrados dentro das residências, posto que não há uma base de dados fiel com tal informação. A pesquisa deixa cristalino que esses delitos pouco representam o fenômeno da violência intrafamiliar, posto que a violação não resume-se aos homicídios, passando de agressões físicas até violências psicológicas.

Diante disto, evidencia:

Ao mesmo tempo que esses achados trazem notícias encorajadoras às políticas de contenção à violência doméstica, mostrando que as ações lideradas pela promulgação da LMP estão

na direção correta, as diferenças perceptíveis nos padrões de violência locais, assim como a dificuldade de se conseguir diminuições mais substanciais e duradouras na letalidade de mulheres, mostram que há ainda uma longa e cansativa estrada a se trilhar. (CERQUEIRA et al, 2015, *online*)

Ou seja, embora a Lei não tenha trazido uma eficácia real, no sentido de diminuir os crimes contra mulheres em âmbito doméstico, trouxe empoderamento e visibilidade à causa. Há de ser reconhecido que a criminalização foi uma vitória que acarretou o acesso de direitos fundamentais às mulheres.

Realizando uma analogia, presume-se que os efeitos gerados com o advento de uma lei que resguarde os direitos dos LGBTs seriam similares aos supra constatados. Reforça-se que para os homossexuais e transexuais, seria a positivação de direitos a partir da legislação penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se conclui, por hora, e à luz da recente decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) é que a interferência do Poder Judiciário deu-se no sentido de realizar uma analogia, posto que ampliou a interpretação da Lei vigente (Lei 7.716/1989) para abarcar a categoria LGBT como vulnerável, dando-lhe o mesmo conceito ontológico-constitucional do racismo sob a ótica da omissão Legislativa. Acompanhando os anseios contemporâneos da sociedade, o Supremo deu azo à interpretação constitucional inclusiva e garantidora dos preceitos constitucionalmente firmados, cabendo destacar:

Contra esse perigo permanente, faz-se obrigatório perceber que a Constituição, ao constituir uma comunidade de princípios, deve estar sempre aberta a novas inclusões, isto é, a novas formas de olharas injustiças cometidas pela humanidade, de forma a conseguir repará-las.

(MARQUES, 2016, p. 508)

Tomando como base a imperiosa necessidade de promover uma factual proteção ao grupo LGBT cujos direitos são constantemente violados e suas garantias são lançadas à sorte, a Suprema Corte utilizou-se de seu papel de guardião da Carta Magna (art. 102 da CRFB/1988) para realizar, a passos lentos, a efetiva promoção do bem-estar social da categoria em tela. Desta maneira, traz-se ênfase à causa LGBT e suas constantes reivindicações por reconhecimento da igualdade constitucional, acarretando visibilidade e empoderamento para a luta em prol de seus direitos fundamentais, em especial a diversidade sexual.

Destaca-se que ambos – LGBTs e negros – estão inseridos em conceitos de vulnerabilidade, apesar das condutas discriminatórias a que estão expostos revelar-se distintas à medida que um preconceito não se confunde com o outro. Óbvio ululante que é necessário utilizar-se dos ensinamentos de Aristóteles e tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, promovendo a maximização dos direitos dos LGBTs a fim de coibir condutas motivadas por preconceitos sociais e institucionalizados.

Todavia, a criminalização, por si só, não deve ser o único e central instrumento para combater as condutas dotadas de preconceitos notadamente enraizados na sociedade contemporânea, visto que atribuir a lei penal o papel de reduzir o preconceito e a discriminação mostra-se ineficaz, operando preponderantemente para suprimir direitos e pouco promover a proteção esperada. Torna-se imprescindível a implantação de políticas públicas de amparo e conscientização social, aliadas ao fomento à educação sobre gênero, sexualidade e diversidade, que podem trazer maior efetividade ao combate de tais violências.

REFERÊNCIAS

- AUFRANC, Ana Lia B. **Expressões da sexualidade: um olhar junguiano**. Revista Junguiana. v.36-1, p. 37-48. 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam.** Montevideo; Buenos Aires: BdeF. p. 149. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.** Requerente: Partido Popular Socialista; Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733.** Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília. 10 de maio de 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 10 de mar. 2020.

CERQUEIRA, Daniel. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha.** IPEA: 2015. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/22/avaliando-a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 01 de abr. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 32. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. ed. São Paulo: RT, p. 90-91. 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber.** Rio de Janeiro: Graal. 1984.

GORISCH, Patricia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU.** Curitiba: Appris. 2014.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Assassinatos de LGBT no Brasil.**

Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/2017/01/24/relatorio-de-2017/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. 2. Ed. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris. 2009.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro: Redume Dumará, n. 1, jan-jun. 1996.

LARRART, Symmy. Começa julgamento do caso Dandara em Fortaleza. **Justificando**, 2018. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2018/04/05/comeca-julgamento-do-caso-dandara-em-fortaleza/>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **O que uma Constituição constitui? Uma discussão sobre a igualdade constitucional a partir da união estável entre pessoas do mesmo sexo**. Revista Digital De Direito Administrativo, 2016, p. 499-511. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p499-511>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

REIS, Toni. (Org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI+/Gay Latino, 2018. Disponível em: <https://unaids.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

POLÍCIA investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte no CE. **G1**, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/policia-investiga-homicidio-de-travesti-que-foi-espancada-ate-morte-no-ce.html>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. PUC, 2018. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?s-trSecao=resultado&nrSeq=34475@1>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

PRAZERES, José de Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>> . Acesso em: 09 abr. 2020.

SANTOS, Juares Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36^a Ed. 2013.

_____. **José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB**. OAB, 2013. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

TRANS RESPECT VERSUS TRANSPHOBIA. **Trans Day of Remembrance (TDoR) 2018. Press Release. 369 reported murders of trans and gender-diverse people in the last year**. 2018. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

WYLLYS, Jean. **A lei penal não diminui preconceito contra LGBTs**. G1: 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/jean-wyllys-lei-penal-nao-diminui-preconceito-contralgbts-23465189>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DIREITO E TOTALITARISMO: EXPRESSÕES DA PÓS-VERDADE NAS OBRAS *A REVOLUÇÃO DOS BICHOS* E *1984* DE GEORGE ORWELL

José Bruno Aparecido da Silva

Laura Soares da Silva Bruno

Renata Silva Gomes

INTRODUÇÃO

Direito e Literatura caminham por linhas distintas que em dados momentos acabam se cruzando. Em ambos percebe-se a influência do meio social, que os molda conforme o período e o contexto histórico. O uso pedagógico de textos literários no ensino jurídico se deve à facilidade com que eles introduzem conceitos, despertam a reflexão e criam modelos e circunstâncias ideais. Nesse ínterim, o uso de obras literárias pode ser um aliado na busca pela compreensão e análise de fatos e acontecimentos históricos que têm ascendência na formação e organização social, e posteriormente, na formulação e alteração de leis.

O que se propõe no presente estudo é que as obras literárias *A revolução dos bichos* e *1984*, ambas de autoria do escritor George Orwell, sejam usadas como ponto de partida para reflexões mais aprofundadas sobre o tema do qual este trabalho trata, que é a relação entre o Direito, a Pós-verdade e regimes de governo de tendência autoritária.

Tomando como pressuposto o conceito de direito proposto por Robert Alexy (2018), segundo o qual a experiência jurídica é composta por três elementos: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material; o estudo proposto tratará em especial do terceiro elemento, a “correção material”, que é onde Direito e Moral se encontram, sendo, por conseguinte, onde a pós-verdade exerce maior influência.

Os estudos para o presente trabalho desenvolveram-se sobre as bases metodológicas da vertente jurídico-teórica de pesquisa em Direito, sustentadas por uma análise jurídico-compreensiva de conteúdos bibliográficos e pela análise comparativa, que confrontará o disposto no referencial teórico e as obras de ficção analisadas.

Foram adotados como marcos teóricos as obras de Robert Alexy, para a abordagem da relação entre direito e moral, de Hannah Arendt, para tratar das questões relacionadas à implantação e manutenção de um modelo de Estado totalitário, e de Michico Kakutani e Matthew D’Ancona para tratar da pós-verdade e de seus impactos no mundo atual.

Como objetos da análise jurídico/literária, conforme o já mencionado, serão tomadas as obras *A Revolução dos Bichos* e *1984*, elas servirão para criar modelos ideais, clarificar conceitos e, assim, abrir caminho para discussões relevantes sobre a temática trabalhada, permitindo que se relacione de forma didática a pós-verdade, a perda de referências que dela decorre e a sua relação com regimes políticos de orientação totalitária.

Para a realização de tal propósito, será estabelecida uma comparação entre o disposto no referencial teórico e as construções literárias presentes nas obras, levando-se em conta que a comparação propicia o exame simultâneo por meio do qual se constata eventuais diferenças e semelhanças e se estabelece relações.

1 A LITERATURA COMO INSTRUMENTO PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO

Em 1949, Lon Luvois Fuller publicou no *Harvard Law Review* o artigo intitulado *O caso dos exploradores de cavernas*, por meio da qual propunha reflexões acerca do embate entre direito natural e direito positivado, peleja que ainda divide pensadores e operadores do direito.

Transformado em livro, o artigo se tornaria um clássico, sendo, nos dias atuais, frequentemente usado em disciplinas introdutórias do curso de Direito.

O escrito de Fuller (2018) é um exemplo de que direito e literatura podem caminhar juntos, não apenas nos campos que tratam da regulamentação da literatura (direitos autorais, direito de expressão, direito de acesso ao livro, etc...) ou da própria estrutura literária do direito. O *caso dos exploradores de cavernas* mostra que é possível usar um texto de ficção como instrumento de ilustração ou análise de questões jurídicas complexas.

Não se trata de assumir a diegese como fato social, mas de enxergar em suas construções possibilidade didáticas e maneiras diversas de introduzir conceitos complexos, que necessitam de ilustrações para uma melhor compreensão. É levando tudo isso em consideração que o presente trabalho buscará ilustrar a relação entre direito e pós-verdade tendo como objetos as obras de George Orwell.

2 A CONSTRUÇÃO DO TOTALITARISMO NA DIEGESE ORWELIANA

O escritor George Orwell, nascido em 1903 na cidade de Motihari na Índia Britânica, se tornaria um dos maiores escritores do século XX. Atento às questões sociais e políticas de seu tempo, com uma base ideológica ancorada no socialismo libertário, ele criou complexas alegorias do totalitarismo. Dentre suas principais obras estão *A Revolução dos bichos*, lançada originalmente em 17 de agosto de 1945, e, *1984*, lançada em 1949.

Estas duas obras constituem o objeto da análise a ser feita no presente trabalho. Em ambas são retratados regimes totalitários, que nascem da supressão das liberdades individuais, da concentração do poder em uma pessoa ou partido e da deterioração da verdade e dos referenciais objetivos. O último aspecto, o que diz respeito à verdade, é o que mais interessa ao estudo proposto, pois entende-se que ele cria as bases sociais para que os outros aspectos aconteçam.

A Revolução dos bichos se passa em uma fazenda, de nome Granja do Solar, e narra a revolta dos animais contra o proprietário, o Senhor

Jones. A ousada insurgência culmina em uma revolução da qual os bichos saem vencedores. Tomado o poder, há a tentativa de implantar uma sociedade mais justa e igualitária, mas este intento logo cede lugar a intenções bem diversas das originais, o que propicia o surgimento de um regime totalitário análogo ao implantado na Rússia após a Revolução de 1917.

Já a obra *1984* faz alusão não a um regime específico, mas ao totalitarismo em sua amplitude. Na narrativa, que se desenvolve em um futuro distópico, as pessoas têm suas vidas controladas minuto a minuto pelo poder central, que é representado na trama pela figura do Grande Irmão (*Big Brother* no original). Não se sabe se o Grande Irmão é ou foi uma pessoa real, ou apenas um ícone criado para o exercício da dominação, contudo, é em sua imagem que está centrado o poder e dela emanam as leis e as ordens.

Nas duas obras analisadas, a perda dos referenciais objetivos é determinante para o exercício do controle social pelo centro do poder político, e em ambos a totalidade das atividades sociais é exercida sobre um espaço geográfico limitado, que se vê privado de qualquer informação que possa vir de um ambiente exterior, que nos dois é retratado como uma ameaça a ser evitada e combatida. Ressalta-se neste ponto que um paralelo pode ser traçado entre o isolamento das personagens em relação ao resto do mundo nas estórias e a formação das chamadas bolhas ideológicas no mundo atual.

Percebe-se, deste modo, o exercício do domínio por meio da censura e do controle midiático. Tal contexto social, criado nas alegorias, dificilmente se reproduziria no mundo atual em larga escala, dada a relativa facilidade na produção e compartilhamento de informações, todavia, isto não tem impedido que a corrosão da verdade seja, atualmente, o fato motivador de mudanças legislativas que contrariam princípios essenciais à manutenção de um Estado democrático.

3 PÓS-VERDADE: UMA DECLARAÇÃO DE GUERRA CONTRA OS REFERENCIAIS OBJETIVOS

A perda da confiança na política, na mídia, na ciência, nas universidades e em outras instituições, que tradicionalmente ocuparam po-

sições de referenciais da verdade, tem levado a uma crescente desvalorização dos fatos objetivos e a uma consequente atribuição do valor de verdade a pressupostos que não passaram pela apuração imprescindível ao exercício do jornalismo, tão pouco pelo crivo do método científico.

Matthew D´Ancona (2018, p. 34) destaca que a novidade no mundo atual não está na existência da mentira, da manipulação ou na falsidade de políticos, mas na reação do público a tudo isso, isto constitui a base do fenômeno social chamado de pós-verdade, situação na qual os apelos à emoção, às crenças e às ideologias têm mais influência em moldar a opinião pública que os fatos objetivos (D´ANCONA, 2018, p. 20).

Em 1951, Hannah Arendt em seus estudos sobre a origem do totalitarismo já preconizara que “o súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios do pensamento)” (ARENDDT, 2016, p.632).

Michico Kakutani (2018, p. 10) alerta no capítulo introdutório de sua obra que a citação de Arendt é assustadoramente atual, para ela, “o nacionalismo, o tribalismo, a sensação de estranhamento, o medo de mudanças sociais e o ódio aos estrangeiros estão novamente em ascensão” e isso seria agravado pelo fato de que as pessoas estão sendo isoladas pelo filtro de suas bolhas e por conta disso vêm perdendo a “noção de realidade compartilhada e a habilidade de se comunicar com as diversas linhas sociais e sectárias”.

A autora associa o surgimento da pós-verdade à ascensão do relativismo que viria, conforme o pontuado por ela, desde o início das guerras culturais na década de 60. Esta concepção, que a princípio teria sido abraçada por uma nova esquerda e por acadêmicos adeptos do pós-modernismo, estaria alicerçada na ideia de que não existiriam verdades universais, apenas pequenas verdades pessoais. Com o passar do tempo, este discurso teria sido usurpado por setores populistas da direita.

A perda dos referenciais objetivos não afeta tão somente o espectro político. D´Ancona (2018, p. 92), ao tratar da situação dos Estados Unidos, defende que “há um fio tortuoso que liga as mentiras de Trump com a pseudociência dos ativistas antivacina”. Haveria, de

acordo com ele, um contexto mais amplo, que extrapola o cenário político, afetando as mais diversas áreas da sociedade, suas instituições e, conseqüentemente, o direito.

Kakutani (2018, p. 15), também analisando o contexto do governo Trump, classifica o presidente como “um bizarro epítome de uma série de atitudes mais amplas e interligadas que corroem lentamente a verdade nos dias de hoje”. Para ela, o problema não estaria apenas nas notícias falsas, mas também na ciência falsa produzida pelos negacionistas das mudanças climáticas e pelo movimento antivacina; na história falsa, produzida pelos revisionistas do holocausto e pelos supremacistas brancos; e ainda nos perfis falsos criados para intervirem em questões controversas no *Facebook* (2018, p. 11).

Relacionar o fenômeno da pós-verdade, tal como observado hoje, à obra de George Orwell não é uma comparação descabida. O autor, no ensaio *Recordando a guerra civil*, publicado em 1942 (antes da publicação das duas obras analisadas), já demonstrava preocupações com a perda dos referenciais objetivos e conseqüentemente com a relativização da verdade:

Esse tipo de coisa é aterrorizante pra mim, porque muitas vezes me dá a sensação de que o próprio conceito de verdade objetiva está desaparecendo do mundo. Afinal, há chances de essas mentiras, ou em todo caso mentiras semelhantes, passarem para a história. Como a guerra civil espanhola será escrita? Se Franco continuar no poder, pessoas nomeadas por ele escreverão os livros de história, (para ser fiel ao exemplo escolhido) aquele exército russo que nunca existiu se tornará um fato histórico e gerações de estudantes aprenderão a respeito dele a partir daí. (ORWELL, 2006, *apud* D´ANCONA, 2018, p. 15).

É relevante destacar que Orwell, em seu ensaio, analisa o problema da fragilização da verdade de uma perspectiva histórica, a seguir no mesmo artigo ele reflete: “no final das contas, algum tipo de história será escrito e, depois que aqueles que de fato se lembrarem da guerra estiverem mortos, será universalmente aceito. Então, pra todos os

efeitos práticos, a mentira terá se tornado verdade” (ORWELL, 2006, *apud* D´ANCONA, 2018, p. 16).

Na perspectiva histórica, para que a mentira assuma o lugar da verdade, há a necessidade de que se espere o decorrer do tempo para que a verdade seja esquecida, ou para que aqueles que a testemunharam já estejam todos mortos. A pós-verdade, no entanto, não obedece a esta lógica, ela se dissemina mesmo entre aqueles que testemunharam os fatos originais, ou que tiveram acesso a uma versão destes fatos sustentada por evidências aferíveis. Tal situação, só seria imaginada pelo autor em suas obras de ficção.

4 O LÉXICO DA MENTIRA E A RELATIVIZAÇÃO DA LINGUAGEM

Kakutani (2018) dedica um capítulo inteiro de sua obra ao fenômeno da apropriação da linguagem pela pós-verdade, aspecto de grande relevância para a problemática concernente ao direito, em especial no que diz respeito à análise dos discursos, que será discutida adiante. A autora retoma em sua obra diversos exemplos de regimes autoritários que se valeram da “engenharia linguística” como estratégia de manutenção de poder.

Arendt (2012, p. 492) percebe o uso do mesmo tipo de engenharia na propaganda nazista, a começar pela escolha do nome do partido que alçaria Hitler ao poder - Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães - que juntava em si as duas correntes ideológicas de grande expressão na Alemanha naquele período, unificando o nacionalismo da direita e o internacionalismo da esquerda, ainda que isso fosse, pela lógica, algo contraditório em si.

A sujeição da linguagem aos propósitos autoritários também é observada pela autora nos slogans adotados pelo regime nazista e uso dos chamados Protocolos dos Sábios de Sião, documento sabidamente falso, que fora usado para justificar a perseguição do povo judeu (AREN-DT, 2012, p. 492). Em tais casos a contradição não era rejeitada, ela era naturalizada, ao ponto de sequer ser percebida.

A engenharia linguística também tem sido usada no governo Trump, nos Estados Unidos. Kakutani (2018, p. 111-127) aborda o

fato de o presidente mentir com grande frequência sobre questões reconhecidamente falsas, seu desprezo pela ortografia e ainda a evidente contradição de alguns de seus discursos, por exemplo, quando ele atribui a um adversário uma característica que o próprio demonstra ter. A autora recorre justamente à obra 1984, de Orwell, para estabelecer um comparativo que dê conta de ilustrar quão grande é o absurdo de tais situações (KAKUTANI, 2018, p. 117).

5 DETERIORAÇÃO DA VERDADE E AUTORITARISMO

Diferente do que ocorrera com grande frequência no decorrer do século XX, regimes de orientação totalitária têm chegado ao poder nos dias atuais não por meio de golpes de estado armados ou de revoluções, mas pela via institucional, o que tem relação com a perda dos referências objetivos e a descrença nas instituições democráticas. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, ao analisar o que eles chamam de fenômeno da desintegração das democracias, começam pontuando que:

Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis (LEVISTSKY, ZIBLATT, 2018, p. 15).

Hannah Arendt (2012, p. 485), ao tratar da resposta do público à propaganda totalitária, defende que seria uma característica das massas modernas o fato delas “não acreditarem em nada visível, nem na realidade de sua própria experiência”. Elas poderiam ser seduzidas por qualquer enunciado que não estivesse em desacordo com um conjunto de crenças pessoais já preexistentes, ainda que este conjunto em si também não estivesse sustentado por fatos objetivos.

Para a autora, as massas “predispõem-se a todas as ideologias porque estas explicam os fatos como simples exemplos de leis e ignoram

as coincidências, inventando uma onipotência que a tudo atinge e que supostamente está na origem de todo acaso” (ARENDDT, 2012, p. 485). Não por acaso, nas duas obras de Orwell analisadas, as narrativas alternativas, que são demasiadamente simplificadas, surgem e se consolidam antes da mudança legislativa e em alguns casos simultâneas a esta. Existe, deste modo, uma contraposição de discursos, que não desperta reflexões e na maior parte das vezes sequer é percebida.

Percebe-se que nos regimes analisados pela autora alemã pode ser observado um fenômeno próximo do criado pela pós-verdade nos dias de hoje, e é possível fazer um paralelo entre o fenômeno de outrora, o atual e aquilo que Orwell chamou em *1984* de “duplimentamento”, que seria a capacidade do indivíduo de “defender ao mesmo tempo duas opiniões que se anulam uma à outra, sabendo que são contraditórias e acreditando nas duas”; Por exemplo: “recorrer à lógica para questionar a lógica, repudiar a moralidade dizendo-se um moralista, acreditar que a democracia era impossível e que o Partido era o guardião da democracia” (ORWELL, 2009, p. 48).

Em *1984*, esta convivência pacífica com pontos de vistas antagônicos entre si está na base do ordenamento jurídico, e esta construção, no campo do direito, não é outra coisa senão uma representação da negação dos princípios de hermenêutica, que decorre da perda dos referenciais objetivos e serve aos propósitos de regimes que tenham pretensões totalitárias.

Na estória narrada, isso acontece, por exemplo, na passagem em que é feito um pronunciamento oficial em agradecimento ao Grande Irmão pelo aumento, para 20 gramas, da porção de ração de chocolate que era distribuída semanalmente a todos. O disparate está no fato de que no dia anterior fora informado não o aumento, mas a redução da quantidade de ração para 20 gramas. O narrador chega a questionar se as pessoas “engoliriam” aquela contradição. Logo em seguida ele afirma que sim, elas engoliram.

Em *A revolução dos bichos* (ORWELL, 2007, p. 25) é criado algo que poderia ser considerado próximo de um ordenamento jurídico, tratam-se de sete mandamentos que são escritos em uma parede e que podiam ser lidos a muitos metros de distância. Estes mandamentos passam a constituir a base da organização social na fazenda ocupada pelos

animais, eles refletem a crença coletiva nos princípios da revolução e objetivam não permitir que os bichos se desviem de tais princípios.

Todavia, o passar do tempo traz significativas mudanças naquela pretensa carta constitucional escrita na parede. O sexto mandamento é o primeiro a ser alterado, onde constava “nenhum animal matará outro animal”, passa a constar que “nenhum animal matará outro animal, sem motivo”, tal alteração acontece para justificar os assassinatos cometidos pelos porcos, que detêm o poder.

Outra mudança acontece quando os porcos começam a cultivar cevada para a produção de cerveja, o quinto mandamento antes dizia que “nenhum animal beberá álcool”, passa a dispor que “nenhum animal beberá álcool em excesso” (ORWELL, 2007, p. 88). Na última alteração realizada, todos os mandamentos são apagados, restando apenas um que diz: “todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros” (ORWELL, 2007, p. 106), o que constitui uma flexibilização do princípio basilar daquele ordenamento, o que tratava da igualdade entre os animais.

Tal como em 1984, em A revolução dos bichos a mutação legislativa ocorre sem que se avalie se é condizente ou não com a finalidade primeira daquele ordenamento, e tais mudanças ocorrem, em boa parte das vezes, literalmente da noite para o dia. Não são frutos da transformação social, que normalmente ocorre de forma gradativa, mas dos interesses capazes de ditar de forma totalitária o que deve ou não ser feito naquele espaço geográfico.

6 UM ORDENAMENTO JURÍDICO SUSTENTADO POR VERDADES TRANSITÓRIAS.

a análise das duas obras de George Orwell, com foco nos três aspectos, que, de acordo com Alexy (2009, p. 15), compõem a experiência jurídica, observa-se que tanto no ordenamento retratado em A revolução dos bichos, quanto no sistema legislativo de 1984, os aspectos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social são atendidos, as leis são postas por autoridades legitimadas para tal, ainda que por meio da força ou da manipulação, e elas produzem efeito no agrupamento social a que se destinam.

Cabe, no entanto, uma análise mais cuidadosa, do terceiro aspecto apontado por Alexy: a pretensão de correção material. Ao tratar deste ponto, ele afirma que juízos de valor devem ser precedidos de argumentação que ateste sua função de melhoramento da vida social, o que o autor defende que seja feito por meio de “um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral” (ALEXY, 2018, p. 309).

O discurso jurídico deve, para Alexy (2018, p. 42), estar sustentado por regras que atestem sua validade. Estas regras, por sua vez, precisam também estar fundamentadas e o autor aponta quatro tipos de fundamentação: (1) fundamentação técnica; (2) fundamentação empírica; (3) fundamentação definitória; e (4) fundamentação pragmática-universal. Por fim, o autor aponta ainda o que ele chamou de discurso teórico-discursivo, que seria o responsável por conferir completude ao tipo de fundamentação escolhido.

Alexy (2012, p. 51) defende ainda a necessidade de que se adote regras capazes de atestar a veracidade e a correção de toda a comunicação linguística, que ele chamou de regras fundamentais, classificação que visaria destacá-las dentre as demais regras do discurso (regras da razão e regras do ônus da argumentação). As regras fundamentais seriam: (1) nenhum falante pode se contradizer; (2) todo falante só pode afirmar aquilo que ele próprio acredita; (3) todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes; e (4) falantes diferentes não podem usar a mesma expressão em sentidos diferentes.

O que se observa é que quanto maior a tendência de um dado Estado ao totalitarismo, maior desprezo ele terá pela fundamentação dos discursos e pelas regras capazes de aferir sua correção e veracidade. Não é exagero, portanto, defender que estes mecanismos propostos por Alexy são capazes de ajudar a mensurar o quão tendencioso um sistema jurídico está para o totalitarismo e ainda a resguardar que o ordenamento que rejeita tal tendência se deixe influenciar pela pós-verdade.

As obras de Orwell analisadas mostram ainda a relação existente entre os regimes totalitários e a negação do sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral. Considerando que a pretensão

de correção material inclui uma pretensão moral (ALEXY, 2015, p. 302), é pertinente o questionamento de qual moral é a que conduz as alterações e flexibilizações legislativas em um regime de tendências totalitárias e de que maneira a deterioração dos referenciais objetivos colabora na edificação desta moral.

Em *A revolução dos bichos* a moral compartilhada se forma por meio dos discursos, na estória são os argumentos apresentados pelos porcos que justificam as alterações feitas no ordenamento, cabendo lembrar aqui que estes discursos são desprovidos de qualquer fundamentação e não obedecem a nenhuma das regras propostas por Alexy. Em *1984*, a moral se forma através do medo que alimenta a raiva, que por sua vez é alimentada diariamente pelo programa “2 minutos de ódio”, que todos são obrigados a assistir.

Da análise das obras, percebe-se que a moral compartilhada, quando edificada sobre a mentira ou quando motivada pela raiva induzida, não é capaz de ser o elemento norteador da correção material, pois o que se buscará não é o melhoramento da vida em sociedade, preconizado por Alexy, mas a satisfação de interesses de quem dissemina a mentira ou de quem induz a raiva e o ódio.

O viés distópico das obras analisadas, no tocante ao direito, está no fato de que nelas o modelo jurídico defendido por Alexy (2018, p. 309) inexistente e não há outro mecanismo que possa resguardar o ordenamento de sofrer ataques, cujo principal intento é a desarticulação dos princípios que lhe servem de base.

Em um dado sistema jurídico em que não existem procedimentos de hermenêutica que possam atestar que uma dada norma, flexibilização ou revogação está em desconformidade em relação ao ordenamento, toda mudança legislativa passa a estar válida e o que decorre disso é uma grave insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

O direito permeia as duas obras de Orwell, ora usado como mecanismo de repressão dos desvios de conduta, ora como regulador das vontades e desejos individuais. Em ambos os livros, a mutação legislativa ocorre para atender aos interesses de quem detém o poder. Há, nestas

estórias, uma submissão do aparato jurídico ao poder totalitário e as leis postas não passam de mero mecanismo de manutenção e de aplicação deste poder; o que não deixa de ser um alerta acerca da sujeição do ordenamento à vontade de ditadores, de grupos específicos ou partidos.

Cabe neste ponto o retorno à reflexão acerca da relação entre direito e moral e da necessidade de que os princípios que norteiam a formulação e aplicação do direito não se fragilizem na medida em que a moral compartilhada muda. Em tempos de pós-verdade, deve-se estar atento às transformações e pressões sociais, deve-se investigar seus fundamentos, causas e interesses envolvidos.

Ainda que como alegoria, as obras de Orwell servem à ponderação acerca da distância que se está das formas de totalitarismo existentes no passado e ainda das que possam vir a existir, esteja este totalitarismo em qual espectro político estiver. Tal ponderação não deixa de ser um alerta acerca da valorização dos princípios e garantias que regem nosso ordenamento jurídico, elementos estes tão imprescindíveis à manutenção de um estado democrático de direito.

Conclui-se ainda que o uso das duas obras como objeto de análise se mostrou favorável à elucidação de conceitos e à comparação com a realidade observada e descrita por parte dos autores presentes no referencial teórico. Os livros de ficção não servem para apontar caminhos ou fornecer respostas para os problemas decorrentes do tema abordado, mas valem como instrumento de introdução da temática e de facilitação didática.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

- D´ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**: A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Trad. de Carlos Szlak. Barueri: faro Editorial, 2018. 142 p.
- FULLER, Lon L.. **O caso dos exploradores de cavernas**. Trad. Claudio Blanc. São Paulo: geração Editorial, 2018.
- KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**: Notas sobre a mentira na era Trump. Trad. de André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.
- LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- ORWELL, George. **1984**. Trad. Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Trad. Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OS PRINCIPAIS EFEITOS NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS ADVINDOS DO FENÔMENO DA MULTIPARENTALIDADE E DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Djanne Lopes Rego Reis

Renato Madeira Reis

INTRODUÇÃO

Diante da crescente demanda no Direito de Família em face dos novos contornos da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, em razão da conceituação adotada em relação à instituição familiar, cuja natureza possui espectro cada vez mais ampliado e evoluído na contemporaneidade, mostra-se de grande valia o presente estudo. O artigo busca demonstrar a importância destes fenômenos sociais e seus efeitos dentro do ordenamento jurídico, mais precisamente seus reflexos no Registro Civil de Pessoas Naturais, e objetiva uma reflexão acerca da necessidade de adequação, sistematização e operacionalização desse fenômeno no âmbito do direito.

A família atualmente não se limita mais aos laços de sangue, necessitando, também, dos laços de afetividade. Imprescindível se faz reconhecer a família contemporânea como plural, denominada também de família mosaico, decorrente da evolução social das relações de parentesco

múltiplas, considerando as desconstituições e as reconstituições dos lares familiares. Esses rearranjos familiares (famílias reconstituídas) fazem minar a necessidade da evolução do Direito, que muitas vezes se mostra incapaz de acompanhar as mudanças que envolvem as relações familiares.

E é o que se busca hoje no direito de família, que este possa não somente proteger o instituto da família, mas também, que a família tenha efetivamente sua dignidade no dia a dia garantida perante os demais institutos da sociedade, almejando, assim, uma igualdade real na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A civilização vivencia uma reformulação significativa no conceito de família e de relações de parentesco. A sociedade aberta, plural, multifacetada e globalizada impõe transformações no seio das relações familiares. Dessas mudanças sociais decorrem naturalmente, alterações nas concepções jurídico-sociais existentes no sistema.

O Código Civil inegavelmente contribuiu de forma positiva para o direito de família, porém a nova legislação deixou de tratar da filiação socioafetiva, que já se incluía entre os principais temas de decisões nos Tribunais à época da edição do estatuto civil, ficando, portanto, a cargo da jurisprudência direcionar esse novo tipo de filiação que tem como valor jurídico a manifestação do afeto.

Como pressuposto de compreensão do tema, sabe-se que o caráter biológico não pode ser critério decisivo para definir a paternidade, devendo esta também ser analisada e considerada a quem se atribui a responsabilidade parental, o cuidado e afeto, assim como, a quem compete o suprimento das necessidades básicas do indivíduo.

No primeiro capítulo, serão abordados breves considerações sobre o instituto familiar.

No segundo capítulo, abordaremos as construções conceituais desenvolvidas acerca da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade e o princípio da afetividade.

No terceiro capítulo, será analisado o Registro Civil das Pessoas Naturais com suas funções e características e os efeitos advindos do fenômeno da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade decorrentes do registro ou averbação, no RCPN.

E no quarto e último capítulo destacaremos as disposições acerca do tema no ordenamento jurídico pátrio.

1 Breves Considerações Sobre o Instituto Familiar

A família é a estrutura básica da sociedade, dela provém todo o alicerce necessário para a formação do ser humano, é um ambiente fecundo para fenômenos culturais, bem como as escolhas pessoais e afetivas.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Diferentemente, na concepção admitida no Código Civil de 1916, tinha-se como base o modelo de família patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e fundada no matrimônio.

Antigamente, havia um modelo de família, herdado pela burguesia, que era composto por pais, mães e filhos e, hoje, esse modelo ainda persiste, porém, há também uma pluralidade de outras formas de família que também são aceitas e protegidas pelo Estado, o que evidencia mudanças tanto na família quanto no direito que a regula.

Segundo Cristiano Chaves, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para a sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia a própria desagregação da sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhados com os valores dominantes da época.

Maria Berenice Dias, sustenta a consagração do afeto como um verdadeiro direito fundamental, permitindo projeções do mais alto relevo, como o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva. E então esclarece: “O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na, esteira dessa evolução, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

A fonte principal da norma do Direito de Família é a norma constitucional, que em seus artigos 226 e 227, estabelece regras e princípios relativos à família que é reconhecida como base da sociedade brasileira. Assim, a Constituição Brasileira como diploma legal norteador da matéria, traça os seus princípios e regras básicas e fundamentais.

O Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBD-FAM) afirma que após a valorização do afeto nas relações familiares como um valor jurídico, surgiram diversas formas de famílias conjugais e parentais, tais como: uniões estáveis hetero e homoafetivas, casos de multiparentalidade, famílias monoparentais, famílias mosaico, famílias recompostas. Com a valorização do afeto, as pessoas ganharam liberdade para estabelecer novas formas de família.

Já no que cerne a filiação podemos analisar o instituto de forma ampla, através de três aspectos (biológico, jurídico e afetivo) que compõem a verdade da filiação, por isso, não se pode falar que a filiação tem apenas um critério para ser definida, podendo definir-se a partir de três diferentes critérios.

De acordo com Barboza, há três critérios para se identificar o vínculo paterno-filial, vejamos:

“Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: **(a) critério jurídico** – está previsto no Código Civil, e estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC art. 1.597); **(b) critério biológico** – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame de DNA; e **(c) critério socioafetivo** – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue”.

À vista disso, nota-se que o vínculo parental deixou de manter, necessariamente, a correspondência com o vínculo consanguíneo e permitiu o surgimento de um novo critério para estabelecer a parentalidade, o critério sócio-afetivo, fundado nos laços afetivos e na convivência.

A lei 8.560 de 1992 trouxe uma importante conquista na afirmação dos direitos de filiação. Como por exemplo, o art. 5º diz que é

vedado fazer qualquer referência à filiação no registro de nascimento e ainda no art.6º caput e §1º o legislador diz que também é proibido constar na certidão que a concepção ocorreu de forma extraconjugal ou a natureza da filiação.

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor trata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial (DIAS, 2008).

Adoções e casamentos de pessoas do mesmo sexo, paternidades formadas por vínculos de afetividade exigem que a consciência coletiva respeite, aceite e reconheça o ser humano que ali está em cada uma dessas constituições familiares, cabendo à sociedade respeitá-los vez que sua dignidade não pode ser tolhida.

Embora a Constituição Federal tenha inovado significativamente quanto ao direito de família, não houve previsão acerca das uniões homoafetivas, bem como de adoção por casais do mesmo sexo. Hoje, apesar do preconceito e discriminação ainda existentes em relação a essas uniões, essas lacunas vêm sendo preenchidas paulatinamente por doutrinadores e jurisprudência que se consolidam cada vez mais. Observa-se o crescente número de decisões protegendo as novas relações familiares constituídas, fundando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 Construções Conceituais da Parentalidade Socioafetiva e da Multiparentalidade e o Princípio da Afetividade

Atualmente, no Direito de Família, vem-se construindo um conceito de parentalidade socioafetiva e multiparentalidade pautados basicamente nos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

A autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, conceitua a afetividade como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

Christiano Cassettari, em sua obra *Multiparentalidade e Parentalidade socioafetiva*, aduz que: “(...) a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.

Apreende-se do conceito de parentalidade socioafetiva, no âmbito do Direito, ao tipo de paternidade em que não há vínculo biológico, mas afetivo entre a criança e o adulto, a criança está, no estado de filha(o), sendo tratada e reconhecida como tal.

Já o que se propõe com a multiparentalidade é a inclusão no registro de nascimento do pai ou mãe socioafetiva permanecendo o nome de ambos os pais biológicos. A ideia da multiparentalidade com a possibilidade de fazer constar no registro de nascimento dois pais e/ou duas mães contemplando a identidade genética e a socioafetividade, deve retratar o bem estar emocional do filho e a real reprodução da realidade do caso concreto.

O afeto é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente, isso por conta de seu caráter de sentimento humano espontâneo. Nesse sentido, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior provocam interessante raciocínio: “a afetividade embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos jurídicos na órbita do direito”.

Nesse sentido, vale destacar as palavras de Pontes:

“A filiação social, muitas vezes vencida pela filiação biológica, passa a ter reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência,

as quais já não balizam o exame de pareamento genético como única forma de se identificar a filiação, cedendo espaço para a valorização dos laços de afeto construídos”.

3. Das Funções, Características e dos Principais Efeitos da Parentalidade Socioafetiva e da Multiparentalidade Advindos do Registro Civil das Pessoas Naturais

O Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), como seu próprio nome indica, tem como foco de interesse a pessoa física ou natural, vale dizer o indivíduo, o ser humano, tal como ele é levado em consideração pelo direito. Cabem ao registrador civil o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte, tendo em vista que tais fatos e atos que repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas interessam toda a sociedade.

Segundo Guilherme Loureiro, o registro tem por função fixar o estado civil ou o estado de família da pessoa natural, provando seu nome, filiação, idade e capacidade para os atos da vida civil, o casamento ou a viuvez, entre outros atos e fatos importantes para a identificação e a proteção da pessoa natural e para a sua vida jurídica e social.

Ainda em conformidade com o respectivo autor, hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato do ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção à personalidade, já que ambas estão relacionadas.

Em suma, o Registro Civil de Pessoas Naturais é o repositório dos atos de estado civil, o mecanismo apto para a constatação e publicação dos fatos e atos que definem o estado de uma pessoa física.

Diante da crescente demanda relacionada ao Direito de Família ganha o Oficial Registrador um papel de destaque, já que se apresenta o RCPN como um mecanismo de desjudicialização visando desafogar judiciário e conferir maior celeridade sem, contudo, abrir mão da segurança jurídica dos atos relacionados a personalidade do indivíduo no que diz respeito ao registro e suas modificações possíveis.

A aplicação dos fenômenos da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade requer o preenchimento de alguns requisitos tais como o exercício da autoridade parental por ambas as figuras parentais de forma complementar, a presença da socioafetividade e a posse de estado de filho, observando-se sempre aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Características estas, extremamente necessárias para sua configuração, uma vez que, solidifica as relações familiares com base no afeto e não na genética.

O CNJ no provimento nº 16 de 2012, já se manifestou no sentido de ser possível o reconhecimento da parentalidade afetiva no RCPN, regulando o procedimento em todo o Brasil, sem que haja a necessidade de judicialização, nos casos em que *ocorrerem indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os oficiais registradores. Em seu artigo 6º dispõe que:*

“Sem prejuízo das demais modalidades legalmente previstas, o reconhecimento espontâneo de filho poderá ser feito perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais, a qualquer tempo, por escrito particular, que será arquivado em cartório”.

Carlos Lasarte, citado por Christiano Cassettari em sua obra “Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva” afirma que todos os filhos possuem direito ao sobrenome dos pais, sejam provenientes do casamento ou fora dele, os filhos possuem os seguintes direitos a respeito de seus pais ou, quando apropriado, sobre o pai, cuja filiação foi determinada: sobrenome, assistência e alimentos; direitos sucessórios.

3.1 Direitos de alteração do nome e o de inclusão dos sobrenomes dos novos pais e avós

Junto com a parentalidade e a socioafetividade surge também a possibilidade de alteração do nome, mesmo porque o Código Civil confere o direito ao nome, nele incluído prenome e sobrenome, como corolário da garantia de individualização da pessoa natural na sociedade. Mas é importante salientar a necessidade e importância que se faz de ser cancelado um dos registros obrigatoriamente, sempre levando

em conta obviamente a situação fática familiar em que o indivíduo encontra-se inserido. Para que se mantenha a segurança jurídica das relações, a fim que não seja o sistema registral submetido à vulnerabilidades evitando assim, que ocorra falhas, pois a dupla identificação tornaria o organismo um caos.

Em decorrência da alteração do nome do adotado ou reconhecido afetivamente constarão em seus registros os nomes de seus avós paternos e maternos das pessoas que o fizerem independente de anuência dos mesmos. Vê-se contudo, diante de tais alterações que vincula-se toda a cadeia parental, há o nascimento de um vínculo afetivo que se estende aos avós e avôs, tias e tios, primos e primas, etc. Notadamente, esta situação traz consigo todas as implicações legais possíveis e existentes no ordenamento jurídico.

Cassettari reconhece que a extensão da parentalidade que se forma entre pais e filhos socioafetivos irá alterar a árvore genealógica e dará ao filho novos ascendentes e colaterais. Dessa forma quando uma paternidade ou maternidade socioafetiva se constitui, estas pessoas estarão unidas pelos laços parentais, que dará ao filho não apenas um pai e/ou uma mãe, mas também, avós, bisavós, triavós (...). Já os pais receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinetos socioafetivos.

3.2 Da garantia dos direitos sucessórios

De fato, não há como não se obter direitos sucessórios, efeitos estes advindos de pais sejam eles biológicos ou afetivos ou de ambos, no caso da multiparentalidade. Deve, portanto, o legislador manter-se atento para as práticas ainda não reguladas pelo ordenamento jurídico, moral e eticamente condenáveis, mas que existem. Admite-se possível a aplicação de todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Porém, devemos ver com cautela o direito sucessório pleiteado *post mortem*, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral e dele já ter recebido a herança.

Chaves, em estudo sobre adoção publicado na revista dos tribunais destaca convenientemente que enquanto não houver legislação espe-

cífica excluindo a possibilidade de o adotado ter direito sucessório em relação ao pai biológico, cabe admitir, como se reconhece no Brasil, que o adotado conservasse os seus direitos sucessórios em relação aos parentes naturais.

3.3 Dos deveres de guarda e alimentos dos filhos socioafetivos

O dever de guarda e alimentos é devido aos filhos independentemente do tipo de vínculo que exista, seja este biológico ou afetivo. O dever de guarda se coaduna com o dever de proteção, insurge as responsabilidades parentais imprescindíveis para a formação da personalidade do ser humano como pessoa/indivíduo. Essa transformação torna explícita a de cuidado, seja da criança ou adolescente.

Sendo o filho menor, biológico ou afetivo, o artigo 1634 do Código Civil impõe aos pais o dever de dirigir a criação e a educação, o que fundamenta a obrigação alimentar.

Existem inúmeras situações na jurisprudência de pais que tentam se escusar de pagar pensão alimentícia, com base na existência de socioafetividade e ausência de vínculo biológico. Mas é importante salientar que esse direito é recíproco, os pais também tem direito de cobrar alimentos dos filhos independente de serem os filhos biológicos ou afetivos. Por esse motivo, o dever de prestar alimentos, havendo o binômio necessidade-possibilidade, é recíproco entre pais e filhos socioafetivos, da mesma forma como ocorre com a parentalidade biológica haja vista que essa regra deriva do art. 229 da Constituição Federal:

Art. 229. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O professor César Fiuza, considera os alimentos como “tudo que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer” e a pensão alimentícia como sendo “soma em dinheiro para prover os alimentos”.

Importante ressaltar, que diante da impossibilidade de um ou de ambos os pais exercer a guarda e prestação de alimentos aos seus filhos, segue-se a inteligência do Código Civil vigente:

Art. 1694 – Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

O enunciado 341 do CJF diz: – Para os fins do art. 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar. Isso se dá porque a Carta Magna estabeleceu o direito de igualdade entre os filhos em seu artigo 227.

A proteção da pessoa dos filhos encontra-se normatizada no Código Civil, a partir do artigo 1583, que inicialmente estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada. Segundo o citado dispositivo, a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e a guarda compartilhada é aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, (Cassettari, 2016).

Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício da guarda, unilateral ou compartilhada de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atingido é o melhor interesse da criança.

3.4 Dos direitos previdenciários entre parentes socioafetivos

O Direito Previdenciário não pode se distanciar da realidade já reconhecida pelo Direito Civil. Cumpridos os requisitos exigidos pelo INSS serão devidos todos os benefícios da Seguridade Social aos seus beneficiários quando solicitados.

A parentalidade socioafetiva poderá gerar direitos previdenciários, como a pensão por morte para o filho de criação, integral ou parcial,

no caso de ter que ser dividida com os filhos biológicos. Isso porque os filhos socioafetivos menores de 21 anos ou inválidos, desde que não tenham se emancipado entre 16 e 18 anos de idade, terão direito a pensão por morte. Igual direito será conferido aos pais e irmãos socioafetivos, estes últimos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos, em nome do princípio da igualdade, (Cassettari, 2016).

4 Posicionamentos Acerca do Tema no Ordenamento Jurídico Pátrio.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma transformação no Direito de Família brasileiro, uma vez que muitos conceitos e pensamentos trazidos pelo Código Civil de 1916 foram abolidos, tornando o conceito de família mais moderno. A Constituição traz em seu bojo a vedação de qualquer designação que leve à desigualdade entre os filhos. Todo filho é legítimo, simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento entre seus pais.

Em razão do antigo Código de 1916 não ser mais compatível com o regime jurídico trazido pela Constituição de 1988, foi promulgado o novo Código Civil, em 2002, que trouxe uma legislação mais moderna, e eventuais omissões em seu texto seriam supridas com base no texto constitucional e nos seus princípios.

Com o advento do Código Civil de 2002 regulou-se, com mais detalhes, as matérias já trazidas na Constituição Federal no que diz respeito à família e filiação, bem como acrescentou novas modificações. Tal Código colocou o ser humano no centro, contrariando a visão patrimonialista do Código anterior, e consagrou, em seu texto, os direitos da personalidade, remodelando o direito privado” (Canezin e Eidt, 2012).

Em ralação aos contornos do instituto familiar, o novo Código Civil passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, quebrando barreiras e paradigmas no direito de família.

Nesse sentido destaque o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060- SC e da análise de Repercussão Geral 622, no dia 21 de setembro de 2016, reconheceu a **parentalidade socioafetiva** como forma autônoma de

parentesco, que não deve ser tratada como uma modalidade de segunda classe, já que a biológica não se sobrepõe a ela. Em mesmo julgado, o instituto da **multiparentalidade** foi referendado, ao reconhecer a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Assim, o julgamento consolidou a parentalidade socioafetiva como forma de parentesco civil, nos termos do art. 1.593 do CC/2002. Demonstra dessa forma que está em situação de igualdade com a paternidade biológica. Ademais, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável e correto equilíbrio.

Outro aspecto que merece destaque em relação ao julgado, diz respeito à mutiparentalidade, já que mencionada a possibilidade de múltiplos vínculos de filiação passou a ser admitida pelo Direito Brasileiro, mesmo contra a vontade do pai biológico ou do pai socioafetivo. Ficou claro, pelo julgamento em referência, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios.

Como se vê, o posicionamento de nossos Tribunais vem se moldando às demandas sociais, restando claro que apesar dos preconceitos e discriminações ainda existentes o reconhecimento do fundamento basilar da constituição de família, fincados no princípio da dignidade da pessoa humana, desconfigura as posições rígidas outrora dominantes.

Apesar dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários majoritários, ressurte-se o ordenamento jurídico pátrio de legislação específica sobre a matéria da parentalidade socioafetiva, assim como disciplina legal sobre a multiparentalidade.

Em razão disso, o CNJ editou o Provimento nº 63/2017, visando preencher de forma infra legal a lacuna normativa existente no que tange à paternidade e maternidade socioafetiva, proporcionando, assim, segurança jurídica, publicidade, validade e eficácia às manifestações de vontade que almejem constituir o parentesco resultante de outra origem que não a consanguinidade.

Disciplinando a matéria, o CNJ estabelece que quaisquer pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, poderão reconhecer a paternidade e a maternidade socioafetiva, salvo irmãos e

ascendentes e desde que sejam 16 anos mais velhas do que o filho a ser reconhecido, sendo ainda imprescindível a anuência dos genitores registrais e o consentimento do filho, se maior de 12 anos de idade.

O Conselho Nacional de Justiça avançou no tema da multiparentalidade, valendo destacar, no entanto, que restringiu tal possibilidade apenas com respeito ao limite registral de dois pais e de duas mães no campo da filiação.

Grandes desafios advirão dessas novas premissas, mas cabe aos operadores do Direito, à jurisprudência e aos doutrinadores resolver os problemas que surgirem com os casos concretos que se sucederem.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que é importante prestigiar o afeto como centro do direito de família. As relações jurídicas devem se concretizar tendo como foco a efetividade do afeto. Mas não se trata de qualquer afeto e sim, o afeto qualificado pela responsabilidade. Esse é o grande vetor a nortear a atividade do intérprete e aplicador da normativa de Família.

O afeto qualificado pela responsabilidade sedimenta relações que se estabelecem no plano dos fatos e deve receber a chancela dos operadores do Direito, em âmbito judicial e extrajudicial.

Como operadores do Direito, seja em âmbito judicial ou na seara extrajudicial, há uma caminhada a ser percorrida para escrevermos uma nova estória, quebrarmos paradigmas.

Neste contexto, insere-se o RCPN como um instrumento pleno de eficácia e intermediação dos conflitos no âmbito do direito de família, que traz celeridade e efeitos tanto na esfera pessoal como patrimonial do indivíduo. Ganha destaque como um meio de desopilação, descongestionamento do judiciário, sendo, por tal razão, oportuna a regulamentação apresentada pelo CNJ através do Provimento nº 63 de 2017.

O incentivo a resolução das questões ainda em âmbito extrajudicial se faz extremamente necessário, reservando-se para a tramitação judicial os casos em que a prestação jurisdicional é imprescindível e deve ser prestada em tempo razoável, evitando a morosidade.

Apesar da evolução normativa infralegal, é de destacar que a carecem os institutos da paternidade socioafetiva e o da multiparentalidade de disciplina legal específica, notadamente acerca da necessidade de estabelecer seus efeitos no âmbito sucessório, previdenciário, regulando institutos como guarda em caso de multiparentalidade, pensão alimentícia nessas situações, entre outras consequências deveridas das novas conjunturas a que submetida a instituição familiar.

Dessa forma, almejando revelar o panorama da realidade da sociedade brasileira, especialmente no que tange aos arranjos familiares de filiação socioafetiva, demonstra-se e reafirma-se neste trabalho a relação parental como um poder/dever que gera importantes consequências não somente adstritas aos laços de consanguinidade.

REFERÊNCIAS

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. Filiação jurídica-biológica e socioafetiva, 2009. Autor: Dimas Messias de Carvalho. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigosocioafetiva>>. Acesso em: 16 março de 2020.

_____. PROVIMENTO Nº16/2012. www.cnj.jus.br. Disponível em: 12 de Março de 2020.

_____. PROVIMENTO Nº67/2017. www.cnj.jus.br. Disponível em: 12 de Março de 2020.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*, op. cit., p. 50.

BARBOZA, Heloisa Helena. *O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. In: *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, acesso em: 01/07/2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

- CANEZIN, Claudete Carvalho; EIDT, Frederico Fernando. *Filiação socioafetiva: um passo do direito ao encontro com a realidade*. Revista Síntese Direito de Família, Manaus, v. 13, n. 69, dez/jan. 2012, p. 11-19.
- CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: Efeitos Jurídicos*. Editora Atlas, 3ª Ed. 2016.
- CÓDIGO CIVIL. [planalto.gov.br > ccivil_03 > leis](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis). Disponível em: 17 de fevereiro de 2020.
- DIAS, Berenice. *Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família*. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011. p.61-63, 306.
- FARIAS, Cristiano, Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. Editora Juspodium, 2016. Págs 43-75.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. Editora Juspodium, 2016, págs.129-220.
- MALUF, A. C. R. F. D. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- PONTES, Anna Lúcia Wanderley. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Ceará, v.7, n.1, jan/jul 2009, p. 134-135; 139-140.

OS DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE

Fabrizio Bon Vecchio

Fernanda Ulysséa Pereira

1. Introdução

Ultimamente, diversos fatores fizeram com que o ambiente regulatório no Brasil passasse por inúmeras modificações e atualizações, seja pelos escândalos políticos ou pela dinamicidade e complexidade dos negócios realizados entre particulares e entes públicos, além do clamor público por mudanças, principalmente quando o assunto é corrupção.

Desde que esquemas de corrupção foram amplamente divulgados nas mídias brasileira e internacional, paira sobre o país um sentimento de descrédito em todas as esferas da administração pública, inclusive nos três poderes que sustentam o Estado: executivo, legislativo e judiciário.

Com a deflagração e consequências da Operação Lava Jato, maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o país já teve em sua história, amplamente divulgadas nas mídias nacional e internacional, as empresas sentiram a necessidade de adequar-se às condutas que vão ao encontro da ética, da transparência no meio corporativo e principalmente das leis.

Não é exagero dizer que com a deflagração da operação lava jato em 2014, as empresas e organizações do Brasil, ao menos em sua maioria, passaram a ter uma postura muito mais comprometida com pro-

cessos internos e atitudes que poderiam em tese coibir os atos de corrupção e demais ilícitudes. Nunca antes na história da nação, podemos ver tantos tipos penais reunidos e relacionados entre si, pelo menos na magnitude que o referido episódio apresentou.

A proliferação de escândalos envolvendo atos de corrupção nos últimos anos demonstrou que o vício corruptivo também deve ser analisado sob o viés político e institucional, já que as consequências causadas por estas condutas causam danos desastrosos à sociedade, comprometendo, inclusive, a garantia de direitos fundamentais, como o da livre concorrência.

Os incontáveis desvios de verbas públicas e o pagamento de propinas para agentes públicos fragilizaram o papel e a imagem do Estado como garantidor de direitos.

Na perspectiva que aqui procura-se frisar, o tema *compliance*, no Brasil, teve seu *boom* com o Mensalão, que trouxe a discussão sobre o combate à corrupção no poder público para um novo patamar.

Trazendo para um enfoque corporativo, o *Compliance* é estruturado num conjunto de regras e normas legais que regem políticas e diretrizes internas e externas de uma empresa, além de estabelecer planos e ações para sanar as não conformidades identificadas no desenvolvimento do negócio/operação.

Ao se implementar um programa de *Compliance*, diversos são os desafios na busca das empresas pela sua efetividade. É necessário desenvolvê-lo com base em requisitos legais, sob o enfoque da atividade empresarial realizada, com segurança e qualidade, sendo imprescindível contar com especialista (s) nas mais diversas áreas para auxiliar a organização.

Estruturar um programa, criar um código de conduta, fazer com que ele seja disseminado para toda a empresa, e obviamente que tenha o comprometimento de todos os setores da empresa, desde à alta administração até o “chão de fábrica”, bem como gerir um canal de denúncia, dando respostas claras e investigando qualquer tipo de informação levada ao seu conhecimento, ou seja, retirar do papel o conceito de empresa íntegra, segundo os ditames estabelecidos, e aplicar na prática diária de uma empresa, inegavelmente é um dos grandes desafios.

Não existe “receita de bolo” para a implementação do programa. O necessário é pensar no tamanho, na complexidade e principalmente nos

riscos da operação que cada empresa desenvolve. Tal iniciativa não se limita ao estabelecimento e a publicação de códigos de ética ou de conduta.

Diante disso, deve o *Compliance* estar inserido na estrutura da empresa e mais do que isso, conectando os colaboradores e alta direção na construção de um ambiente íntegro e ético, dentro dos ditames internos e externos estabelecidos.

Assim, a criação das Leis Anticorrupção Federal e Estaduais, que possuem alicerce na Constituição Federal quanto ao direito fundamental à improbidade administrativa e função social da empresa, possui ligação direta com as relações entre particulares.

Nesse diapasão, as empresas deveriam ter enraizadas, logo em sua constituição, que a atividade desenvolvida tenha ética, probidade, dentro dos parâmetros legais.

A verdade é que com as referidas legislações em vigor, as mudanças que geraram e ainda geram no ambiente de negócios brasileiro são perceptíveis. Muitas empresas, pequenas, médias e grandes, estão, pela primeira vez, dispostas a dar atenção ao tema e a desenvolver um programa de *compliance* que as permitam comprovar o seu comprometimento com a ética nos negócios e prevenção de riscos.

Assim, para o desenvolvimento do presente trabalho, necessário observar quais são os elementos para tornar-se um programa de integridade efetivo nas empresas.

Sob o enfoque econômico, o *Compliance* destina-se às ferramentas de materialização da missão, da visão e dos valores de uma sociedade. O *Compliance*, assim, abarca questões estratégicas e deve ser aplicado a todos os tipos de organização, visto que é uma tendência de o mercado exigir que as empresas se comportem de forma ética, buscando o lucro de forma sustentável.

Dessa forma, as empresas têm destinado cada vez mais recursos para a elaboração, desenvolvimento e manutenção de tais programas, para adequar suas atividades à legislação. Um destes instrumentos é o *Compliance*.

Para tanto, através do método de abordagem dedutivo e de procedimento de análise bibliográfico, serão analisados os benefícios em se implementar o *Compliance* sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED).

Desta forma, o presente tema se apresenta atual e pertinente, no sentido de suscitar uma discussão de inegável relevância e inovação jurídicas, com reflexos em diversas áreas, principalmente empresarial e administrativa.

Do ponto de vista social, a pesquisa se mostra relevante em virtude das inovações legislativas trazidas tanto pela Lei Anticorrupção Federal, de 2013, em decorrência das diversas dúvidas que possam surgir, este trabalho poderá auxiliar tanto os operadores do direito quanto outros.

O presente trabalho está dividido em três tópicos. No primeiro, far-se-á um breve histórico sobre o progresso da legislação brasileira anticorrupção até o presente e a importância do instituto da Governança Corporativa. No segundo tópico, será abordado o tema do *Compliance* e, se perceberá a necessidade de as empresas estabelecerem controles internos. Na parte final, se estabelecerá os principais desafios na implantação de um programa de integridade nas empresas.

2. A Lei Anticorrupção e o instituto da Governança Corporativa

O Brasil já havia assumido compromissos internacionais¹² referente às medidas de punição à pessoas jurídicas que pratiquem atos ilícitos, mas o grande divisor de águas, foi a entrada em vigor da Lei n° 12.846/13, popularmente chamada de “Lei Anticorrupção”, entrou em vigor em janeiro de 2014, trata da responsabilização objetiva de empresas pela prática de atos ilícitos, diante da lacuna existente em nosso ordenamento quanto à matéria.

Os atos de corrupção logicamente não são praticados apenas no Brasil, sendo relevante mencionar que a referida lei nacional foi inspirada em exemplos estrangeiros, como o FCPA - *Foreign Corruption Practice Act*, dos Estados Unidos, de 1977, e a Convenção da ONU - Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003.

Oportuno salientar que pela leitura do artigo 5º, da Lei Federal Anticorrupção, deflagram-se três bens jurídicos tutelados, quais sejam:

12 COMO EXEMPLO, PODEMOS CITAR A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, SENDO SEU CONTEÚDO INTRODUZIDO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA POR MEIO DO DECRETO 5.687/06.

patrimônio público, nacional ou estrangeiro, princípios da Administração Pública e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Além dos bens jurídicos tutelados, a mencionada lei traz em seu bojo a necessidade de as empresas criarem instrumentos de controles internos, com o objetivo de prevenir e detectar possíveis desvios de conduta e descumprimento às leis, sendo que ao menor sinal de “má conduta”, há consequências para o ato.

O instituto da Governança Corporativa trata das relações entre os diversos níveis hierárquicos da administração de uma organização. Em outras palavras, é um instrumento utilizado para alinhar os objetivos e valores das pessoas que tem a função de gerir uma empresa com o que realmente ela se propõe, fazendo com que esse alinhamento se transforme em práticas/conduitas, podendo ser mensuradas. *“O conceito de Governança Corporativa deve refletir a preocupação da organização com um universo muito mais amplo do que aquele composto somente por seus sócios e acionistas, afinal, a empresa tem como objetivo oferecer, também produtos confiáveis e retorno para o negócio, que deve ser sustentável, pois é muito difícil adentrar ao mercado, e mais ainda manter o processo operacional em um contexto em que o público-alvo alinha preço, imagem e confiança”* (ASSI, 2017, p.19).

A necessidade de se mostrar ao mercado como uma empresa ética, que cumpre o que está previsto nas legislações, fez com que as empresas investissem tempo e dinheiro no desenvolvimento de controles internos e em Governança Corporativa, para garantir que os objetivos dos sócios estejam alinhados com os da empresa. *“[...] a governança corporativa não se restringe apenas as questões societárias ou comerciais. Pelo contrário, ela visa garantir a equidade entre os interessados, a transparência e integridade das informações e a responsabilidade de cada um dos agentes envolvidos. Em síntese, um dos fundamentos da governança corporativa consiste em estar em conformidade com as leis e aos regulamentos vigentes e, é justamente por isso que o programa de compliance pode ser considerado uma parte integrante da governança corporativa, cuja função principal está no fortalecimento do respeito às normas e políticas bem como a mitigação de possíveis riscos”* (SANGOI, 2018, p.67).

A Governança Corporativa, configura-se como uma maneira de dar transparência à organização. Além disso, é uma forma de “transmitir mais valor e segurança, desenvolvendo uma boa reputação e atrain-

do investimentos”¹³. As práticas de uma boa governança corporativa baseiam-se em princípios, com o objetivo de dar maior confiabilidade e qualidade à gestão da organização. São eles:

Transparência. Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização.

Equidade. Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.

Prestação de contas (accountability). Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.

Responsabilidade Corporativa. Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazos.¹⁴

13 GOVERNANÇA corporativa e compliance: entenda as diferenças! In: LEC. [S.l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/governanca-corporativa-e-compliance-entenda-as-diferencas/>. Acesso em 16 jan. 2020.

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em 17 jan. 2020. p. 20-21.

O princípio, da transparência, é decorrente da noção de devem ser disponibilizadas informações para as partes interessadas no negócio. O da equidade, diz respeito a igualdade entre as partes interessadas. O princípio da prestação de contas refere que as partes devem prestar contas sobre suas ações, devendo ser apresentadas no tempo certo, de forma coesa, direta e simplificada. Por fim, o princípio da responsabilidade corporativa, “reafirma a importância do zelo pela viabilidade econômico-financeira e o zelo em reduzir externalidades negativas e aumentar as positivas.” (SANGOI, 2018, p.52).

No mundo globalizado em que vivemos, as empresas estão investindo em melhorias internas para desenvolver sua atividade de forma a trazer para as pessoas que consomem seus produtos ou serviços, por exemplo, maior confiança e credibilidade.

Nesse contexto, uma boa gestão faz total diferença. Para esse fim, investir em Governança Corporativa faz com que a empresa se destaque no âmbito negocial, eis que evidencia aos investidores seu compromisso com a transparência para administrá-la.

3. O Compliance e a necessidade dos controles internos

O Programa de Integridade (ou *Compliance*), conceituado no artigo 41, do Decreto n. 8.420/2015, possui o condão de estabelecer medidas para prevenir, detectar e remediar atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Por este motivo, cada vez mais cresce o número de empresas que buscam “estar em *Compliance*”, ou seja, estar em conformidade com as leis, normas e regulamentos externos e internos.

“Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”¹⁵

Na Lei Federal nº 12.846/2013, nota-se que a implementação do programa é facultativa, servindo como circunstância atenuante da pena de multa. Ou seja, a manutenção de programas de integridade efetivos, bem estruturados e atualizados repercutirão na redução das multas aplicadas às pessoas jurídicas condenadas no âmbito da lei.

Em outra perspectiva, o conceito de *Compliance* (BLOK, 2019, p.02) ¹⁶ no âmbito empresarial vincula-se a conformidade da empresa com as normativas internas e externas, zelando pela cultura ética e transparente na prática de conduta de seus funcionários, gestores, diretores, terceirizados, fornecedores, etc. *“Para prevenir fraudes, é imperativo melhorar os controles internos permanentemente. Uma empresa social e eticamente responsável controla seus empregados. Ambientes excessivamente democráticos são nocivos à sociedade e expõe os homens aos seus instintos mais primários. Controles “frouxos” não são éticos. As empresas que mantêm um olhar atento sobre suas contas sofrem menos perdas. Aqueles que agem e aplicam a lei somente após serem alertados por um empregado, fornecedor, auditor ou algum outro terceiro gerenciam suas empresas irresponsavelmente e são suscetíveis de incorrer em grandes perdas”* (ANTONIK, 2016, p.39).

Assim, o *Compliance* é formado por regras e procedimentos que buscam mitigar os riscos (VERÍSSIMO, 2017, p.282)¹⁷ a que uma em-

15 BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 17 jan. 2020.

16 Nesse sentido: “Ser compliance” equivale e conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir o quanto é fundamental a ética e a idoneidade em todas as atitudes humanas e empresariais”.

17 Nesse sentido: “Os riscos devem ser avaliados em razão de seu significado, frequência, tipo e alcance de possíveis danos (prejuízos), sendo organizados em uma escala, em razão de sua intensidade (alto risco, risco moderado, baixo risco). A identificação e a avaliação

presa está submetida e suas implicações possíveis, além de formas de mitigá-los e reparar os danos caso ocorram. Nesse sentido, interessante análise feita por Wagner Giovanini sobre os riscos quando este refere que, “*No mundo corporativo, risco está associado à incerteza do cumprimento de algum objetivo ou na probabilidade de perda de algo material ou intangível. A gestão adequada dos riscos é condição fundamental para o sucesso da organização e, por isso, passou a ocupar lugar de destaque na gestão da empresa*” (GIOVANINI, 2014, p.61).

Há elementos que servem de base para o programa de *Compliance* ser implementado, tais como: Apoio da alta administração, matriz de riscos, desenvolvimento de um código de conduta/ética, controles internos, treinamento e comunicação, canais de denúncias, investigações internas, *Due diligence*, monitoria e auditoria. Cada elemento será abordado a seguir.

1. Apoio da alta administração: o(s) diretor(es) das empresas deve(m) apoiar explicitamente o programa de *compliance* e seguir com as diretrizes ali impostas. Ou seja, o “líder” da empresa mais do que qualquer outro funcionário, não pode cometer atos ilícitos e deve sempre priorizar pela conduta ética;
2. Matriz de riscos: é o desenvolvimento de uma matriz que traz um conjunto de informações sobre a real possibilidade de a empresa e seus funcionários cometerem algum ato ilícito. É realizado através de entrevistas, pesquisa aprofundada sobre a operação da empresa, etc. onde se catalogará dados para concluir qual é a probabilidade e o impacto dos riscos.
3. Políticas de *Compliance*: código/manual de conduta: é um conjunto de diretrizes, um referencial de conduta moral e ética para nortear as ações e decisões de todos os colaboradores. Todos vinculam-se a este código/manual.
4. Controles internos: política de mitigação de riscos e melhoramento dos processos internos das empresas. Estabelecem regras para as condutas dos funcionários.

desses riscos devem ser revista e atualizada com alguma frequência, para garantir que modificações na situação sejam levadas em conta no programa de *compliance*.”

5. **Treinamento e Comunicação:** Todos os passos anteriores, deve ser comunicado a todos os colaboradores da organização. Todos devem compreender os objetivos do *compliance*, sua importância e a necessidade de seguir as regras do código de conduta. Os treinamentos e comunicações podem ser realizados de diversas formas, desde que englobe toda a organização.

6. **Canais de denúncias:** em linhas gerais, serve para a empresa ter conhecimento de algum possível ato ilícito que foi ou será cometido envolvendo-a. Assim, qualquer pessoa pode comunicar à empresa possível desvio de conduta, que deverá ser analisado e, por vezes, investigado pelo setor de *compliance*.

7. **Investigações internas:** após o recebimento de uma denúncia, a empresa deve investigar se houve ou não a prática de conduta ilícita e/ou contra as normas internas, através de entrevistas, análise de documentos, etc.

8. **Due Diligence:** é a pesquisa prévia à contratação de um terceiro. Ou seja, a empresa contratante deve pesquisar e fazer uma análise se o terceiro que deseja contratar segue os mesmos níveis de *compliance*.

9. **Auditoria e monitoramento:** São processos de avaliação constante no programa de *compliance*. Está mesmo sendo efetivo a que se propõe? Está minimizando os riscos? Os colaboradores estão conscientes do que não devem fazer?¹⁸

A empresa, após receber a denúncia envolvendo condutas suspeitas, precisa rapidamente atuar no sentido de verificar a veracidade da informação e, se positiva, adotar medidas disciplinares correspondentes (que podem estar no código/manual de conduta), inclusive procedendo na demissão de funcionários (DEBBIO, MAEDA, AYRES, 2013, p.197-200).

18 OS 9 PILARES de um programa de compliance. In: LEC. [s.l.], 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/os-9-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 20 jan. 2020.

3.1 O papel do Compliance Officer

Na construção de um programa de *compliance*, o *Compliance Officer* e/ou Comitê de *Compliance* deve(m) levar em consideração a forma na qual a organização se operacionaliza, qual é o seu modelo de negócio especificamente, respeitando seu porte, sua visão, missão e valores. Tomando como base esses preceitos, fica mais fidedigno e efetivo sua inserção na empresa, com o intuito de aprimorar ferramentas de controles internos. Diante desse propósito, podemos conceituar este profissional como sendo o “[...] responsável pela avaliação dos riscos empresariais, incumbindo a ele a elaboração de controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de uma futura responsabilização, civil, administrativa ou penal” (BLOK, 2019, p. 61).

Estas medidas devem ter como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa (DEBBIO, MAEDA, AYRES, 2013, p.150).

Em outras palavras, o *Compliance Officer* é aquele que possui a função de garantidor de que os procedimentos realizados pelos colaboradores estão de acordo com os regulamentos internos e com as leis externas à empresa.

4. Os custos de transação

A Análise Econômica do Direito (AED) tem como elemento basilar a aplicação da economia e de sua(s) teoria(s) na análise das leis, normas, instituições legais e políticas públicas. Nesse sentido, ela revela-se como verdadeiro instituto que leva em consideração os custos e benefícios advindos de determinações judiciais ou, em termos amplos, dos assuntos com possíveis consequências jurídicas (TABAK, 2015, p.321-345).

Sob a perspectiva da AED, analisar os reflexos de políticas públicas, determinações judiciais, normas e leis faz com que se possa reduzir a insegurança jurídica, maximizando, assim, o bem-estar social, objetivo implícito em uma democracia (TABAK, 2015, p.321-345).

No âmbito empresarial, a AED pode ser aplicada de diversas maneiras, como, por exemplo, a partir da análise dos custos da implementação de programas de controle e governança corporativa. Esses custos são os chamados custos de transação, que se referem aos custos despendidos em negociações, tempo para elaboração de alguma atividade, etc. Ressalta-se que esses custos não são necessariamente de cunho pecuniário (LOPES, 2017, p.806-813).

Na perspectiva que aqui pretende-se analisar, a AED é de extrema importância para o âmbito empresarial sob o enfoque dos custos despendidos com a implementação de controles internos. “*Em suma, a Análise Econômica do Direito, corrente acadêmica interdisciplinar, formada por juristas e economistas, consiste na aplicação dos instrumentos econômicos aos fenômenos jurídicos, para examinar sua formação, sua estrutura, seus processos e os impactos do Direito e de suas instituições sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre as relações sociais, bem como a qualidade e eficiência dos instrumentos legais. É hábil a prever os efeitos das sanções legais sobre os comportamentos. Possibilita, então, o aperfeiçoamento da eficiência da economia, ao estabelecer regras com base no estudo de suas consequências econômicas*” (JAKOBI, RIBEIRO, 2014, p.30).

A lei anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846/2013) é destinada às empresas, razão pela qual o *Compliance* possui relação direta com a AED. Por óbvio as relações econômicas possuem custos, diferentes dos de operação, denominados de custos de transação, sendo que quando os mesmos são minimizados, essas relações são potencializadas, beneficiando o desenvolvimento econômico da empresa (ORTIZ, LIRA, MACHADO, 2013, p.27-45). Frisa-se, os custos de transação são diferentes dos de operação.

Verifica-se que a implementação de um programa de *Compliance* no âmbito empresarial, “aumentará, logicamente, os custos de prevenção, diminuindo a probabilidade de acidente (ou de infração à legislação) e, por consequência, os custos esperados do evento danoso” (FERREIRA, DE QUEIROZ, GONÇALVES, 2018, p.259-275).

Assim, percebe-se que os institutos da Governança Corporativa e o *Compliance* são complementares, e servem para trazer às organizações maior transparência e ética nos negócios e, principalmente, na gestão dos setores da empresa e na relação entre as partes. Nesse sentido:

A ética e *compliance* são conceitos cada vez mais determinantes no contexto das instituições. A noção da boa governança corporativa evoluiu em paralelo com a ética e o *compliance*, pois empresas bem-sucedidas são aquelas que se preocupam com a ética das suas organizações, além de deter o bom nível de governança corporativa, transparecendo confiança ao mercado (SANGOI, 2018, p.130).

Apesar de custosos, o desenvolvimento, a implementação, a manutenção e a melhoria de sistemas de controle, trazem inúmeros benefícios para as organizações. As empresas que não se preocupam com a transparência e com a implementação de mecanismos de controle devem estar preparadas para desembolsar altos valores para reparação de possíveis danos.

Enfim, uma vez implantada tal política e funcionando de forma efetiva, a empresa tende a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Assim, alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade (RIBEIRO, DINIZ, 2015, p.87-105).

Pode-se resumir os custos de transação de um programa de *Compliance* em três: manutenção, não conformidade e governança. O primeiro custo de transação refere-se à execução e promoção do programa, tais como treinamento, comunicação, etc. Os custos de não conformidade referem-se aos custos envolvendo as consequências de desprezar as normas internas e externas, como, por exemplo, multas, danos à reputação da organização, etc. Já os custos de governança referem-se à “manutenção e as despesas da diretoria e dos comitês, custos legais e jurídicos, contratação de auditoria externa e relacionamento com investidores e comunicações” (RIBEIRO, DINIZ, 2015, p.87-105).

A análise dos custos de transação deve permear a “maximização de resultados eficientes, a partir do comportamento dos indivíduos dentro de uma organização e da forma como estes são coordenados” (PERES, 2007, p.15-30).

A ausência de um programa de *compliance* pode acarretar aumento dos custos de transação, pois há uma quebra na reputação da organização. E a empresa que está comprometida, com comportamentos

sustentáveis, ganha confiança e possui vantagem competitiva sobre àquelas que não possuem.

5. Considerações finais

A partir da análise das legislações anticorrupção nacional e estaduais, percebe-se o endurecimento ao combate à corrupção e a preocupação das empresas em buscar adequar-se às novas regras.

É difícil uma empresa se manter saudável por muito tempo sem que a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de *Compliance*, já que o consumidor final de seus produtos e/ou serviços estão engajados em transformar as organizações em lugares que demonstrem responsabilidade ética desde o início de sua operação.

Diante disso, tanto a Governança Corporativa quanto o *Compliance* devem estar inseridos na estrutura organizacional da empresa e mais do que isso, interligando os colaboradores e alta direção na construção de um ambiente ético e transparente, reduzindo custos e aumentando a eficiência.

Quando as empresas fortalecem seus controles internos, o risco de sanções decorrente de atos de corrupção diminui drasticamente. Nesse sentido, o compromisso com a ética é fundamental. Assim, o combate à corrupção depende também da iniciativa privada e de profunda transformação cultural no ambiente corporativo. Por todo exposto, o que se espera é que as empresas se esforcem ao máximo para minimizar a probabilidade de violações às normas internas e externas, através de conduta que comprove sua responsabilidade com a ética e os demais princípios do *Compliance*.

Conforme já sinalizado, não existe “receita de bolo” para a elaboração de um programa de *Compliance*, eis que cada empresa possui suas particularidades e necessidades. O que os manuais e a própria legislação trazem são elementos basilares a serem seguidos no desenvolvimento do programa.

Diante de tudo o que foi analisado e estudado, pode-se discorrer sobre alguns desafios na implantação do *Compliance*, mas, frisa-se, não se esgotam por aqui.

Bibliografia

- ANTONIK, Luís Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.
- ASSI, Marcos. **Governança, riscos e compliance: mudando a conduta nos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.
- BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 17 jan. 2020.
- CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.
- FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; DE QUEIROZ, Bruna Pamplona; GONÇALVES, Everton das Neves. In: **Economic Analysis of Law Review**. Brasília Vol. 9, Ed. 1, (Jan-Apr, 2018): 259-275. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/605e-60b1b9fcb847e9f09e96042676aa/1?pq-origsite=gscholar&c-bl=1226335>>. Acesso em 13 jan. 2020.
- GIOVANINI, Wagner. **Compliance: A excelência na prática**. 1. ed. São Paulo: [s.n.], 2014.
- GOVERNANÇA corporativa e compliance: entenda as diferenças! In: **LEC**. [S.l.], 11 jul. 2019. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/>

governanca-corporativa-e-compliance-entenda-as-diferencas/. Acesso em 16 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigosdasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em 17 jan. 2020.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522487721>. Acesso em 16 jan. 2020.

LOPES, Arleson Eduardo Monte Palma. Dependência de recursos e custos de transação: rumo a um modelo convergente. *In: Gest. Prod.*, São Carlos, v. 24, n. 4, p. 806-813, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/gp/v24n4/0104-530X-gp-0104-530X2819-16.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

ORTIZ, Luis Cláudio, LIRA, Cláudio Rogério Souza; MACHADO, Filipe Molinar. OS INSTITUTOS JURÍDICOS E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: UMA ABORDAGEM DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. *In: Revista Direito Em Debate*, 22(40), 27-45. Disponível em: < <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/1373>>. Acesso em 13 jan. 2020.

OS 9 PILARES de um programa de compliance. *In: LEC*. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/os-9-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 20 jan. 2020.

- PERES, Ursula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, v. 9, n. 24, p. 15-30, 2007. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/6503/custos-de-transacao-e-estrutura-de-governanca-no-setor-publico/i/pt-br>. Acesso: 18 jan.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 205, p. 87-105. jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em 17 jan. 2020.
- SANGOI, Juliano Mirapalheta. **Compliance**: ética, governança corporativa e a mitigação de riscos. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/Juliano-Mirapalheta-Compliance.pdf>. Acesso em 17 jan. 2020.
- TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em 17 jan. 2020.

COMPLIANCE TRIBUTÁRIO: A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES POR CRIMES FISCAIS

Fabrizio Bon Vecchio

Débora Manke Vieira

INTRODUÇÃO

A sociedade empresária se configura pela titularidade da responsabilidade total dos atos praticados, direitos e deveres, e não aos seus sócios, salvo em situações taxativas. Porém, fica supracitada a importância de diferenciar-se, não se confundindo, com seu estabelecimento, a empresa e seus sócios.

Existem, também, os casos em que a sociedade empresária oferece a função administrativa para terceiro, demonstrando que há inexistência objetiva dos atos e resultados nas premissas que devem ser individualizadas.

Nos casos em que a infração a legislação tributária é imputada a uma pessoa jurídica, parece razoável pressupor que a norma penal eventualmente aplicável alcançará as pessoas que dirigem a empresa e que tenham responsabilidade legal ou estatutária pela gestão e, por isso, poderiam evitar a ocorrência do resultado punível.

É neste questionamento que se evidencia a importância de se individualizar as condutas típicas, de se identificar os sujeitos que fazem parte desta relação societária, as funções submetidas a cada, e aos níveis de sua responsabilização.

Questiona-se: Onde haverá responsabilidade exclusiva do sócio administrador pelos tributos devidos pela pessoa jurídica? Como o Compliance tributário pode conter os riscos de evasão fiscal por parte dos internos e sócios administradores e ainda, e reduzir a carga tributária da pessoa jurídica?

Ao longo dos quatro capítulos deste trabalho buscaremos respostas utilizando-se do método dedutivo por meio de exaustiva análise doutrinária.

1. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A sujeição passiva tributária é um instituto que funda-se na regra-matriz de incidência, a qual regulamenta a conduta de um sujeito passivo, detentor do direito subjetivo de exigir o cumprimento das obrigações; prescrevendo condutas a serem observadas pelos destinatários do comando normativo – quem tem o dever de satisfazer a prestação.

No Direito Tributário, o responsável tributário é eleito para responder pelo crédito tributário, através de norma jurídica que tem por fundamento a lei e distingue o responsável tributário – os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (*Haftungstatbestand*) – do contribuinte (TORRES, 2003). Dessa forma, responsável é o terceiro que, por eleição do legislador, venha compor o critério pessoal da regra-matriz de incidência tributária.

Os administradores de uma sociedade são, sobretudo, intermediários da pessoa jurídica e por intermédio deles a sociedade se faz presente. Podem ser descritos como figuras centrais da empresa, ocupando posição no ápice da pirâmide hierárquica (BARBOSA FILHO, 2015).

Mais de uma pessoa pode realizar a administração de uma sociedade limitada, podendo ser sócios ou terceiros que não constam no contrato social, o que pode ser realizado por um ato isolado, porém, a investidura do administrador dará após a lavratura do termo de posse no livro de atas da administração (VENERAL; ALCÂNTARA, 2017).

Em termos de responsabilidade, a tributária traçada pelo Código Tributário Nacional Brasileiro tem como inspiração a doutrina de Rubens Gomes de Souza que entendia ser a responsabilidade tributária

sujeição passiva indireta. Essa se dividia em responsabilidade por substituição e por transferência.

Na substituição tributária o terceiro ocupa o lugar do contribuinte antes da ocorrência do fato gerador, desonerando o contribuinte de qualquer dever. Já na responsabilidade tributária por transferência o terceiro ocupa o lugar do contribuinte após o fato gerador em razão de um evento a partir do qual se transfere o ônus tributário para um terceiro escolhido por lei (SABBAG, 2009, p. 648); neste ponto enquadra-se a responsabilidade dos sócios administradores da pessoa jurídica.

Essa diferenciação é importante na interpretação do artigo 135 do Código Tributário Nacional ¹⁹, pois, parte da doutrina entende que a responsabilidade do sócio administrador é um caso de substituição tributária, sem ignorar, que a atribuição a outrem do dever de pagar tributo, tendo em vista evento posteriores ao surgimento da obrigação tributária (MACHADO, 2005).

O responsável tributário, todavia, é um devedor de uma obrigação que surge devido a um fato distinto do previsto na hipótese de incidência, no entanto, derivada deste. Sua obrigação é semelhante a aquela decorrente da hipótese de incidência tributária, sendo que o responsável assume uma posição acessória em relação à obrigação principal (BOADNAR, 2008, p. 87).

Com isso, o legislador não pode escolher o responsável de forma aleatória, mas apenas aqueles que possuem algum tipo de relação com o fato gerador. Não se pode ignorar que a norma de responsabilidade introduz uma significativa mudança na regra matriz de incidência que passa a ter uma sujeição passiva ampliada por outra norma.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional, ao instituir a responsabilidade do sócio administrador devido à fraude a lei, incorre na modificação do aspecto material da regra matriz de incidência que é

19 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

ampliado para prever essa hipótese. Portanto, as normas de responsabilização, atuam como normas de extensão tributária que implicam na modificação da regra matriz em seu aspecto material e pessoal, possibilitando a responsabilização daquele que não realizou o fato gerador, devendo ser penalizado pelo ato que praticou – ou até mesmo pela sua omissão –, seja por uma questão de sanção, seja pela garantia de pagamento dos créditos.

2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE ENTRE O SÓCIO ADMINISTRADOR E A EMPRESA

A responsabilidade subjetiva e solidária é aquela prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional onde ocorre entre o sócio administrador e a empresa; aquela responsabilidade por transferência e que, por isso, o administrador é pessoalmente responsável não desobrigando a pessoa jurídica, respondendo-se, pois, de forma solidária.

Há de se acrescentar que não há benefício de ordem entre o sócio administrador e a sociedade contribuinte, de forma que, pode o Estado cobrar o crédito em sua integralidade diretamente de qualquer um ou de ambos (MACHADO, 2009, p. 594).

Se a responsabilidade somente pode ser atribuída de forma expressa, da mesma forma deve ocorrer com a exclusão da responsabilidade do contribuinte. Como o artigo 135 do Código Tributário Nacional é omissivo quanto à exclusão do contribuinte e como entendemos que se trata de responsabilidade por transferência, só nos resta considerar a existência da solidariedade.

Ademais, não se pode esquecer que a responsabilidade tem como finalidade aumentar a eficácia da cobrança e, portanto, a finalidade punitiva, e porque não falar arrecadatória.

A responsabilidade tributária de efetuar o recolhimento do tributo ao Fisco é da pessoa jurídica, decorrente do exercício do seu objeto social, cuja simples falta de recolhimento não enseja, por si só, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente – previsão na Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça²⁰. Ou seja, não é infração de lei, para fins

20 Súmula 430, STJ. O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio gerente.

da responsabilização prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional, deixar de recolher tributo.

Somente os sócios administradores com poderes de gestão é que podem responder pessoalmente pela dívida tributária e não qualquer sócio que integre ou tenha integrado o quadro societário da pessoa jurídica. Existem algumas exceções que podem ser elencadas, no entanto, são raras exceções, em que se permite cobrar dos sócios os tributos devidos pela sociedade: (a) na decretação da falência da pessoa jurídica, previsto no art. 82, da Lei nº 11.101/2005, responsabilizando pessoalmente a figura do sócio na sociedade de responsabilidade limitada pelos danos causados em ação promovida no âmbito civil ²¹, incluindo os créditos inadimplidos ²² e (b) no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o sócio é responsável tributário por substituição, portanto, constitucional sua inclusão na execução fiscal sem que tenha constado inicialmente na certidão de dívida ativa ou do título executivo extrajudicial ²³.

Somente poderá ser chamado um responsável pelo pagamento da prestação tributária, se verificada a ocorrência de um segundo fator, que não o tributário, que enseje a responsabilidade do sócio da empresa, devendo ser plenamente comprovada sua autoria na prática do ato que lhe está sendo imputado (ou ao menos sua decisão pela prática do ato – neste momento, o princípio da capacidade contributiva não é observado).

A responsabilidade pessoal decorrente da prática de ilícito, impen- de que seja apurada, não apenas a ocorrência do fato gerador, mas o

21 Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

22 Art. 77. A decretação da falência o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.

23 STF, RE nº 93.491/MG. Rel. Min. Moreira Alves. Segunda Turma. J. 16/12/1980. In: Diário de Justiça, p. 2856, 03/04/1981.

próprio ilícito que faz com que o débito possa ser exigido do terceiro, oportunizando-se aos responsáveis o exercício do direito de defesa. Assim, verificada a responsabilidade dos diretores, deve ser lavrado termo apontando que foi constatada a prática de ilícitos que tem por consequência a sua responsabilização pessoal pelos tributos devidos pela empresa (PAULSEN, 2018, p. 222).

3. RESPONSABILIDADE PENAL DO SÓCIO ADMINISTRADOR

No ordenamento jurídico brasileiro a reponsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes contra a ordem tributária, não é cabível. Restando analisar de que forma há a delimitação da responsabilidade penal de seus agentes, sobretudo a das pessoas físicas que atuam em nome da empresa, na maioria dos casos, os sócios administradores.

As condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 descrevem condutas praticadas pela pessoa física, sem atribuir a condição de empresário ou qualquer especialidade. À título exemplificativo, temos a prática pela supressão ou redução de tributo mediante a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias (artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90), ou, a falsificação ou alteração de nota fiscal relativa à operação a ser tributada (artigo 1º, III, da Lei nº 8.137/90), considerando a exigência prevista no artigo 1º, caput e § 1º, b, da Lei nº 8.846/94, relativa à emissão de nota fiscal.

Já analisando o disposto no Código Tributário Nacional, a responsabilidade por infrações, como regra geral, pressupõe a culpa e, somente a conduta dolosa, nos moldes do artigo 136, assinalada pela vontade de lesar conscientemente o Fisco e burlar a arrecadação e fiscalização tributárias, não é elemento do tipo tributário e, portanto, pressuposto para a imputabilidade (PADILHA, 2015, p. 78).

Nos parece que a responsabilidade prevista no artigo 136 do Código Tributário Nacional²⁴ independe de culpa ou dolo, bastando que ocorra no mundo dos fatos o evento previsto em lei como infração

24 Art. 136, CTN. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

tributária, restando suficiente para caracterizar a materialidade da incidência tributária.

Diferente do objeto da responsabilidade prevista no art. 137 do Código Tributário Nacional²⁵ que, neste caso, é requisito essencial a prova do dolo, portanto, subjetiva (BECHO, 2000).

O primeiro aspecto a ser observado é a dificuldade na individualização das condutas quando se tratar de uma empresa de grande porte – dotada de complexa estrutura organizacional – uma vez que a mera identificação formal do sujeito passivo na obrigação tributária não é suficiente para formar um juízo de adequação típica penal. Com efeito, quando se trata de atribuir responsabilidade penal ao sujeito é necessário demonstrar que, de fato, é o autor da conduta possuindo um vínculo subjetivo com ela, ou seja, agiu dolosamente (BITTENCOURT, 2013, p. 260).

A mera realização de ato executório não é suficiente para identificar o autor, assim como a condição de sócio, gerente ou administrador de uma empresa. As dificuldades iniciam com a avaliação dos casos em que o mando inicia com o Conselho de Administração (ocorre nas Sociedades Anônimas), em que as decisões são tomadas por votação em acordo com seus membros, segundo as normas estabelecidas.

Tem sido adotada a teoria da responsabilidade pessoal do agente, o qual, poderá utilizar-se de pessoa jurídica para lograr a supressão ou redução ilegal de tributos ou contribuições e, com isso, faz-se imprescindível a observância aos referidos critérios comuns estabelecidos no tocante à responsabilidade penal (ANDRADE FILHO, 2009, p. 90). O assento legal encontra-se no artigo 11 da Lei nº 8.137/90, *in verbis*, “*quem de qualquer*

25 Art. 137, CTN. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
 - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
 - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
 - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorra para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Sob esse dispositivo é possível destacar que a punição sempre recairá sobre a pessoa física, mesmo naqueles casos onde se utiliza da empresa para a prática da conduta delituosa. Ora, ao estabelecer que a punição é medida pelo nível de culpabilidade, está se impondo a necessidade de aferição do grau de contribuição efetiva de cada um daqueles que concorrem para o resultado. Deste ponto é possível identificar se pode ter ocorrido concurso de pessoas e, por consequência, é imprescindível a identificação da forma de contribuição para efeito de aplicação da punição.

Vê-se, portanto, estar absolutamente excluída a responsabilidade penal objetiva pela simples condição funcional, posição hierárquica ou situação estática em matéria de crimes contra a ordem tributária (OLIVEIRA, 1995, p. 29). Isto é, a responsabilização não pode recair sobre determinada pessoa pelo simples fato de configurar nos estatutos sociais da empresa como responsável, ou até mesmo como gestora, pelo recolhimento do tributo.

No entanto, quando um sócio se manifesta de forma contrária à prática de um crime no âmbito empresarial; por exemplo, se o Conselho de Administração decide sonegar impostos de forma fraudulenta para recapitalização, o sócio tem o dever de agir para evitar que essa ação seja posta em prática, sob pena de responsabilidade penal?

Nos parece que essas questões profundas vão muito além da análise casuística, doutrinária e jurisprudencial. A identidade estrutural entre a ação e omissão da pessoa física (subordinada ou não as decisões empresariais) ficam limitadas ao dever de agir para contenção de prática de delitos pela sociedade empresária. Pois, o valor da omissão não pode ser equiparado ao comportamento dos demais sócios, que decidiram pelo crime. Em *ultima ratio*, poderá ser responsabilidade criminalmente pela participação, mas jamais de autoria.

4. COMPLIANCE TRIBUTÁRIO COMO FERRAMENTA PREVENTIVA

Existem medidas preventivas que devem ser adotadas pelas empresas para que, além de evitar que sejam praticados atos ilícitos, também

para que sejam resguardadas e possam ser beneficiadas com uma sanção menor. Essas medidas preventivas são chamadas de Compliance com a finalidade de regulamentar as medidas e condutas a serem adotadas diante de suas negociações.

O objetivo do Compliance está refletido na estruturação de um conjunto normativo claramente exposto, possuindo como objeto principal o controle as condutas e normas que devem ser seguidas por seus integrantes para que haja a obediência aos princípios éticos e legais em todas as tratativas negociais da pessoa jurídica (HARADA, 2015, p. 316).

Para suprir as pressões internacionais, sobretudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as empresas brasileiras constataram a necessidade em reduzir os riscos provenientes de ações causadas por seus próprios colaboradores internos que, muitas vezes, agem por oportunismo para ter vantagens, caracterizando um desvio de conduta. Por isso, o *compliance*, vem como forma de prevenir este tipo de atitude, determinando regras compatíveis com a conduta moral e política da organização para evitar fraudes (PERES; BRIZOTI, 2016).

A sonegação fiscal é outro instituto que preocupa não apenas os tributaristas, mas o Estado de forma geral; no entanto, existem três passos para que o indivíduo torne-se um sonegador: (a) os contribuintes devem ter o desejo de não observar as normas; (b) nem todos com a inclinação para sonegar são capazes de transformar a intenção em ação; e (c) indivíduos inclinados para sonegar tributos observam a oportunidade de fazer isso (ELFFERS, 1991). Ou seja, a grande maioria dos contribuintes comportam-se honestamente, portanto, reduzir a significância dos instrumentos sancionatórios para coerção dos indivíduos – uma forma de educar o mau pagador – a cumprir suas obrigações tributárias não pode ser o único mecanismo hábil para isso.

As recompensas podem estimular a observância das normas tributárias de forma positiva. O Fisco que oferta uma recompensa positiva, gera nos indivíduos um sentimento mais forte de repúdio a evasão fiscal, elevando a percepção de risco do contribuinte, aumentando o nível de cumprimento voluntário.

A doutrina da prevenção geral determina que a pena causaria nos potenciais criminosos um contra motivo forte o bastante para impedir

a prática do crime. De um lado, estariam os motivos para praticar os crimes e, de outro, o mal que a pena causaria ao delinquente, pois os indivíduos controlariam suas tendências criminosas ao ter ciência de que sofreriam danos maiores, concluindo que a pena tem força por legitimar uma ordem jurídica vigente (DIAS, 2007, p. 231).

As ações coercitivas afetam o cumprimento da norma, vez que o Compliance da norma é uma ação complexa, influenciada pelos incentivos dados aos contribuintes. A extensão da evasão fiscal correlaciona-se negativamente com a probabilidade da punição; um sistema tributário deve ser simples, a sua complexidade pode resultar em um descumprimento não intencional das obrigações (TORGLER, 2007).

É fundamental que o administrador aja com dedicação, com uma postura íntegra e sem ultrapassar os poderes que lhes são conferidos. Suas ações são pautadas na lei e com o disposto no contrato social. Além disso, não pode distanciar-se do objetivo social, estando protegido de qualquer responsabilidade, pois quem realiza o ato é a sociedade (NASCIMENTO; ALVES, 2015).

No ordenamento jurídico tributário brasileiro, destaca-se o bônus de adimplência fiscal. As empresas adimplentes com os tributos e contribuições nos últimos cinco anos-calendário, submetidas ao regime de tributação com base no lucro real ou presumido, podem beneficiar-se com uma bonificação de 1% da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - a parcela que não puder ser aproveitada em determinado período poderá sê-lo em períodos posteriores, vedado o ressarcimento ou a compensação com outros tributos.

As condições exigidas para se conseguir o aproveitamento do bônus são muito rigorosas. Não faz jus ao bônus a pessoa jurídica que, nos últimos cinco anos-calendário, se enquadre em qualquer das seguintes hipóteses, em relação aos tributos e às contribuições: (a) lançamento de ofício; (b) débitos com exigibilidade suspensa; (c) inscrição em dívida ativa; (d) recolhimentos ou pagamentos em atraso; e (e) falta ou atraso no cumprimento de obrigação acessória. Em termos práticos, quem questionar um lançamento tributário indevido perde direito ao bônus.

O Compliance pode auxiliar na prevenção de erros da administração, no cumprimento das obrigações tributárias, bem como na res-

ponsabilidade criminal dos dirigentes, o que preserva a integridade, tanto corporativa como criminal, seja dos sócios, conselheiros, executivos e gestores, caracterizando-se como um fator aliado à qualidade e rapidez para interpretação dos regulamentos e aplicação correta da legislação, o que faz compreender as exigências do Estado para precaver a incidência de multas e encargos. (SILVA; COVAC, 2015).

Para isso, é fundamental uma eficiente ação fiscalizadora que se complementa e se torna efetiva com ações ágeis de fiscalização, punindo e repreendendo aqueles que não cumprem com suas obrigações tributárias. Entretanto, recompensar aqueles que honram os seus compromissos, neste momento, também possui significativa importância, e um programa eficiente de Compliance tributário no âmbito da organização empresarial pode ser a resposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampla pesquisa doutrinária não foi capaz de responder de maneira efetiva um novo questionamento formulado no decorrer do estudo. Se o Conselho de Administração de uma empresa decide pela sonegação de impostos, não teria o sócio o dever de agir para evitar que essa ação ocorresse? O peso da omissão não pode ser equiparado ao comportamento ilícito dos demais sócios que decidiram pelo ato.

Dessa feita, o limite de alcance da figura da pessoa física do sócio administrador em casos de omissão somente deve alcançar a responsabilidade civil e criminal pela participação nos atos ilícitos, mas nunca por sua autoria.

Por estes motivos, que o Compliance tributário, quando aplicado de forma eficiente, pode não só estar alinhado com o estrito cumprimento das normas e regulamentações fiscais, mas também fiscalizar os atos gerados decorrentes das obrigações tributárias, sobretudo aqueles praticados no âmbito empresarial pelos sócios administradores.

Um programa de recompensas, como o bônus de adimplência fiscal, pode acarretar no sentimento de repúdio a evasão fiscal, minimizar os encargos tributários e ainda, diminuir os riscos da atividade protegendo a figura pessoal do sócio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Apontamentos sobre órgãos da pessoa jurídica. **Revista de Direito Mackenzie**. 2001, n.1, p. 101-113, 2015. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/7171/4852>> Acesso em: 3 abr. 2020.
- BECHO, Renato Lopes. **Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária**. São Paulo: Dialética, 2000.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOADNAR, Zenildo. **Responsabilidade tributária do sócio administrador**. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2006.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> Acesso em 29 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em 01 abr. 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2007.
- ELFFERS, H. **Income Tax Evasion: Theory and Measurement**. Erasmus Centre for Sociolegal Tax Research. Deventer: Kluwer, 1991.
- HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

NASCIMENTO, Mariana Diniz Luna do; ALVES, Marielza Barbosa. Competências do administrador: um estudo comparativo entre a percepção da academia e do mercado. XII Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Otimização de Recursos e Desenvolvimento, 2015. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/3223.pdf>> Acesso em 29 mar. 2020.

OLIVEIRA, A. C. M. de. **A responsabilidade nos crimes tributários e financeiros**. In: ROCHA, V. de O. Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 1995. p. 25-34.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERES, João Roberto; BRIZOTI, Nilson. **Compliance, corrupção e fraudes no mundo empresarial. Guia Básico de Referência**. Ebook. Disponível em: <<http://www.ntsc-br.com/data/documents/CCFME-v1-eBook2a.pdf>> Acesso em 02 abr. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Cavalcanti Daniel; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TORGLER, Benno. *Tax compliance and tax morale: a theoretical and empirical analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 10^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENERAL, Débora; ALCÂNTARA, Silvano Alves. **Direito Aplicado**. 1 ed., Curitiba: InterSaberes, 2017.

AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO INDIGENOUS FORMAL EDUCATION: PUBLIC POLICIES FOR RECOGNITION AND CULTURAL VALUATION

Daniela Alves da Silveira Moura

Matheus de Oliveira Guimarães

Educational political speeches in recent decades argue that indigenous cultures and languages should be recognized. However, it is fundamental to question in what terms changes have actually occurred in the field of indigenous education in Brazil. Studies reveal that indigenous education still has assimilationist tendencies, with regard to Portuguese identity and language, and these intentions are the consequence of a neoliberal vision of multiculturalism that fosters inter-ethnic relations (SOUZA; JÚNIOR, 2017).

Some achievements would be the result of social movements that, although at some point are reduced and associated with protests, anarchies and negotiations, are promoters of change in social spaces – especially when it comes to education. In this same aspect, indigenous peoples have also long struggled for their educational rights, for access to higher education institutions, for reforms to adapt the courses that receive this public, as well as for the right to establish their own school institutions in their communities. But what are the interests that mobilize indigenous peoples in this struggle for education? Are the government's approaches when it comes to the claims of indigenous peoples sufficient?

According to Fraser (2006, p. 231), the “struggle for recognition” is fast becoming the paradigmatic form of political conflict in the late 20th century. Demands for “recognition of difference” fuel the struggles of groups mobilized under the banner of nationality, ethnicity, “race”, gender and sexuality. In these “post-socialist” conflicts, group identity supersedes class interest as the main means of political mobilization. Cultural domination supplants exploitation as the fundamental injustice. And cultural recognition takes the place of socioeconomic redistribution as a remedy for injustice and the objective of political struggle (FRASER, p. 231, 2006).

In view of these facts, José Murilo de Carvalho, who, in the text “Citizenship in Brazil: the threat on the heel of Social Rights,” reports that the 1988 Constitution was responsible for the expansion of Social Rights and that the most significant advance in the field of education, whose progress was decisive in the field of citizenship, with the increase in schooling. However, he emphasizes that inequality is a factor that still severely marks Brazil, with its roots in the colonial period - economic inequality continues to increase in the country, being, above all, of a regional and racial nature (CARVALHO, 2002).

According to Cury (2002), the right to school education is a current topic. Today, there is no country in the world that does not present access to basic education in its legal texts and assures its citizens that right - given that school education is a fundamental dimension of citizenship and an essential element for everyone to participate in social spaces. and politicians. Cury also says that the value aspect of the law is not identified and recognized as an automatic and involuntary instrument in the action of social rights. The law is shaped from the context of citizenship in each country - and it develops through a contradictory character, covering a dimension of struggle. It fights for more democratically just inscriptions, for legitimate and real achievements, against any kind of misrepresentation of action for justice. The achievements in the field of school education are the result of struggles inspired by a democratic perspective of society whose conception is based on equal opportunities or even equality of social conditions (CURY, 2002).

The right to education must consider school education as a basic dimension of citizenship (CURY, 2002). Regarding the

universalization of basic education for all, it has to be a recognized right, but it needs to be guaranteed. Education is civil, political and social law - which are components that constitute the multiple dimensions of education. In this respect, there are several expectations generated around universal school education, which come up against certain contradictions: achievement versus social conditions, legal obligation versus administrative inability to expand the offer (BOBBIO, 1992; MARSHALL, 1967; PRZEWORSKI, 1989; CARVALHO, 1995).

Nancy Fraser (2003, 2006) draws connections and critically assesses the intersections between economic injustices and cultural or symbolic injustices. Fraser's political and philosophical theory suggests that, in order to resolve systemic errors such as colonialism, a theory of justice must first conceptualize them. Thus, comprehensive reparations are necessary not only for symptoms of systemic injustices, but, above all, they must address the underlying structural and institutional causes of these injustices.

Also using John Rawls' theory of justice, whose contributions have influenced contemporary political theory, it can be said that several aspects of his theory can be applied to indigenous education. According to Rawls (1998), justice can be understood in terms of justice for the distribution of social goods, based on a fair system of social cooperation over time, whose possibility of justice in a democracy is ruled by people who are committed to conditions fair terms of social cooperation with each other. Rawls (1988) presents, in general terms, two principles: one in which everyone has access to basic freedoms, such as political freedom, expression, thought, private property; and another in which inequalities are justified insofar as they benefit everyone in society in fact. Thus, his theory is concerned with providing principles that capture the distribution of access to resources. Individuals must have equal opportunities to pursue their concept of well-being and exercise their basic freedoms. It is then up to the State to organize and comply with the requirements of this distribution framework, promoting the protection of vulnerable minorities through group-based rights and, also, reconciling the legitimacy of minority rights. This Rawlsian essence has implications for the cultural character in the sense of seeking to enjoy a full life

and live within a cultural structure that provides individuals with the appropriate tools so that individuals can make decisions about a certain conception to participate in their own culture.

Fraser (2006) argues that marginalized groups in a society can suffer different types of injustices: cultural (or symbolic) injustices and, also, those of a socioeconomic nature. Cultural-value injustices are in the order of representation, interpretation and communication, and are manifested in the cultural spectrum, in non-recognition and disrespect. Socioeconomic injustices are associated with deprivation, poor distribution of work and income. Historically, for example, indigenous culture was recognized as primitive and condemned to extinction, depriving these people of much that was legitimately indigenous - of their tradition, customs, values, languages and lands. The indigenous people were, in general terms, subjected to abuses and rampant negligence. In his work, Fraser (2006) proposes an interpretation of the supposed paradigm between recognition and redistribution under a binary dimension when outlining the current injustices. Fraser's bivalent model is a lens through which we must examine injustices related to recognition and redistribution and are associated with social inequality, exploitation in the field of work, marginalization and deprivation - in addition to cultural domination and disrespect. Elements that prevent individuals or groups from positioning themselves collectively, in an integral self-recognition in social interaction.

I will insist on analytically distinguishing economic injustice from cultural injustice, despite their mutual intertwining. The remedy for economic injustice is some kind of political-economic restructuring. It may involve redistribution of income, reorganization of the division of labor, democratic controls on investment or the transformation of other basic economic structures. Although these various remedies differ significantly from each other, from now on I will refer to this entire group by the generic term "redistribution". The remedy for cultural injustice, by contrast, is some kind of cultural or symbolic change. It may involve the revaluation of the

disrespected identities and cultural products of the defamed groups. It can also involve the recognition and positive appreciation of cultural diversity. Even more radically, it can involve a comprehensive transformation of social patterns of representation, interpretation and communication, in order to transform the sense of self of all people. Although these remedies differ significantly from each other, from now on I will refer to this entire group by the generic term “recognition” (FRASER, p. 232, 2006).

According to Fraser, the race’s bivalent character is the source of a dilemma.

The “race” is also, therefore, a bivalent mode of collectivity with an economic-political face and a cultural-evaluative face. Its two faces intertwine to reinforce each other, dialectically, all the more because racist and Eurocentric cultural norms are institutionalized in the State and in the economy, and the economic disadvantage suffered by people of color restricts their “voice”. To compensate for racial injustice, therefore, it is necessary to change the political economy and culture. But, as with gender, the bivalent character of “race” is the source of a dilemma. Since people of color suffer from at least two types of analytically distinct injustice, they necessarily need at least two types of analytically distinct remedies: redistribution and recognition, which are not easily reconciled. While the logic of redistribution is to end this “race” business, the logic of recognition is to value the specificity of the group. Here, then, is the anti-racist version of the redistribution-recognition dilemma: how can anti-racists fight at the same time to abolish “race” and to value the cultural specificity of subordinate racial groups? (FRASER, p. 236, 2006).

Faced with the arguments of the political philosopher, such as race, ethnicity also suffers from the dilemmas involved in recognition policies and redistribution policies, as it has economic and cultural dimensions. Marginalized minorities, such as the indigenous, demand government

protection to guarantee their cultural viability, access to land and the resources that guarantee their survival. Instead, cultural protections are put in place as a way to guarantee autonomy. Thus, as the theory moves towards recognition-based politics, an explicitly liberal individualistic approach remains. In this respect, indigenous peoples see themselves at an institutional disadvantage, and therefore state protections are needed to make indigenous culture (or indigeneity) a viable condition for individuals within the community. However, claims to special rights are linked to circumstance and not to political choice. This contradiction between the choice of the current situation continues to hamper them in their ability to pursue their conceptions based on their cultural values. Certain collective rights can be defended as appropriate measures to rectify inequality in circumstances that affect indigenous people collectively. These aspects do not respond to the demands of indigenous peoples. The distributive dimension through group-based rights offers a unilateral approach to the claims of these peoples. Although differentiated state protections are useful, they do not recognize indigenous culture, forms of governance, education, among others, necessary elements to meet indigenous demands. As presented by Fraser (2003), incorporating recognition in an equally redistributive approach is necessary.

Studies show that in communities where cultural roots and indigenous identities are more solid, these communities are also associated with lower rates of suicide in the youth group (OLIVEIRA; NETO, 2003; SOUZA; JÚNIOR, 2017). This requires a look from both the community and the state to the importance of recognizing the valuing cultural viability of indigenous life as well as the guarantee of resources to preserve the continuity of their culture. As cultural valuation increases, indigenous identity is preserved and, accordingly, suicide rates in these youth groups also decrease. Factors that contribute to cultural continuity are associated with measures of self-governance, involvement in land claims, as well as access to health and education. Thus, what is evident is not only the preservation of cultural diversity per se, but also support for the preservation of culture for real social and material issues within the indigenous community. This is certainly an example of the effect of recognizing the viability of indigenous life on an intriguing aspect in the pathological-social field present in these

communities. This is also an example of the interweaving between distribution and recognition in the dimension of social marginalization.

The dialectic between the right to equality and the right to difference in school education as a duty of the State and a citizen's right is not a simple relationship. On the one hand, it is necessary to defend equality as a principle of citizenship, modernity and republicanism. Equality is the principle of both non-discrimination and it is the focus for which men have fought to eliminate the privileges of blood, ethnicity, religion or belief. It is still the north that people are striving to reduce inequalities and eliminate discriminatory differences. But this is not easy, since heterogeneity is visible, it is sensitive and immediately perceptible, which is not the case with equality. Therefore, the relationship between difference and heterogeneity is more direct and immediate than that established between equality and difference. "Unique" or empirical thinking does not appreciate abstraction, preferring the manifest, the visible, the palpable. The empirical is necessary and even a "gateway" to a broader ontological reality. This reality is the human race, from which comes the recognition of the basic equality of all human beings, the foundation of the dignity of each and every human person. It is the recognition of the essential equality of all people of the human race that all the theses of citizenship and democracy were nourished (CURY, 2002, p. 255).

According to Cury (2002), the denial of basic equality between all human beings and the restriction on access to quality social and political goods represent a distorted view of the right to difference. In this sense, the concrete and abstract pillar that supports it is neglected and, at the same time, the recognition of equality is denied, and difference emanates the dominant and arbitrary principle from those who do not share the same difference. The denial of universal categories, considered totalitarian, represents the chaotic path to a less unequal and more just society (CURY, 2002, p. 256).

When it comes to countries that have suffered the harsh reality of colonization, such as Brazil, the meaning of the conquests of rights

enshrined in law do not have the same ideal value of the conquests of other countries whose advances are results of workers' struggles for example. In the case of Brazil, it is still necessary to assess the socio-cultural impact of colonization, especially slavery. As for the right to education, in these countries that were colonized, progress is slower, and social inequalities are fruits that permeate all periods and persist strongly today. As a consequence, the inheritance of prejudices and ethnic and gender discrimination is incompatible with civil rights. Above all, the formalization of social achievements in law and in law in many situations has not been achieved because of these inheritances from the past and still present in societies.

In the view of Fraser (2006), remedies for injustices related to recognition imply the granting of due recognition to previously unrecognized groups and injustices related to distribution, in turn, can be remedied by the redistribution of material resources. To solve the dilemma, the pillars of injustice can be solved using two approaches: affirmation or transformation. Fraser argues that, transformative remedies commonly combine universal welfare programs. They seek to guarantee access to employment for all, while also tending to disconnect the basic part of consumption and employment. Therefore, its tendency is to dissolve class differentiation. Transformative remedies reduce social inequality, but without creating stigmatized classes of vulnerable people seen as benefiting from special generosity. They therefore tend to promote reciprocity and solidarity in relationships of recognition. Thus, an approach aimed at compensating for injustices of distribution can also help compensate for (some) injustices of recognition. While affirmative remedies can have the perverse effect of promoting class differentiation, transformative remedies tend to fog it up. Affirmative redistribution can stigmatize the underprivileged, adding the insult of contempt to the injury of deprivation. Transformative redistribution, in contrast, can promote solidarity, helping to compensate for some forms of non-recognition (FRASER, 2006, p.238).

Transformative remedies are associated with repairing results, while affirmative remedies tend to resolve only inequalities that arise from the organization of social relations without transforming them. The objective of redistributive affirmative remedies is to

correct the existing income inequality, contributing to the fluidity of material resources for marginalized groups, although it does not promote transformation, keeping conditions intact, such as the capitalist mode of production, responsible for income inequality and class disadvantage. In this way, distributive affirmative remedies can only serve as a temporary palliative for a constant problem that will continue to produce and reproduce social inequality. Redistributive transformative remedies, otherwise, aim to suppress the origins of economic injustice and promote distributive equality by eliminating the causes of economic inequality.

Affirmative remedies for cultural injustice (of recognition) are associated with dominant multiculturalism and seek to repair disrespect, revaluing non-valued identities, maintaining both the content of these identities and the differentiations of the group that underlie them (FRASER, 2006), in contrast, these remedies tend to produce a differentiation of groups that can result in fundamentalism, a pejorative stigmatizing effect. Conversely, transformative recognition remedies, in turn, break with racist ideals, destabilizing collective identities and differentiations (FRASER, 2006). Thus, transformative remedies constitute a reorganization of belonging to the group and ensure the permanent processes of collective identification.

However, in the case of indigenous peoples, we can easily see that marginalization takes on aspects of economic inequality, disadvantage and lack of social respect. This brings the importance of material and social equality together. Fraser is committed to a vision of justice that does not reduce the role of recognition or redistribution. Fraser (2006) proposes that one should take both the recognition point of view and the distribution point of view, without reducing any of these perspectives, that is, it must pursue a concomitantly applicable posture.

According to Cury (2002), social actors know the value that knowledge has in the society in which they live, hence the importance of the right to education and which is now politically demanded as a non-violent tool of claim and political participation. In this regard, education as a right and its implementation in social practices becomes a collaborative instrument in the reduction of inequalities and

discrimination and enables a peaceful approximation between the peoples of the world.

Dissemination and the universalization of quality school education as a right of citizenship are the assumption of universal citizenship and part of what Kant once considered as one of the conditions of “perpetual peace”, this movement reduces discrimination and inequality (CURY, 2002 , p. 261).

In the case of indigenous peoples, it is clear that this is not just about distributional inequality, but cultural disrespect also needs to be addressed. Some elements indicated how the recognition of the indigenous cultural value perspective can pay social dividends. In fact, it is not only the community’s control over aspects for a healthy cultural continuity that better social results will emerge, but also the necessary resources to manage them.

BIBLIOGRAPHY

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa. Fundação Carlos Chagas, São Paulo, n. 116 pp. 245-262, jul. 2002.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça em uma Era “Pós-Socialista”. Cadernos de Campo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>.

_____. Justiça Social na era da Políticas de Identidade: Redistribuição, Reconhecimento e Participação. Revista Crítica de Ciências Sociais, 2003. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>.

_____. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age. In. _____. Adding Insult to Injury. Nancy Fraser debates her critics. Edinburgh: Verso, 2008.

____ Justice Interruptus: Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition. London: Routledge, 1997.

____ Redistribuição ou reconhecimento? Classe e status na sociedade contemporânea. In: Interseções – Revista de Estudos Interdisciplinares. UERJ, ano 4, n.1, 2002.

____ Recognition without Ethics? Theory, Culture & Society, v. 18, p. 21-42, 2001.

____ Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Jessé Souza (org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

FRASER, N.; HONNETH, A. Redistribution or recognition?: a political philosophical exchange. London; New York: Verso, 2003.

RAWLS, J. Uma teoria da justiça. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/377/r138-16.pdf?sequence=4>.

OLIVEIRA, Cleane S.; NETO, Francisco Lotufo. Suicídio entre povos indígenas: um panorama estatístico brasileiro. Revista Psiquiatria Clínica, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rpc/v30n1/20583.pdf>.

SOUZA, Maximiliano L. Ponte; JÚNIOR, Ricardo T.da Silva. Caracterização da mortalidade por suicídio entre indígenas e não indígenas em Roraima, Brasil, 2009-2013. Epidemiol. Serv. Saúde, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-96222017000400887&script=sci_abstract&tlng=pt.

POLITICAL DISCOURSES AND PEDAGOGICAL REALITY: A HISTORICAL OVERVIEW OF THE RIGHT TO INDIGENOUS EDUCATION

Daniela Alves da Silveira Moura

Matheus de Oliveira Guimarães

1. THE CONTEXT

This text intends to discuss the developments in education based on political changes over time, considering the perspective of educational policy in terms of the domains of social injustice, based on the theory of Nancy Fraser's recognition and redistribution in her studies about the different types of social injustice. Educational political speeches in recent decades suggest that indigenous cultures and languages should be recognized, however, what real changes have occurred in which terms in the field of indigenous education in Brazil? Studies reveal that indigenous education still has assimilationist tendencies, with regard to Portuguese identity and language, and these intentions are the consequences of a neoliberal vision of multiculturalism that fosters inter-ethnic relations.

The "struggle for recognition" is fast becoming the paradigmatic form of political conflict in the late 20th century. Demands for "recognition of difference" fuel the struggles of groups

mobilized under the banner of nationality, ethnicity, “race”, gender and sexuality. In these “post-socialist” conflicts, group identity supersedes class interest as the main means of political mobilization. Cultural domination supplants exploitation as the fundamental injustice. And cultural recognition takes the place of socioeconomic redistribution as a remedy for injustice and the objective of political struggle (FRASER, p. 231, 2006).

The experiences of indigenous peoples with education over time have been contentious. Since the beginning, the focus has been on an imposed, colonial-based education, based on the assimilation and segregation of peoples and their worldviews. Colonial Brazil, Empire and Republic, had as its legal demarcation the active and permissive character in the face of the discrimination that affects the Brazilian indigenous population until today. History, in this context, reveals that the educational field of Brazilian indigenous communities has structural and social roots, subordinated to marginalization and subjugation.

Educational processes are restructured and redesigned according to the evolution of society, in this aspect, thinking about education, implies considering the influences of human manifestations and the socio-cultural diversities historically constructed. So it is an opportunity to open spaces to think critically and also for interested parties to engage in conversations about what is important for the holistic development of indigenous students. These same themes and conversations are what guide indigenous peoples in their commitment to lifelong learning for their peoples, since the development of apprentices for indigenous communities is continuous from birth to death, it is holistic and dedicated to interconnectivity. In this sense, the term holism resonates through significant measurement in conceptual alignment with indigenous epistemologies.

Current indigenous education, reveals an effective fight for their rights, now supported by law, invest in educational training, ensuring cultural appreciation, the mother tongue, the consolidation of school practices in indigenous schools, with the objective of promoting socio-cultural and economic autonomy and the strengthening of its

tradition. But this trajectory of indigenous struggles in the context of Brazilian education, in recent decades, has provoked reflections around legitimacy.

In order to better understand this scenario, it is necessary to examine the historical line, infiltrate the fundamentals that outlined some decades and go through the course of indigenous school education in Brazil.

2. INDIGENOUS EDUCATION: PUBLIC POLICIES AND THE STRUGGLE FOR RIGHTS

The provision of school education programs to indigenous communities in Brazil has been guided, since the 16th century, by catechization, civilization and forced integration of Indians into national society. From the Jesuit missionaries to the positivists of the Service for the Protection of the Indians, from catechetical teaching to bilingual teaching, the emphasis was one: to deny the difference, assimilate the Indians, make them become something different than they were. In this process, the institution of the school among indigenous groups served as an instrument for imposing the values of others and denying different identities, languages and cultures (MEC, p. 8, 1995).

At the time of colonial Brazil, an indigenous education already existed, whose teachings were passed on by the village elders for their experiences. With the arrival of the Portuguese, the school model began to include Portuguese and indigenous people, in a relationship of a much closer character to barter, commercial, that is, commercial. In the middle of 1500/1530, school education led by religious orders was inaugurated, more precisely the Society of Jesus, whose scope was to Christianize and civilize the native peoples, judged as those who were devoid of Faith, King and Laws.

In this period, there were two groups of indigenous people, the Portuguese allies and the rebel groups (MONTEIRO, 2001). The peaceful Indians used persuasion, trying to convince them to live in the villages in exchange for one of land for subsistence. It was the responsibility of the Jesuits to catechize these Indians, as well as to domesticate and prepare them for work. Although they were not in

favor of slavery, the Jesuits contributed to the colonizing project. The Jesuits tried to establish an indigenous school education and not an indigenous education, imposing on this people, a Western, reductionist regime, trying to professionalize them and so this polarity slowly became more objectified. Non-Gentile Indians, those considered aloof and savage, who did not intend to bow to the colonial project, enslaved (OLIVEIRA; FREIRE, 2006). At this moment, the imposed pedagogy is domesticating with the purpose of transforming the Indian into a non-Indian, aiming at the extinction of language, beliefs, culture, and the appropriation of society's standards, values and behaviors, that is, the assimilationist model, in the which indigenous children were stripped of their families and villages and taken to boarding schools, where they would be catechized, imposed on the Portuguese language and new customs.

In the second half of the 19th century, during the reforms of Marquês do Pombal, minister of the Portuguese Empire, there was an intensification of the assimilationist model. The difference in this period is that the assimilation proposal becomes for everyone, even imposed on Gentile Indians, the colonized. In other words, the intention was to domesticate them and introduce population massification, totally extinguishing different cultures and ethnicity. Laws were also instituted to regulate relations with indigenous groups, such as the Directorate of Indians, of 1757. The Directorate proposed the creation of a school for boys and another for girls, as well as the hiring of male and female teachers and decreed the obligation Portuguese and the censorship of the use of indigenous languages. The educational objective was to make the Indians fit for civilian performances, with the teaching of reading and, if possible, of writing (BITTENCOURT; SILVA, 2002).

In reality, the Portuguese were losing territory to the Spanish, especially in the regions that, until their expulsion, were under the control of the Jesuits [...]. When liberating the Indians - Laws of June 6 and 7, 1755 and "Alvará" May 8, 1758 -, the Metropolis ordered the elevation of old villages and farms, the largest to villages and the smallest to villages, places or

settlements, handing over their administration to the Indians with the intention of, in practice, civilizing them, educating them, compel them to speak the Portuguese language. The intention was to fix them and integrate them into the society of the whites in an urban nucleus, to populate it and, with this, to defend the territory. The aim was to fortify the Monarchy, freeing the Indians. This freedom, however, was based on the theories of Jean-Jacques Rousseau, on the origin and foundation of inequality between men [...]. The freedom of the Indians, therefore, was still fictitious, since they were subject to the Directory of Indians [...]. (FLEXOR, p.3, 2004).

In 1798 the Directory was abolished, however its guidelines remained active even after the proclamation of Independence. There was no official indigenous policy throughout the Empire, relations with the indigenous people not only remained, but also intensified the ideology of assimilation, in which the State aimed to Christianize, civilize and prepare Indians for work, in the service of military expeditions, as in building roads, for example. Decree no. 426, dated 7.24.1845, known as the Missions Regulation, regulated the catechesis and civilization missions of the Indians and is the only general Indian document of the Empire. Its purpose was for indigenous peoples to abandon their language, culture and even their territories, even if they used violent methods, politics did not determine this type of practice. The Mission Regulation prescribed that the indigenous villages had a missionary who would have educational functions, the missionary competed: Instructing the Indians in the maxims of the Catholic Religion, and teaching them the Christian Doctrine, as well as, it was up to them to teach how to read, write and tell the boys, and even the adults, that without violence they set out to acquire this instruction.

According to Amoroso (2001), the Order of Italian Capuchin friars made missionaries available in most villages created in the period, there were also Salesians and Dominicans. In this model, the State was responsible for strategic and financial support. The missionaries, however, were in charge of the administration. In the same period there is a record of the existence of indigenous boarding schools.

During the Republic, the indigenous policy of occupation of territory and the transformation of Indians to work remains. The change in this period is secular, there was the creation of the first State body that established the establishment of relations of a secular nature with indigenous peoples.

Only in 1910 did policies emerge in defense of the Indian, the Service for the Protection of Indians and the Location of National Workers (SPILTN) was created, and after 1918, it was reduced to the Service for the Protection of Indians (SPI). The political proposal groups the Indians according to four categories: isolated Indians, those who remained in constant contact, those who were in permanent contact and those who were integrated, in which they employed a different type of relationship and procedure, however, maintained to all to the integrative pedagogy that pointed to the extinction of indigenous peoples. It was understood that indigenous identity was condemned to disappearance, from homogenization and nationalization, they were doomed to be incorporated into the dominant social apparatus.

The small size of the indigenous population, their dispersion and heterogeneity, the prediction of their disappearance as differentiated ethnicities and the perspective of the need for the integration of the Indians into the national communion, because they understood them as a transitory ethnic and social category destined to extinction, made it particularly difficult the implementation of an educational policy by the Brazilian State that respected the way of life and the worldview of these peoples. (MEC, p.8, 1995)

As a secular apparatus, the main objective was to integrate the indigenous people, transform them into economically productive workers, according to LIMA (1995), continuing to conquer these peoples, now in the form of tutelary power, with the intention of Christianizing them in civilization disengaged. them, but incorporate them into the nation project and develop the nationalist spirit.

In this perspective, the SPI has become an agent with the peoples in the educational processes. They acted, in the so-called indigenous posts, no more than SPI headquarters built in the villages, with the purpose of creating schools and workshops, acting in the integration of these peoples with the Brazilian nation and, as a consequence,

contributing to the settlement of new regions, in the civilizing process and transforming them into rural workers. According to LIMA (1995), “the first letters were taught in schools, in other cases passing through agricultural education and even that of numerous trades, the teaching of civism and the cult of the motherland”.

In the mid-1960s, accusations of mistreatment of the indigenous people, corruption and administrative incompetence arose, creating a crisis in the act of transforming indigenous labor. Already under the military dictatorship (1967), the government determined the end of the SPI and decided to implant a new indigenous organ, the National Foundation of the Indian (FUNAI). Conceived as an innovative project, with the purpose of broader developments of the military government, it had economic development and national defense as its fundamentals. However, relations with indigenous peoples did not undergo major changes with the establishment of FUNAI, in general, the same policy of assimilation to the nationalist ideology in favor of the country’s development remained. Even with the secular aspirations of the State, several religious entities continued to exercise their practices among indigenous peoples, either through consent or even through coalitions with the government, at first from the SPI and later through FUNAI, thus making it possible the permanence in religious performance in school education in indigenous societies, although with other precepts in their actions.

The school, therefore, continues to perform the civilizing function and incorporating indigenous people into the nation, working in the training of labor, contributing to the project to expand the Brazilian road system in remote areas, such as the so famous, and not fully concluded, Transamazônica highway. And so, the military regime, as well as the various mining companies of that period, occupied indigenous lands, forcibly repositioned, because of the nation’s development.

In the declarations of Law no. 5371, which conceived FUNAI, presents as one of its goals “to promote the appropriate basic education of the Indian aiming at their progressive integration in the national society”.

In 1969, the Guarda Rural Indígena (GRIN) was created, created to be an indigenous police force, implementing an indigenous

security apparatus to monitor the natives themselves. Those who adhered to GRIN recruitment, underwent military training, physical training and moral and civic education, among other capabilities, such as the use of weapons. The group also had training in methods of torture, such as those practiced by the regime. Since then, the new officers have been sent to their communities, in the exercise of their functions as collaborating agents of a government that sought to displace the natives from their territories, using them to force, provoking acculturation. The program was terminated in 1973 and recognized as a material and social failure. However, GRIN was not the only government body during the military regime that negatively affected indigenous communities. Manuel dos Santos Pinheiro, an important figure of GRIN, also implanted reformatories aimed especially at indigenous rebels who refused to leave their lands, and they were accused of any crime, without proof, such as theft, drug use, mental problems, etc. .

The 1970s were also marked by movements for the fight for indigenous rights in the national context, especially with regard to land demarcation and recognition of ethnic diversity. During this period, the first organizations of the contemporary indigenous movement were inaugurated. Leaders from different peoples held meetings and assemblies, mobilizing effective participation in national politics. Similarly, other sectors of civil society have articulated themselves in favor of indigenous peoples' issues. Non-governmental organizations were founded in support of the cause, spheres of the Catholic Church began to act in defense of indigenous rights, and there was also an intense contribution during this period in advising university professionals (FERREIRA, 2001).

Indigenous school education in Brazil has been making significant advances since the 1970s with regard to the legislation that regulates it. If there are now very favorable laws regarding the recognition of the need for specific, differentiated and quality education for indigenous peoples, in practice, however, there are enormous conflicts and contradictions to be overcome (RCNEI / INDÍGENA, p. 11, 1998).

Immersed in this movement, indigenous schooleducation has become an element of discussions in the academic community, in indigenous movements and in indigenous communities. Various entities adhering to the indigenous cause began to work in indigenous communities by implementing alternative projects, promoting meetings and debates about a school that is in conformity with indigenous epistemologies, appropriate to socio-cultural autonomy, as well as, concerned with the holistic development that ensures cultural appreciation and the strengthening of its tradition. In the words of FERREIRA (2001), such manifestations are configured in the formulation of curricula, preparation of didactic materials and teacher training.

Organized civil society groups began to work together with indigenous communities, seeking alternatives to the submission of these populations, such as guaranteeing their territories and less violent forms of relationship and coexistence between them and other segments of national society. The school among indigenous communities then gained a new meaning and a new meaning, as a means to ensure access to general knowledge without having to deny their cultural specificities and their ethnic identities. Different experiences emerged in various regions of Brazil, building educational projects specific to the socio-cultural and historical realities of certain indigenous communities, [...] It was precisely from fragmented and localized experiences that a new model for the introduction of schools in communities was created. indigenous peoples. This model, fundamentally guided by the principles of respect for indigenous social organization and the appreciation of their mother tongues and the traditional knowledge and knowledge of these peoples, has, in recent years, been incorporated by the Brazilian State (MEC, p.8, 1995).

With regard to FUNAI, the proposal for indigenous education encompasses bilingual education, in accordance with the Statute of the Indian, Law 6001/73, which proclaims, in Article 47, that “Respect for the cultural heritage of indigenous communities is ensured , their artistic values and means of expression. ” Nevertheless, in this model for indigenous schools, the same practice was maintained for rural schools, with a gap prevailing between education and the reality of the communities.

In the 1980s, the manifestations to the indigenous cause increased. During this period, the first indigenous person elected in the national congress, Mário Juruna, Xavante, took over as federal deputy (1983-1987). There was 1987, an intense indigenous presence in the Constituent Assembly, demarcating a great conquest, a chapter in the Federal Constitution that was required in time. Thus, in art. 231, of the 1988 Constitution, “Indians are recognized for their social organization, customs, languages, beliefs and traditions, and the original rights over the lands they traditionally occupy, and the Union is responsible for demarcating, protecting and enforcing all its assets”.

The new Constitutional Charter assured them of respect for indigenous identity, guaranteed the right to diversity, crossing the State’s integrationist policy, at least officially. Thus, article 231, also legitimized the use of the mother tongue, recognized the indigenous learning methodology, creating new perspectives for the current indigenous school.

The Brazilian Constitution recognizes the Indians the right to difference, that is, to cultural otherness, breaking with the position that has always sought to incorporate and assimilate the Indians into the “National Community”, and that understood them as a transient ethnic and social category, doomed to disappear. With the constitutional text in force, the Indians are no longer considered as an endangered species, being recognized for their social organization, customs, languages, beliefs and traditions. The Union will no longer have the task of incorporating them into the national communion, but of legislating on indigenous peoples, in accordance with Article 22 of the Constitution, in order to protect them. Both the draft Law of Directives and Bases for National Education and the draft revision of the Statute of the Indian (Law 6.001/73), both currently in progress in the National Congress, have already incorporated these constitutional precepts. With Decree No. 26 of 02/04/1991, the Ministry of Education and Sport was given the task of coordinating actions related to indigenous school education in the country. Interministerial Ordinance No. 559/91, Ordinances No. 60/92 and 490/93 instituted the Indigenous School Education Committee in the Ministry of Education and Sports in order to “subsidize actions and provide

technical and scientific support to decisions involving the adoption of rules and procedures related to the Indigenous School Education Program (MEC, p. 9, 2004).

Mediated by LDB, 9.394/96, its articles 26, 32, 78 and 79 seek to give shape to the determinations of the 1988 Constitution, which guarantees to the Indigenous Peoples of Brazil, in legal terms, a specific and differentiated education, in their particularities in the processes of learning.

In 1991, the indigenous school was incorporated into the Ministry of Education, a transposition that provoked movements to affirm indigenous school education, through laws, implementation of specific sectors responsible for the coordination of this school modality and the involvement of leaders, educators and indigenous people in the management of education-related processes. The operationalization, then, is assumed by the Ministry of Education, decentralizing the powers of FUNAI. Ministerial Ordinance No. 559 of 1991, establishes a National Coordination of Indigenous Education in MEC, and in the body of Article 4 determines that this team must be composed of MEC Technicians and Specialists from governmental and non-governmental bodies involved in indigenous education, as well as members of universities, with the aim of coordinating, monitoring and evaluating pedagogical actions in indigenous education. Such decisions affect and ignite the discussions in the educational context of the indigenous people and expand reflections and elaboration of policies for the training of indigenous teachers and the production of didactic material that respects ethnic peculiarities, which are essential for the strengthening of indigenous schools and essential for the preservation of indigenous peoples. cultural repertoires, guaranteeing the rights acquired since the 1988 Constitution.

Since then, the new indigenous school has emerged: community, bilingual, intercultural, specific and differentiated. This format was designed with the aim of promoting autonomy in school management, which can count on the direct participation of the community, appropriate to the spatial, temporal and customs of indigenous peoples. Equally idealized to ensure the use of the mother tongue and to be intercultural, so that indigenous and non-indigenous languages and

cultures can move symmetrically, favoring the consolidation and valorization of indigenous peoples. (BRASIL, 2012), these facts, which were also discussed in the forum that culminated in the document of the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples, namely, it claims to recognize

[...] in particular, the right of families and indigenous communities to continue sharing the responsibility for parenting, education and the well-being of their children, in accordance with the rights of the child, considering that the rights stated in treaties, agreements and other arrangements built between States and indigenous peoples are, in some situations, issues of concern, interest, responsibility and of an international character, also considering that treaties, agreements and other arrangements built, and the relationships they represent, serve as a basis for strengthening partnership between indigenous peoples and states. [...] Article 14; 1. Indigenous peoples have the right to establish and control their education systems and institutions that provide education in their own languages, in accordance with their cultural teaching and learning methods. 2. Indigenous peoples, particularly children, are entitled to all levels and forms of state education without discrimination. 3. States shall take effective measures, together with indigenous peoples, so that indigenous peoples, in particular children, including those living outside their communities, have access, whenever possible, to education in their own culture and their own language. . [...] Article 17; 2. States, in consultation and cooperation with indigenous peoples, shall take specific measures to protect indigenous children against economic exploitation and against any work that may be dangerous or interfere with the education of children, or that may be harmful to health or the environment. physical, mental, spiritual and social or social moral development of children, taking into account their special vulnerability and the importance of education to enable them. [...] Article 21; 1. Indigenous peoples have the right, without discrimination, to improve their economic and social conditions, among other areas, in

education, employment, professional training and retraining, housing, sanitation, health and social security (UNITED NATIONS, 1994).

Such universal measures, as well as the decisions taken at the national level, in recent years, reconfigured another role of the school through the indigenous society, different from the historically imposed acts, it was possible to observe an important change in the Education scenario, with the incorporation of a new thinking: the emancipatory character, which presents as principles the principle of cultural strengthening and identity. The school becomes a claim by indigenous communities, as they saw in this institution a possibility to create new ways and knowledge to establish relationships and be available to representatives of non-indigenous society, it is also capable of bringing access to knowledge to the indigenous community. universal and traditional knowledge. In this new model, the indigenous community intends to appropriate bilingualism, in which the indigenous student adds the Portuguese language to his linguistic repertoire, but also takes over, becoming sufficiently proficient in his mother tongue. In this regard, the schooling process based on instruction in indigenous language persists throughout the entire school career and not only in the initial grades. In addition to these expectations, this model is expected to promote respect for indigenous beliefs, knowledge and cultural practices (CAVALCANTI, 2006).

Also in the 90s, other documents were thought and elaborated, such as, for example, the National Curriculum Reference for Indigenous Schools, RCNEI, created in 1997/1998, In conformity with the determinations of the Law of Guidelines and Bases of National Education, which, from the 1988 Constitution and the new LDB, guarantee indigenous peoples the right to establish particular forms of school organization – such as, for example, their own timetable and also guarantee them great autonomy with regard to creation, development and evaluation content to be incorporated into their schools. The existing barriers refer to the difficulties encountered in implementing these proposals. One encounters, sometimes in the ignorance of how to operationalize, in the daily practices of the classroom, the objectives

that one wants to achieve, sometimes in barriers determined by actions of local education agencies (RNCEI / INDÍGENA, p. 12, 1998).

Approved Opinion 14/99 by the National Education Council, CNE / CEB, in 1999, the document presents in its body the historical panorama of indigenous school education in Brazil, pointing out advances and setbacks. In its text, the History of Brazilian Education, educational policies and the official description of the existence of indigenous schools are reported, including the political, curricular and pedagogical organization, as well as the National Curriculum Guidelines for Indigenous Schools.

In the year 2001, Law No. 10,172 / 2001 determines 295 goals for the National Education Plan, of which 21 are for indigenous school education. And in the next year, 2002, the MEC publishes the References for the Training of Indigenous Teachers, with the purpose of guiding the indigenous communities States about the offer of training courses for indigenous teachers.

In 2003, the Integrated Program for Indigenous Education and Social Promotion, Potiguara, was created, responsible for developing actions that promote social insertion in the educational, cultural and social promotion spheres, supported by the Ministry of Education, through the National Extension Program, PROEXT / 2003. This Program sought to contribute to reinforcing the mission and social commitment of universities, and to provide undergraduate students involved, deepening and expanding their professional training, based on research and extension activities based on the principle of interdisciplinarity.

In this context, Presidential Decree No. 5,051 of 2004 also stands out, declaring that Convention 169 of the International Labor Organization, ILO, is an international instrument guiding the rights of indigenous peoples in the world.

In 2009, Presidential Decree No. 6861/2009 outlines the Ethno-Educational Territories, TEE, presenting a new way of organizing indigenous school education, observing its territoriality, based on the collaborative regime between the Education Systems and the Indigenous Peoples (SILVA, 2013). The Observatory of Indigenous School Education was created, supervised by the Coordination

for the Improvement of Higher Education Personnel, CAPES, which according to this body, the objective of the Observatory of Indigenous School Education is to encourage studies and research in education that explore the databases of the INEP, promoting academic production and master's and doctoral training, enriching the training of indigenous basic education professionals, teachers and administrators, for the Ethno-educational Territories. Also occurred in 2009, the first National Conference on Indigenous School Education, CONEEI, held by MEC, in partnership with the National Council of Education Secretaries, CONSED and FUNAI, bringing the theme "Indigenous School Education: territorial management and affirmation" cultural". For the realization of this space for discussions, prior to the event, regional conferences on the theme of CONEEI took place throughout Brazil, with members of governmental, non-governmental bodies, indigenous schools and universities. One of the guidelines was Presidential Decree No. 6,891, of May 27, 2009, which deals with Indigenous School Education, establishing its organization in Ethno-educational Territories.

In 2011, the National Education Plan, PNE (2011/2020), was instituted, starting from the 1st National Education Conference, CONAE, which provides concrete proposals for the effective universalization of all basic education, bringing as a landmark the expansion of education higher. This year, the LDB was changed, in this respect, Indigenous Education took over several achievements, among them Law No. 11,645, amends Law No. 9,394, of December 20, 1996, modified by Law No. 10,639, of 9 January 2003, which established the guidelines and bases of national education, to include in the official curriculum of the education network the mandatory theme "History and Afro-Brazilian and Indigenous Culture" (BRASIL, 2008). Thus reaffirming, through movements for the sake of ethnic legitimacy, the new school model that has reshaped the scene and fixed its character of recognition to cultural diversity, ensuring the rights of Brazilian Indians. Therefore, in 2012, Opinion n° 13/2012, of the CNE / CEB, highlights the role of indigenous teachers in various areas of activity, advances in discussions about the general aspects of indigenous school education, including the holding of the First National Conference

Indigenous School Education and the new National Curriculum Guidelines for Indigenous School Education.

However, until this moment, the competences for the offer of indigenous education were the responsibility of the Ministry of Education and Sport, articulated by the State and Municipal Secretariats of Education, which with the new government assuming the presidency of Brazil in 2019, lives today in times of uncertainty. In this research, of bibliographic nature, the use of websites was used as a tool, but when trying to search for FUNAI, or any body that brings the reference of this body, access was not possible, the pages were inactive. With this in mind, we ask: How will the situation of indigenous education be in these new times?

3. FINAL CONSIDERATIONS

It is known that education is a process articulated by all societies, each of which prescribes its history according to its conception of the world, values and beliefs. There are societies that develop informal and empirical pedagogies, while others believe in formal methods, in school spaces, with space / time formatting, and yet, there are others that apprehend both ways. With regard to indigenous peoples in Brazil, it is observed that the proximity to the colonizers has changed the way these peoples constitute education in their communities. Currently, formal and informal education are practiced and in many situations with equal importance in several indigenous communities, especially in communities that establish greater contact with non-indigenous society.

The history of indigenous peoples in Brazil was marked by imposition, inequality, subjugation and intolerance. As reported in the United Nations Declaration (1994), indigenous peoples suffered historical injustices as a result, among other things, of colonization and were expropriated from their lands, territories and resources, they were prevented from exercising, in particular, the right to development. according to their own needs and interests. These molds have accompanied the relations between these peoples and any other segments, or organ of national society, from the colonial period to the

present day. The school designed for the indigenous has its origin in the service of the unification of the dominant, civilizing and Catholic culture. For them, the school institution appears in the indigenous community through contact with other non-indigenous peoples, an imposed reality, which they should get used to. In fact, indigenous education has always manifested itself through its own mechanisms of transmitting knowledge to the youngest, and in the capacity for socialization, without the need for predetermined spaces and a specific mentor in charge of educating its members.

The school for indigenous peoples contributed to the colonizing process, as well as continuing with the objective of extinguishing their own languages, cultures, religions, traditions, knowledge and pedagogies of learning.

Also during the Republican period little progress was made in relation to indigenous peoples, the Brazilian Constitution of 1824, the first in the country, denied the existence of indigenous societies, as well as underestimated their ethnic and cultural diversity.

The 1990s were evidenced by important achievements in the field of school education in Brazil. Such effects were the result of the mobilization of indigenous causes, movements for the fight for indigenous rights, resulting from the demonstrations in the 1970s, and the creation of organizations, and which, after the re-democratization of Brazil in the 1980s, the Constitution of 88, a major milestone for indigenous education, the result of mobilizations and achievements, it guaranteed the indigenous people respect for their identity, guaranteed the right to diversity, gain space in their struggle process. Thus, faced with this scenario, the Ministry of Education, involved in affirmative policies of the federal government, turns its eyes on the indigenous society, implementing measures and actions to stop injustices, discrimination and promote social inclusion and citizenship for all.

In this regard, indigenous communities have sought to reframe indigenous school education, in an indigenous reincorporation movement, bringing practices to the indigenous schools that integrate memory, tradition and ancestral knowledge, appropriating the Portuguese language and the mother tongue, as well as as the

indigenous and national knowledge, for the self-affirmation of their ethnic identities, making of this institution and the practices that developed in it possible allies of struggle.

BIBLIOGRAPHY

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa. Fundação Carlos Chagas, São Paulo, n. 116 pp. 245-262, jul. 2002.

AMOROSO, Marta Rosa. Mudança de Hábito: catequese e educação para índios nos aldeamentos capuchinhos. In: SILVA, Aracy Lopes; E SILVA, Ariana Awall Leal orgs. . Antropologia, história e educação: a questão indígena e a escola. São Paulo: Global, 2001.

BITTENCOURT, Circe Fernandes.; SILVA, Adriane Costa da. Perspectivas históricas da educação indígena no Brasil. In: SILVA, Ariana Ligia Coelho; SILVA, Ariana Gonçalves. Margem dos 500 anos: reflexões irreverentes. São Paulo: EDUSP, 2002.

BRASIL. Parecer CNE/CEB nº 13/2012 – Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena. Brasília: MEC/CNE, 2012.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da educação indígena. São Paulo: Brasiliense, 1981. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889), São Paulo: Ed. USP.

BRASIL. Ministério de Educação e do Desporto / Secretaria de Educação Fundamental. Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas. Brasília: MEC/SEF, 1998.

BRASIL, O Governo Brasileiro e a Educação Escolar Indígena/Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental, Departamento de Política da Educação Fundamental, Coordenação Geral de Apoio às Escolas Indígenas. Brasília: MEC/SEF/DPEF/CGAEI, 1998.

BRASIL, Referencial curricular nacional para as escolas indígenas/ Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental. - Brasília: MEC/SEF, 1998.

BRASIL. Lei 11.645, de 10 de março de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170 Acesso em: 10/11/2018

CAVALCANTI, M.C. (2006). Um olhar metateórico e metametodológico em pesquisa em Linguística Aplicada: implicações éticas e políticas in L.P. Moita Lopes (Org.) Por uma linguística aplicada Indisciplinar São Paulo/Brazil: Parábola, pp 233-252. CAVALCANTI, M. C.; MAHER, T.

FERREIRA, Mariana Kawall Leal. A educação escolar indígena: um diagnóstico crítico da situação no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes da; FERREIRA, Mariana Kawall Leal (orgs). Antropologia, História e Educação: A questão indígena e a escola. São Paulo: Global, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo, Saraiva, 1990-1995, v. 4, p. 116-8, 120-1

FLEXOR, Maria Helena Ochi. A “civilização” dos índios e a formação do território do Brasil. WWW.histedbr.fae.unicamp.br. Acervo de fontes. Acervo Navegando na História da Educação Brasileira. Colônia, Período Pombalino, 2004.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça em uma Era “Pós-Socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>.

JOSÉ DA SILVA, Giovani; ACIEL, Lia Teixeira Lacerda. Nem “programa de índio”, NASCIMENTO, Rita Gomes do.; OLIVEIRA, Luiz Antônio. Roteiro para uma história da educação escola indígena: notas sobre a relação entre política indigenista e educacional. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 120, p. 765-781, jul-set. 2012.

LIRA, Antônio Carlos de Souza. *Um Grande Cerco de Paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1995.

MONTEIRO, John Manuel. *Tupis, tapuias e historiadores: Estudos de História Indígena e do Indigenismo*. Tese de Livre Docência, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2001.

MORAN, José Manuel. O vídeo na sala de aula. *Comunicação & Educação*. São Paulo, ECA-Ed. Moderna, [2]: 27 a 35, jan./abr. de 1995. Disponível em: <<http://www.eca.usp.br/moran/vidsal.htm>>.

ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, junio de 1993) <https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf>.

ONU, Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1994). <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/driips_es.pdf>.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença Indígena na Formação do Brasil*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA, Luiz Fernandes de. Concepções docentes sobre as relações étnico-raciais em educação e a lei 10.639. In: 30º Reunião anual da ANPED, 2007, Caxambu. 30º Reunião anual da ANPED: ANPED: 30 ANOS DE PESQUISA E COMPROMISSO SOCIAL, 2007.

ROSÁRIO, Maria José Aviz do e MELO, Clarice Nascimento de. A Educação Jesuítica no Brasil. Revista HISTEDBR On-Line, n. 61, p. 379-389, mar2015, p. 379-389

SAVIANI, Dermeval. História das Ideias Pedagógicas no Brasil. Campinas: Editores Associados, 2007

SILVA, Marcilena. Índios civilizados e escolarizados em Minas Gerais: a produção de uma outra condição de etnicidade. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

SILVA, Carlos Rafael. O modelo de gestão territorializada da política de educação escolar indígena no estado da Bahia. Cadernos de Arte e Antropologia, n° 2/2013, pag. 59-70.

UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960). http://portal.unesco.org/es/ev.phpurl_id=12949&urldo=do_topic&url_section=201.html

UNESCO, Declaración Mundial sobre Educación para Todos: Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, adoptada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia, 5-9 de marzo 1990).

UNESCO, Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos, adoptada en la Quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos (CONFINTEA V) organizada por la UNESCO (Hamburgo, 14-18 de julio de 1997).

ANÁLISE DO IMPACTO INICIAL DAS MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE ISOLAMENTO EM DECORRÊNCIA DO NOVO CORONAVÍRUS, COVID 19, NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE EDUCAÇÃO ESCOLAR REALIZADO NA EDUCAÇÃO BÁSICA POR ESCOLAS PRIVADAS DO SISTEMA DE ENSINO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Carlos Alberto Lima de Almeida

Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida

INTRODUÇÃO

Este artigo discute o impacto inicial das medidas excepcionais de isolamento em decorrência do novo Coronavírus, COVID 19, na prestação do serviço de educação escolar realizado na educação básica por escolas privadas do Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro.

O ano letivo de 2020, em grande parte das instituições de ensino, havia se iniciado nos primeiros dias de fevereiro. Em torno de 22 dias letivos haviam sido cursados quando, no dia 13 de março de 2020, foi publicado no Diário Oficial, em edição extra, o Decreto nº 46.970, de iniciativa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, por inter-

médio do qual foram estabelecidas medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do novo Coronavírus, COVID 19.

O referido Decreto Estadual também dispôs sobre o regime de trabalho do servidor público e contratado no período da crise do COVID 19, fixou outras providências, dentre as quais se destaca, para os fins desse trabalho, a suspensão, pelo prazo de 15 (quinze) dias, das aulas, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo Ministério da Educação, nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior.

O problema da pesquisa: Quais os impactos das medidas excepcionais de isolamento em decorrência do novo Coronavírus, COVID 19, na prestação do serviço de educação escolar na educação básica realizada por escolas privadas do Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro?

O objetivo geral do trabalho consiste na análise do impacto inicial das medidas de suspensão, tendo por marco temporal o período compreendido entre o dia 13 de março e o dia 03 de abril de 2020, tendo os seguintes objetivos específicos: (1) examinar o marco legal autorizador do isolamento, da quarentena e de outras medidas em decorrência do COVID 19; (2) interpretar a Deliberação CEE RJ nº 376, de 23 de março de 2020; (3) esclarecer o impacto inicial das medidas de isolamento no serviço de educação escolar das escolas privadas da educação básica do Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro.

A metodologia pode ser sintetizada em pesquisa documental e o artigo desenvolve-se em três partes que pretendem dialogar com os objetivos específicos mencionados.

1.O COVID 19 NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Na primeira segunda-feira do mês de fevereiro, enquanto muitos brasileiros festejavam a chegada do novo mês, contando os dias para a chegada do carnaval, Luiz Henrique Mandetta, Ministro de Estado da Saúde, submeteu ao Presidente da República anteprojeto de lei com disposições de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus.

A iniciativa, segundo a exposição de motivos, visava adequar à legislação interna, coordenando as ações e os serviços do SUS em todas as esferas federativas para permitir uma atuação eficiente e eficaz, mediante a definição de instrumentos que possibilitassem o enfrentamento ágil da situação de emergência sanitária internacional existente, objetivando a proteção da coletividade, com maior segurança jurídica.

Noutra perspectiva, também ponderava sobre o fato da legislação vigente estar defasada no tocante à definição de medidas e instrumentos jurídicos e sanitários adequados para que o Estado e a sociedade brasileira pudessem se organizar para o combate às novas ameaças à saúde pública que recorrentemente estavam colocando em risco as pessoas em diversos países do mundo.

A primeira semana de fevereiro também marcou o início das aulas em muitas escolas particulares no Estado do Rio de Janeiro. Era o início de mais um ano letivo e os calendários escolares já estavam organizados de maneira a cumprir carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional, conforme previsto na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

No anteprojeto encaminhado o Ministro de Estado da Saúde também destacava o fato de que a eclosão recente de epidemias e desastres em diversos pontos do mundo havia feito com que a Organização Mundial de Saúde (OMS) promovesse a revisão do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), a fim de definir ações e responsabilidades mais claras para todos os Estados membros e garantir uma maior articulação internacional para o enfrentamento de eventuais epidemias globais.

Destacou o fato de que a República Federativa do Brasil havia se comprometido politicamente com tal processo de elaboração das novas diretrizes mundiais, tendo participado ativamente na elaboração da versão aprovada pela 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, aprovando o Decreto Legislativo nº 395/2009 e promulgando o texto do Regulamento por meio do Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

A iniciativa da submissão do projeto de lei foi acatada e resultou no encaminhamento, no dia 4 de fevereiro de 2020, pelo Presidente da

República, Jair Messias Bolsonaro, da Mensagem nº 28, dirigida aos Membros do Congresso Nacional, por intermédio da qual, nos termos do art. 61 da Constituição da República Federativa do Brasil, submetia o projeto de lei sobre as medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

No mesmo dia, ocorreu a apresentação do Requerimento de Urgência nº 46/2020 para a tramitação do projeto de lei nº 23, de 2020, pelo Deputado Aguinaldo Ribeiro, com base no art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo este aprovado pelo plenário, o que permitiu celeridade nas etapas do processo legislativo. O projeto de lei foi aprovado em sessão extraordinária realizada no mesmo dia e no dia seguinte remetido ao Senado Federal por intermédio do Ofício nº 32/20/SGM-P, assinado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia.

A tramitação no Senado Federal também foi rápida e o texto aprovado na Câmara dos Deputados foi aprovado, em revisão, sem qualquer alteração pelo Senado Federal, fato noticiado por intermédio do Ofício nº 16/2020 (SF), assinado pela Senadora Leila Barros, no exercício da Primeira-secretaria do Senado Federal, tendo como destinatária a Deputada Soraya Santos, Primeira-secretária da Câmara dos Deputados. No mesmo expediente também noticiou a remessa à sanção presidencial.

O projeto de lei nº 23, de 2020, foi sancionado pelo Presidente da República, resultando o processo legislativo na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

O isolamento, entendido como “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”; e a quarentena, entendida como “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propa-

gação do coronavírus” estão expressamente previstos na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Além do isolamento e da quarentena, ainda está prevista para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus a adoção, por parte das autoridades, no âmbito de suas competências, dentre outras, das seguintes medidas:

- determinação de realização compulsória de: exames médicos; testes laboratoriais; coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou tratamentos médicos específicos.
- estudo ou investigação epidemiológica;
- exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
- restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;
- restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: entrada e saída do País; e locomoção interestadual e intermunicipal;
- requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
- autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: registrados por autoridade sanitária estrangeira; e previstos em ato do Ministério da Saúde.

A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, sofreu alterações por força da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 926, DE 20 DE MARÇO DE 2020, e foi regulamentada pelo DECRETO Nº 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020, e pelo DECRETO Nº 10.288, DE 22 DE MARÇO DE 2020.

Também é relevante destacar o DECRETO Nº 7.616, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2011, que dispõe sobre a declaração de Emergência

em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e instituiu a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS.

Neste contexto excepcional, portanto, as medidas adotadas deveriam ser percebidas como relacionadas à proteção da saúde pública. Assim, os diferentes entes da federação poderiam adotar as medidas necessárias no âmbito das respectivas competências.

2.A DELIBERAÇÃO CEE RJ Nº 376, DE 23 DE MARÇO DE 2020.

A notícia da suspensão das aulas ganhou o noticiário ainda no decorrer do dia 13 de março de 2020 e a publicação da edição extra do Diário Oficial confirmou a suspensão das aulas a partir da segunda-feira seguinte, dia 16, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

O Decreto Estadual nº 47.006, de 27 de março de 2020, prorrogou medidas, anteriormente adotadas, e estabeleceu novas medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional, decorrente do novo Coronavírus, vetor da COVID-19, bem como, reconheceu a necessidade de manutenção da situação de emergência no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Por intermédio do Decreto Estadual nº 47.014, de 31 de março de 2020, foi dada nova redação ao Decreto anterior, retificando o inciso IV do art. 4º, que tratava da suspensão das aulas presenciais, sem prejuízo da manutenção do calendário recomendado pelo Ministério da Educação, nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior, conforme regulamentação por ato infraregal expedido pelo Secretário de Estado de Educação e o Secretário de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação.

A notícia da suspensão das aulas foi percebida como férias escolares, gerando, especialmente no final de semana dos dias 14 e 15 de março, muitas incertezas sobre o que aconteceria no ano letivo de 2020. A suspensão das aulas, naquele momento, não havia comprometido o funcionamento administrativo das escolas. Porém, naquele momento, perguntas sem respostas tomaram conta da realidade das escolas do Rio de Janeiro.

Quando as aulas seriam retomadas? O que aconteceria com o ano letivo de 2020? Como cumprir os 200 dias letivos? As perguntas formavam uma espiral crescente de dúvidas e inquietações por parte dos estudantes, das famílias e dos profissionais da educação.

Neste quadro de incertezas, o Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro aprovou deliberação visando orientar as instituições integrantes do Sistema Estadual de Ensino do estado do Rio de Janeiro sobre o desenvolvimento das atividades escolares não presenciais, em caráter de excepcionalidade e temporalidade, enquanto permanecerem as medidas de isolamento previstas pelas autoridades estaduais na prevenção e combate ao Coronavírus – COVID-19.

A iniciativa do órgão estadual em orientar as escolas naquele momento de crise foi louvável. Porém, a Deliberação nº 376, de 23 de março de 2020, desafiava o exame e sua contextualização, de modo que não resultasse em mais dúvidas, interpretações equivocadas ou ensejasse desdobramentos judiciais adiante.

A Deliberação do Conselho Estadual de Educação instituiu a possibilidade de adoção, pelas escolas públicas e privadas, do Regime Especial Domiciliar.

Mas, o que isso significa?

O Regime Especial Domiciliar foi instituído para que as instituições vinculadas ao Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro, públicas ou privadas da Educação Básica e públicas de Educação Superior pudessem reorganizar suas atividades escolares, a partir de seus projetos pedagógicos, de modo que sejam realizadas pelos estudantes e profissionais da educação.

Trata-se de um regime especial que permite o desenvolvimento das atividades escolares não presenciais, em caráter de excepcionalidade e temporalidade, enquanto permanecerem as medidas de isolamento previstas pelas autoridades estaduais na prevenção e combate ao Coronavírus – COVID-19.

Para garantir o direito à educação com qualidade, à proteção, à vida e à saúde de estudantes, professores, funcionários e comunidade escolar, exclusivamente, nesse período de excepcionalidade, as atividades domiciliares, em regime especial, somente serão admitidas para o cômputo do calendário letivo 2020, se forem atendidas as seguintes condições: I

- As instituições de ensino devem divulgar, junto à comunidade escolar, as formas de prevenção e cuidados, de acordo com os órgãos de saúde, bem como o período de suspensão das atividades presenciais na própria instituição; II - As instituições de ensino básico devem, com a participação de seu corpo docente, planejar e organizar as atividades escolares, a serem realizadas pelos estudantes fora da instituição, indicando: a) os objetivos, métodos, técnicas, recursos, bem como a carga horária prevista das atividades a serem desenvolvidas de forma não presencial pelos alunos, de acordo com a faixa etária; b) formas de acompanhamento, avaliação e comprovação da realização das mesmas por parte dos alunos.

Logo, a escola que optasse pela instituição do Regime Especial Domiciliar deveria elaborar o seu Plano de Ação Pedagógica com a participação do corpo docente da instituição de ensino, para os fins de planejamento e organização das atividades escolares a serem a serem realizadas pelos estudantes fora da instituição.

A hipótese sustentada neste trabalho é que a nomenclatura utilizada pelo Conselho Estadual de Educação, no momento em que autorizou a realização de atividades escolares não presenciais, teve o propósito de viabilizar o Regime Especial Domiciliar para todas as escolas, ou seja, mesmo para que aquelas escolas que não possuísem recursos da tecnologia da informação também pudessem desenvolver atividades escolares em favor de seus alunos.

É importante esclarecer que as atividades escolares não presenciais deveriam ser definidas a partir da realidade de cada escola, ou seja, não havia um modelo padrão, o que significa que as iniciativas das instituições de ensino poderiam ser diferentes.

Essa ressalva é importante na medida em que nem todos os alunos destinatários das atividades em Regime Especial Domiciliar têm acesso à internet em suas residências.

Porém, se na contratação do serviço de educação escolar já havia previsão da utilização de uma determinada plataforma de ensino para o desenvolvimento das atividades, neste caso é possível sustentar que a utilização da internet já era uma variável considerada também pela família por ocasião de sua opção pelo serviço oferecido.

Outro aspecto importante a ser considerado é que as atividades escolares não presenciais não devem ser interpretadas como ensino à distância.

A Resolução CEB/CNE nº 3, de 21 de novembro de 2018, que atualizou as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Médio, no que se refere à possibilidade de atividades à distância, fixou uma limitação de até 20% (vinte por cento) da carga horária total, podendo incidir tanto na formação geral básica quanto, preferencialmente, nos itinerários formativos do currículo, desde que haja suporte tecnológico - digital ou não - e pedagógico apropriado, necessariamente com acompanhamento/coordenação de docente da unidade escolar onde o estudante está matriculado, podendo a critério dos sistemas de ensino expandir para até 30% (trinta por cento) no ensino médio noturno.

Logo, observe-se que mesmo em relação ao ensino médio, as diretrizes para o ensino médio fixam uma limitação para o desenvolvimento de atividades à distância.

Neste contexto, não há que se falar de forma generalizada que ocorreu autorização para ensino à distância, ensino domiciliar ou qualquer outra expressão que não traduza de forma correta o que efetivamente foi deliberado pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

2.1. Obrigações decorrentes da adoção do Regime Especial Domiciliar e do Plano de Ação Pedagógica

O plano de ação pedagógica deverá ser divulgado a toda a comunidade escolar, com efeito imediato, respeitando a legislação em vigor, os currículos das instituições e a Deliberação CEE nº 376, de 23 de março de 2020.

No caso da rede privada uma cópia do plano de ação pedagógica deve ser remetida à Inspeção Escolar, por meio eletrônico, para ciência, em até 30 dias.

2.2. A reposição das aulas e o mínimo de 200 dias letivos

Inicialmente, o contexto atual sugeria que fosse observada a posição do Conselho Nacional de Educação por ocasião da epidemia da “gripe A”. Naquele momento foi firmado o entendimento no sentido

de que a reorganização dos calendários escolares dos estabelecimentos de ensino de todos os níveis, etapas e modalidades de ensino, em função de qualquer intercorrência que modifique os respectivos programas curriculares e calendários escolares, alterando os compromissos assumidos nos projetos político-pedagógicos, não poderia implicar em descumprimento dos mínimos legalmente estabelecidos pela LDB, ou seja: carga horária mínima de 800 (oitocentas) horas, distribuídas em, no mínimo, 200 (duzentos) dias letivos de efetivo trabalho escolar, independentemente do ano civil, para cursos de todos os níveis, etapas e modalidades de ensino.

Porém, a questão foi superada com a edição da Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020, que estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Na prática, ocorreu uma flexibilização em relação ao número de dias letivos, sendo mantida a exigência do cumprimento da carga horária mínima de 800 (oitocentas), o que implicará no desafio de realizar essa distribuição a partir da retomada das aulas.

3.O IMPACTO INICIAL DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO NO SERVIÇO DE EDUCAÇÃO ESCOLAR DAS ESCOLAS PRIVADAS DO SISTEMA DE ENSINO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

A iniciativa de esclarecer o impacto inicial das medidas de isolamento no serviço de educação escolar das escolas privadas do Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro desafia o exame de como se realiza a contratação do serviço de educação escolar na rede privada de ensino.

Tal relação é regida pela Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências, ou seja, a relação contratual decorre de uma lei que obriga a escola a divulgar, em local de fácil acesso ao público, o texto da proposta de contrato, o valor apurado da anuidade escolar, o número de vagas por sala-classe, no período mínimo de quarenta e cinco dias

antes da data final para matrícula, conforme calendário e cronograma da instituição de ensino.

Após a Deliberação CEE nº 376, de 23 de março de 2020, questões de ordem prática passaram a fazer parte do dia a dia das relações entre as famílias e escolas. Vejamos algumas delas: Se a reposição das aulas na educação infantil somente poderá ocorrer de forma presencial, os contratantes estão obrigados ao pagamento das parcelas da anuidade escolar? As escolas foram autorizadas a realizar educação à distância? Os pais estão vivenciando uma realidade de ensino domiciliar? A crise do COVID 19 e as medidas de isolamento autorizam a aplicação da Teoria da Imprevisibilidade nos contratos de prestação de serviço de educação escolar? As escolas particulares estão obrigadas a conceder desconto nas mensalidades escolares?

As notícias veiculadas também não ajudavam a esclarecer as dúvidas.

No mesmo dia em que era anunciado o Decreto Estadual nº 46.970, de iniciativa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, a versão da antecipação das férias chegava ao noticiário: “Por covid-19, Rio de Janeiro suspende aulas em escolas e universidades: Férias antecipadas no Estado” (DUARTE, 2020).

Embora o Conselho Estadual de Educação tenha autorizado para o ensino fundamental e médio a adoção do Regime Especial Domiciliar com o desenvolvimento de atividades escolares não presenciais, a versão que alcançou o grande público noticiava variações de aulas *on line*, equivocadamente interpretadas por muitas pessoas como educação à distância ou ensino domiciliar. “Rio de Janeiro adia retorno das aulas e adota ensino no formato online” (Agência Brasil, 2020); “Aulas à distância podem ser suspensas no Rio por pedido do Ministério Público” (Agência O Globo, 2020).

Embora os critérios relacionados ao valor da anuidade escolar, a forma de pagamento e demais questões relacionadas à oferta e contratação do serviço de educação escolar sejam fixados conforme estabelecido na Lei Federal nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, “Projeto para obrigar instituições de ensino do RJ a dar desconto durante coronavírus passa na CCJ” (BARREIRA, 2020). A notícia do projeto de lei em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de

Janeiro gerou uma expectativa de descontos no valor das parcelas da anuidade escolar, ditas mensalidades escolares, sem qualquer observância quanto aos critérios fixados na legislação federal.

Embora o período de análise proposto para este artigo compreenda tenha como marco inicial o dia o dia 13 de março e o marco final o dia 03 de abril de 2020, notícia veiculada na véspera do prazo final para a submissão deste trabalho informava a possibilidade de suspensão do ano letivo de 2020 no Estado do Rio de Janeiro: “Coronavírus: ano letivo de 2020 pode ser suspenso no Rio” (GUIMARÃES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do impacto inicial das medidas de suspensão, tendo por marco temporal o período compreendido entre o dia 13 de março e o dia 03 de abril de 2020, permite algumas conclusões parciais.

O Decreto Estadual nº 46.970, do Governador do Estado do Rio de Janeiro, não antecipou as férias escolares. O período compreendido a partir do dia 16 de março de 2020 até o início das atividades escolares não presenciais, no caso do ensino fundamental e do ensino médio, deve ser considerado recesso escolar.

As atividades escolares não presenciais não devem ser interpretadas exclusivamente como aulas *on line*, aulas virtuais ou ensino à distância, embora possam ser realizadas, dentre as atividades, aulas gravadas ou transmitidas com auxílio de recursos da tecnologia da informação. Também não podem ser interpretadas como modalidade de ensino domiciliar, inclusive porque este, além de não ter previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 888815 RS, somente ocorreria se os conteúdos relacionados à educação escolar fossem elaborados e desenvolvidos apenas pelas famílias, o que não é o caso.

Na educação infantil, no segmento de zero a três anos, ocorre uma situação diferenciada e que também demanda sensibilidade de todas as partes, pois a ruptura das relações contratuais poderá resultar em desemprego e quebra de instituições de ensino que atuem exclusivamente nesse segmento.

Não há imposição legal, até a data de conclusão deste artigo, que obrigue as escolas da rede privada a concederem descontos. Entretanto, a ausência de obrigação de ordem legal também não inviabiliza a possibilidade que ocorra um olhar diferenciado para a realidade que afeta toda a sociedade neste momento. É fato que eventuais conflitos de interesse – se não examinados de parte a parte com a serenidade, a solidariedade e a responsabilidade que o atual momento impõe – podem resultar numa espiral de judicialização em que será possível verificar a existência de argumentos jurídicos hígidos para sustentação de diferentes pontos de vista, por parte de cada um dos lados, contratantes e prestadores do serviço de educação escolar.

Por fim, os impactos iniciais das medidas excepcionais de isolamento em decorrência do novo Coronavírus, COVID 19, no serviço de educação escolar prestado por instituições de ensino da rede privada no Estado do Rio de Janeiro, desafiam que tanto os dirigentes das escolas quanto os contratantes do serviço pautem suas ações com serenidade, solidariedade e responsabilidade.

Afinal, se não ocorrer uma reflexão efetiva sobre o impacto dessa crise em todos os envolvidos, inclusive em relação aos professores que estão trabalhando para que as atividades escolares não presenciais possam ser desenvolvidas em Regime Especial Domiciliar de acordo com o Plano de Ação Pedagógica, em cumprimento à Deliberação CEE nº 376, de 23 de março de 2020, da crise somente será possível prever uma crescente espiral de conflitos.

Mas, com uma escuta conciliadora das partes envolvidas, bem como com a iniciativa de ações planejadas e executadas de forma colaborativa pelas escolas e famílias neste período de crise, possivelmente serão reduzidos os reflexos negativos no calendário escolar e na relação ensino-aprendizagem.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Rio de Janeiro adia retorno das aulas e adota ensino no formato online. **UOL**, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2020/03/24/rio-de-janeiro-adia-retorno-das-aulas-e-adota-ensino-no-formato-online.htm>. Acesso em: 09 abr. 2020.

AGÊNCIA O GLOBO. Aulas à distância podem ser suspensas no Rio por pedido do Ministério Público. **Último Segundo**, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2020-04-03/aulas-a-distancia-podem-ser-suspensas-no-rio-por-pedido-do-ministerio-publico.html>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BARREIRA, Gabriel. Projeto para obrigar instituições de ensino do RJ a dar desconto durante coronavírus passa na CCJ. **G1**, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/31/projeto-para-obrigar-instituicoes-de-ensino-do-rj-a-darem-desconto-durante-coronavirus-passa-na-ccj.ghtml>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 888815**. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 23 set. 2018.

DUARTE, Melissa. Por covid-19, Rio de Janeiro suspende aulas em escolas e universidades: Férias antecipadas no Estado. **Poder 360**, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/por-covid-19-rio-de-janeiro-suspende-aulas-em-escolas-e-universidades/>. Acesso em: 09 abr. 2020.

GUIMARÃES, Cleo. Coronavírus: ano letivo de 2020 pode ser suspenso no Rio. **Veja Rio**, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/cidade/coronavirus-ano-letivo-suspenso-rio/>. Acesso em: 09 abr. 2020.

RIO DE JANEIRO. Governo do Estado. **Decreto nº 46.970**, de 13 de janeiro de 2020. Dispõe sobre medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do

novo Coronavírus (COVID-19), do regime de trabalho de servidor público e contratado, e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO. Governo do Estado. **Decreto nº 47.006**, de 27 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo Coronavírus (Covid-19), em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO. Governo do Estado. **Decreto nº 47.014**, de 31 de março de 2020. Da nova redação ao inciso VI do art. 4º do Decreto nº 47.006, de 27 de março de 2020.

RIO DE JANEIRO. Conselho Estadual de Educação. **Deliberação CEE RJ nº 376**, de 23 de março de 2020. Orienta as Instituições integrantes do Sistema Estadual de Ensino do estado do Rio de Janeiro sobre o desenvolvimento das atividades escolares não presenciais, em caráter de excepcionalidade e temporalidade, enquanto permanecerem as medidas de isolamento previstas pelas autoridades estaduais na prevenção e combate ao Coronavírus COVID-19.

PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS: DAS NECESSIDADES AO RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DE DIREITOS

Marconi do Ó Catão

1. INTRODUÇÃO

Mundialmente, vem sendo presenciado as consequências decorrentes da atual pandemia oriunda da COVID-19, sendo imperioso e necessário que os países de todos os continentes tomem decisões rápidas e precisas, especialmente nos campos da saúde, econômico, social, urbano e político, em busca de combater essa doença que já vem causando milhares de morte. Dentre outras tomadas de decisões nas áreas de atuação governamental, neste texto é analisada a situação específica dos grupos sociais caracterizados por vulnerabilidade econômica, incluindo os denominados trabalhadores informais. Tal demanda pressupõe a existência de intervenções jurídicas, políticas e institucionais, oportunidade na qual a consolidação de um referencial jurídico de direitos humanos seria um importante mecanismo para o efetivo avanço social, visto que haveria a definição de um nível mínimo de respeito às condições de uma vida digna, garantindo assim a tão almejada satisfação das necessidades humanas fundamentais, sobretudo, por meio do estabelecimento de critérios e medidas para um justo desenvolvimento social.

No Brasil, políticas públicas vêm sendo inseridas desde as últimas décadas, nos governos Fernando Henrique Cardoso, Luis Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Jair Messias Bolsonaro, respectivamente, a fim de minimizar os impactos do modelo de desenvolvimento nas camadas menos favorecidas da população. Para tanto, foram criados, alguns ampliados e outros extintos, Programas Sociais como “Fome Zero”, “Bolsa Família”, “Bolsa Escola”, “Minha Casa Minha Vida”, dentre outros, buscando reduzir os efeitos da insuficiente distribuição de renda no país. Recentemente, o governo do atual Presidente Bolsonaro criou o “Auxílio Emergencial” voltado para aquelas pessoas consideradas vulneráveis financeiramente; a princípio, este auxílio será mantido por um período de três meses, objetivando temporariamente suprir a crise advinda da atual Pandemia causada pela covid-19. em continuidade às políticas públicas de “inclusão social”.

Atualmente, pode-se dizer que uma sociedade respeita os direitos humanos quando ela é possuidora dos seguintes pressupostos: ser livre de todas as formas de discriminações, ou seja, que o direito e a igualdade sejam respeitados; que a satisfação de necessidades fundamentais esteja assegurada, onde cada pessoa possa levar uma vida digna; que a liberdade de cada indivíduo se desenvolver e realizar seu projeto de vida estejam garantidos; entre outros ditames principiológicos básicos. Em suma, todos esses componentes foram retomados em 1993, na oportunidade da Conferência Mundial de Direitos Humanos, na “Declaração Internacional de Viena”, representando o marco contemporâneo de referência dos valores morais universais sobre os quais se fundamentam os direitos humanos. Nessa perspectiva, registre-se que esta declaração afirma que todos os direitos humanos têm caráter universal, são interdependentes e indivisíveis, logo, o não respeito a um direito compromete os esforços relativos aos outros.

Outrossim, a “Declaração de Viena” reitera que cada Estado deve se dotar de um plano nacional de ação que procure aplicar os valores morais e os tratados e convenções internacionais ao seu contexto específico. Sem dúvida, tal recomendação é essencial, tendo em vista que se apoia na experiência internacional, onde todas as ações em prol dos direitos humanos devem ser integradas aos programas nacionais de luta contra a pobreza; e, por sua vez, as políticas de redução desta iniqui-

dade social têm mais possibilidades de serem eficazes, duráveis e justas se norteadas pelos valores e compromissos internacionais relacionados com os direitos humanos. Logo, é possível deduzir no sentido de que a pobreza é essencialmente a não satisfação dos direitos fundamentais, tais como as necessidades básicas de alimentação, saúde, educação etc.

Nessa discussão, é imprescindível a utilização de uma teoria que seja capaz de oferecer elementos suficientes para a análise, compreensão e interpretação dos direitos humanos contextualizados com as iniquidades sociais e suas conseqüentes necessidades fundamentais, que são cotidianamente vivenciados por grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica. Para tanto, utiliza-se a teoria das necessidades humanas fundamentais, pois quando devidamente fundamentada por meio de um referencial teórico sustentável, ela é suficiente para justificar sua aplicabilidade, objetivando a otimização para o atendimento das necessidades humanas básicas. Ademais, é igualmente pertinente ressaltar a relevância de determinados aspectos conceituais inerentes às clássicas iniquidades, haja vista que são determinantes para uma melhor explanação das abordagens teóricas relacionadas com tais necessidades, possibilitando assim uma adequada justificativa no contexto da fundamentação normativa de determinadas categorias de necessidades e direitos.

Na elaboração de uma proposta de justiça social que seja viável, o enfoque no âmbito das ciências sociais é necessário, sobretudo, para elaboração metodológica e argumentativa da discussão; aliás, o próprio caráter interdisciplinar desse estudo já é suficiente para justificar que em análises jurídicas que envolvam determinados grupos sociais de sociedade como a nossa, a primeira preocupação que se coloca é a construção de um objetivo central. Assim, em função da urgência de determinadas demandas, esta análise é iniciada a partir de problemas de saúde pública, econômico, político e urbano, devido as conseqüências causadas pela pandemia da covid-19 que assola o planeta e especialmente um considerável contingente populacional brasileiro que se encontra em situação de plena vulnerabilidade econômica. De maneira que, nesse contexto, o trabalho do jurista começa na transformação de um problema originariamente social, mas que tem uma dimensão jurídica, em um objeto de estudo que tenha um sentido pluridimensional,

buscando o direito, para que possa responder não apenas às demandas jurídicas, mas também as questões morais, sociais, econômicas, urbanas e políticas.

Este texto se propõe a desenvolver uma abordagem sobre as consequências advindas da pandemia decorrente da covid-19, notadamente para os grupos socialmente vulneráveis, no sentido de demonstrar que a teoria das necessidades humanas fundamentais é um instrumento apto para a compreensão da pobreza a partir da perspectiva institucional dos direitos humanos. De início, serão verificados aspectos relacionados com a conceituação destes direitos; continuando, é realizada uma discussão sobre a justificação moral dos direitos humanos a partir da identificação de determinadas necessidades básicas comuns a todas as pessoas, para então verificar a questão dos direitos humanos como sendo canais de atendimento das referidas necessidades. O método de procedimento utilizado é o descritivo-analítico, a partir de abordagens por meio de consultas à textos jurídicos, bem como foram usadas bibliografias inerentes aos campos da saúde, jurídico, filosófico e político, sempre buscando nortear os eixos temáticos deste estudo.

2. COVID-19: IMINENTE LETALIDADE À SAÚDE HUMANA E SUAS REPERCUSSÕES NOS GRUPOS SOCIALMENTE VULNERÁVEIS

Nosologicamente, o coronavírus (CID10) é uma família de vírus que causam infecções no aparelho respiratório, tendo o novo agente familiar do coronavírus (2019-nCoV) sido descoberto em 31 de dezembro de 2019, após casos clínicos registrados na China. Neste contexto, convém registrar que como nunca o ser humano teve contato com este vírus antes, visto que inexistia imunidade. Os primeiros coronavírus humanos foram isolados inicialmente em 1937, sendo que foi em 1965 que o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil microscópico parecido com imagem de uma coroa. No decorrer da vida, a maioria das pessoas são infectadas com os coronavírus comuns, com as crianças pequenas sendo mais propensas a se infectarem este tipo comum do vírus, ou seja, o alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1 (CDC, 2020; BRASIL, 2020).

De acordo com dados do Ministério da Saúde, no âmbito do enfrentamento do coronavírus, antes mesmo da Organização Mundial de Saúde (OMS) confirmar a epidemia na China, o Brasil já havia reconhecido o surto. Diante deste cenário, foram realizados boletins epidemiológicos diários, materiais para vigilância, instruções de procedimentos da doença e fortalecimento de rede laboratorial, bem como foi criado um site (saude.gov.br/coronavirus) para esclarecer as dúvidas da população e dos profissionais de saúde. No plano formal, nosso país possui um “Plano de Contingência” em todo o território nacional, com o objetivo de estruturar ações para uma transmissão da doença local ou ampliada, de acordo com as medidas previstas pelo protocolo mundial (BRASIL, 2020). Contudo, é possível perceber certa paradoxalidade nesta assertiva, haja vista que presenciamos diariamente divulgações de notícias apresentadas difusamente pela mídia com relação as dificuldades que vêm sendo encontradas, especialmente quanto a aquisição de recursos técnicos (equipamentos de proteção individual, respiradores, antissépticos etc.), implementação de infra-estruturas médico-hospitares em breve espaço de tempo, entre outros desafios atualmente vivenciados praticamente em toda parte do mundo, incluindo países como Inglaterra, França, Espanha, Itália, Estados Unidos, entre outros, todos voltados para o propósito comum de debelar tal pandemia.

Inicialmente chamada de 2019-n-CoV, a infecção provocada pelo novo coronavírus recebeu o nome oficial de covid-19 em 11 de fevereiro do presente ano, sendo terminologicamente um acrônimo do termo “doença por corona vírus” em inglês (corona vírus deceased 2019). Nesse sentido, enfatiza Portela (2020) que: “Estamos assistindo a ciência em formação. As coisas mudam a cada dia: não só os números da epidemia, mas todos os aspectos. Tudo é muito novo para todos nós”. De acordo com este autor, os coronavírus revelam uma etiologia conhecida de infecção respiratória, causando geralmente um resfriado leve, pois até as últimas décadas, raramente geravam doenças mais graves em humanos. Assim, esclarece Portela (2020): “O que vem acontecendo desde o início deste milênio é um salto a partir de 2002, pois surgiram três novos coronavírus – *Sars* (que causa síndrome respiratória aguda grave) em 2002, *Mers* (síndrome respiratória do Oriente Médio) em 2012 e *covid* em 2019.”

Nessa discussão, evidencia-se a suspeita de que o morcego esteja na base de todas essas sequências, em geral associadas a outro animal intermediário – no caso da *Sars*, o pangolim (semelhante a um tatu); no da *Mers*, o dromedário; e quanto à *covid-19*, há fortes indícios ligados ao mercado de peixes e animais exóticos de Wuhan, na província de Hubei, na China, visto que grande parte das pessoas infectadas estiveram neste local. Com efeito, segundo o Centro de Controle e Prevenção de Doenças da China, foram coletadas 33 amostras na zona oeste do mercado, principalmente onde ficam as barracas de animais selvagens, e 31 amostras testaram positivo para o coronavírus. (FIOCRUZ, 2020).

Os sinais e sintomas clínicos do novo coronavírus são principalmente respiratórios, semelhantes aos de um resfriado comum ou uma gripe leve, podendo também causar infecções do trato respiratório inferior, como as pneumonias. Em geral, a sintomatologia é exteriorizada com febre, tosse, dificuldade para respirar, entre outros sinais e sintomas inespecíficos. De maneira que o diagnóstico é o que vai definir a patologia, sendo realizado a partir da coleta de amostras de secreções respiratórias de pacientes considerados suspeitos, a partir de testes baseados em técnicas de biologia molecular. Com relação à faixa etária mais acometida e à comorbidade associada à covid-19, com frequência, pessoas acima dos 60 anos, bem como aquelas com doenças crônicas, tais como diabetes, enfermidades cardiovasculares, entre outras, constituem o grupo mais propenso a contrair a covid-19. Portanto, essas pessoas devem ter restrições quanto as aglomerações e realizar o isolamento social, permanecendo o máximo possível em seu domicílio, haja vista que esta patologia ainda não possui tratamento específico, havendo tão somente a alternativa terapêutica sintomatológica (CDC, 2020).

Ainda no que se refere ao diagnóstico da covid-19, todos os laboratórios públicos ou privados que identificarem casos confirmados pela primeira vez, por meio do exame específico para SARS-CoV2 (RT-PCR, pelo protocolo Charité), devem passar por validação de um dos três laboratórios de referência nacional, ou seja: Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz/RJ), Instituto Evandro Chagas, da Secretaria de Vigilância em Saúde (IEC/SVS) no Estado do Pará ou Instituto Adolfo Lutz, da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Após a validação da qualidade, o laboratório passará a ser considerado parte

da “Rede Nacional de Alerta e Resposta às Emergências em Saúde Pública (REDE CIEVS)”. Desse modo, estes laboratórios devem encaminhar a alíquota da amostra para o “Banco Nacional de Amostras de Coronavírus”, para investigação do perfil viral do coronavírus no território nacional, por intermédio de um dos três laboratórios nacionais destacados (BRASIL, 2020).

No atual cenário desencadeado pela covid-19, até as análises finais deste estudo, o Brasil vem sendo norteado pelas seguintes legislações, portarias e instruções normativas: Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; Portaria nº 356, de 11 de março de 2020; Regulamento Sanitário Internacional; Instrução Normativa nº 19, de 12 de março de 2020; Instrução Normativa nº 20, de 13 de março de 2020; Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020; Instrução Normativa nº 22, de 17 de março de 2020; Instrução Normativa nº 27, de 25 de março de 2020; e Instrução Normativa nº 28, de 25 de março de 2020.

Assim, na contingência global da crise gerada pela pandemia da covid-19, a Organização Mundial de Saúde vem notoriamente se manifestando no sentido de que os Estados e seus governantes procurem proteger especialmente aquelas pessoas socialmente vulneráveis, garantindo-lhes sobrevivência digna, diante da atual e futura conjuntura socioeconômica mundial. Com efeito, Tedros Adhanom Ghebreyesus, Diretor Geral da OMS, solicita “[...] aos países para priorizarem as pessoas mais pobres e vulneráveis socialmente [...]” (WHO, 2020).

De maneira que, os indivíduos vulneráveis socialmente estão mais sujeitos a diferentes formas de exclusão, isolamento ou desigualdade. Portanto, o não respeito aos princípios norteadores dos direitos humanos, seja no campo público ou privado, é um fator gerador de iniquidades sociais, podendo originar a discriminações e o não respeito aos direitos fundamentais. De fato, tal situação de injustiça social surge quando estes direitos não estão na base das políticas e das práticas governamentais, bem como em geral não se encontram nos textos estruturantes dos organismos internacionais e instituições locais.

Logo, é possível pensar na pobreza como sendo uma das principais causas da negação dos direitos humanos, tendo em vista que ela viola os direitos fundamentais, ou seja, é evidente que aquelas pessoas mais vulneráveis não têm acesso aos direitos econômicos e sociais, como

a educação, saúde, moradia, entre outros; de modo igual, tais grupos não podem exercer efetivamente os direitos civis e políticos, o que não somente exigiria a compreensão da dinâmica da sociedade e o acesso às instituições públicas, mas também a credibilidade e oportunidades de ingresso nas mesmas.

3. POBREZA E NECESSIDADES HUMANAS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente, pobres são aqueles que não dispõem de renda suficiente para satisfazer suas necessidades elementares²⁶; mas, tal expressão igualmente possibilita a inscrição na perspectiva dinâmica, que significa a noção de exclusão e o fato de que a pobreza não é mais um problema de falta de adaptação, ou seja, ela é sim uma questão estrutural associada ao funcionamento social e aos mecanismos de proteção dos direitos.

Em algumas Conferências Mundiais das Nações Unidas, especialmente na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, ocorrida no ano de 1995 em Copenhague, a comunidade internacional se comprometeu a planejar políticas, estratégias e ações concretas para a erradicação da pobreza. Assim, a “Declaração de Copenhague” reiterou de maneira clara que o direito ao desenvolvimento, que implica na eliminação da pobreza, é um direito humano fundamental. Nesse sentido, torna-se pertinente destacar a preocupação de Amartya Sen (2008, p.103 et seq), quando elenca as liberdades substantivas e a condição de agente inerente ao ser humano, como sendo requisitos imprescindíveis para se alcançar o pleno desenvolvimento da humanidade. Na verdade, quando uma pessoa não dispõe de recursos torna-se extremamente difícil a satisfação das suas necessidades básicas ou mesmo gozar de alguns direitos humanos estabelecidos na “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

A categoria da pobreza não se faz presente nos principais textos internacionais atinentes aos direitos humanos, aparecendo apenas indire-

26 A palavra pobreza é de origem latina, *paupertas*, *paupertatis*, que designa o estado de uma pessoa sem meios materiais. Cf. BARRAT, Claude-françois. *La pauvreté: que sais-je?* Paris: P. U. F., 1988. p. 5.

tamente, como por exemplo, na forma de proteção de direitos específicos (saúde, seguridade social, desenvolvimento etc.). Por conseguinte, isso concorre para o enfraquecimento da compreensão de que a pobreza é uma violação dos direitos humanos. Em suma, tudo se passa como se a função institucional dos Estados fosse apenas de aliviar a pobreza, não de eliminá-la por completo, o que explica a ausência de referência direta aos direitos humanos quando se trata de propor políticas públicas de combate à pobreza. Com efeito, as políticas públicas contra a tortura, por exemplo, são vistas como articuladas aos direitos humanos, o mesmo acontecendo com questões raciais e de gênero. Porém, quando a pobreza é objeto de tais políticas, a referência direta aos direitos humanos parece desaparecer, surgindo então a falsa impressão de que a pobreza não é uma violação dos direitos humanos. Por sua vez, caso o direito assumisse que a pobreza extrema constitui uma violação da dignidade humana, logo, haveria plena possibilidade de interpretação dessa iniquidade como sendo uma verdadeira transgressão dos direitos reconhecidos como inerentes à condição humana.

Com efeito, quando o lugar central da pobreza é minimizado no plano dos direitos humanos, é inobservado o aspecto de que a eficácia de um direito qualquer, como por exemplo, o direito de estar livre de fome, não pode ser considerado isoladamente. Realmente, não seria razoável colocar alguém numa situação que possa apenas satisfazer suas necessidades nutricionais básicas, pois é óbvio que a pobreza não pode ser revertida sem a satisfação de todos os outros direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Outro grave problema que turva o olhar que o direito tem sobre a pobreza, diz respeito à insistência em se conceber as normas que buscam a erradicação desse fenômeno como meros programas políticos. De fato, os chamados direitos econômicos e sociais são usualmente tidos como objetivos desejados e não como direitos reais, contudo, importa compreender que os direitos humanos, em sua acepção geral, não são meras diretrizes para uma boa vida dos seus titulares, visto que eles existem para assegurar condições, positivas ou negativas, de um mínimo de vida digna.

No plano jurídico, ocorre certa objeção no sentido de que os direitos sociais e econômicos são onerosos quando comparados aos direitos que tratam das liberdades civis, sendo que isso é uma falácia, já que

direitos tais como liberdade de expressão, propriedade e livre circulação são bem mais dispendiosos, visto que exigem todo um aparato de protetivo (tribunais, polícia, serviços cartorários etc.). Nessa perspectiva, algumas correntes teóricas vêm defendendo que os direitos sociais e econômicos estão relacionados ao que se pode chamar de “mínimo existencial”, correspondendo a determinados valores, tais como a liberdade e a justiça, bem como estão relacionados ao cumprimento de algumas exigências que se expressam em: de se ter uma vida; de poder governar sua própria vida; contra tratamento cruel e degradante; contra tratamento injusto (TORRES, 2009). Contudo, cada uma dessas exigências está centrada nas necessidades humanas fundamentais; logo, não são exigências mínimas, pois mínimo sugere ínfimo, pois sugerem condições básicas, no sentido de sua indispensabilidade, devido ao fato de que, quando efetivamente realizadas, são capazes de alcançar o ideal político de concretização de uma vida digna.

Enfim, é imprescindível fazer alguns enfoques preambulares sobre teoria das necessidades humanas fundamentais, eixo teórico que servirá de base argumentativa neste texto e que será mais detalhadamente analisado no próximo tópico. Assim, preliminarmente é oportuno considerar os elementos conceituais relacionados com a expressão necessidade a partir das principais concepções teóricas que discutem o problema da justificação da universalidade das necessidades humanas fundamentais, com ênfase na teoria proposta por Len Doyal e Ian Gough (1991) para a estruturação de tais necessidades, sendo também pertinente um estudo sobre os aspectos políticos, sociais e jurídicos relacionados com a otimização da satisfação das mencionadas necessidades. Para tanto, são abordadas as principais correntes doutrinárias que se propõem a efetiva elaboração de uma teoria de Justiça Social com pressupostos básicos ligados aos princípios da liberdade e da igualdade, com a devida contextualização no âmbito dos grupos socialmente vulneráveis, em geral excluídos do progresso verificado na atual sociedade globalizada. Nesse plano, são discutidas as propostas teóricas que mais vêm se preocupando com a questão da identificação de elementos justificadores para o atendimento das necessidades humanas fundamentais, desenvolvidas por John Rawls, Amartya Sen, Immanuel Kant, entre outros referenciais relacionados com a matéria.

4. DOS FATOS SOCIAIS AOS VALORES NORMATIVOS: DAS NECESSIDADES AOS DIREITOS

Na análise articulada entre a teoria das necessidades humanas fundamentais e os mecanismos institucionais de proteção aos grupos socialmente vulneráveis, o que viria a ser uma necessidade fundamental? Como o reconhecimento empírico das necessidades fundamentais (plano descritivo) poderá ensejar direitos morais (plano normativo)? Assim, com o propósito de apresentar uma justificativa no plano normativo para a satisfação dessas necessidades, é desenvolvida uma contextualização teórica, havendo a opção por Immanuel Kant, Agnes Heller e Maria José Añón Roig, em virtude da pertinência temática que tem esse referencial com o objeto de estudo deste texto. Mas, o propósito de demonstrar a possibilidade de passagem do plano dos fatos para o dos valores, a partir de uma discussão da clássica “falácia naturalista” (MOORE, 1998), que defende a ilegitimidade na transposição do “ser” para o “dever ser” não é tarefa simples. Para tanto, foram confrontados linhas de pensamento de autores relacionados com o tema das necessidades fundamentais, tais como Hume, Rawls, Sen, Max-Neef, Doyal, Gough, entre outros que constituem referência basilar aos estudos hodiernos sobre necessidades básicas, política social e direitos humanos.

Em síntese, trata-se de uma abordagem eminentemente teórica, com a meta de analisar diferentes posturas intelectuais sobre o tema das necessidades, identificando-as com suas respectivas filiações ideológicas, devido ao fato de existir certa clivagem entre orientações contratualistas, utilitaristas, libertárias, comunitárias etc., nos processos de reconhecimento e de gestão de políticas de satisfação das necessidades fundamentais. De maneira que é possível constatar a existência de explícitas finalidades políticas ancoradas em evidências empíricas detectadas no percurso histórico das políticas de satisfação das necessidades fundamentais no mundo e no Brasil.

Na elaboração argumentativa sobre a teoria de justiça política de Rawls (1997, p. 96 et seq.) à luz do ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente é pertinente enfatizar que tal perspectiva é indicativa de que o conjunto de bens primários assegurados pelos direitos funda-

mentais, especialmente os direitos sociais, não pode ser restringido em hipótese alguma, implicando isso na necessária sujeição das desigualdades sociais à consequente promoção destes bens essenciais. Nesse sentido, reitera Catão (2017, p.224) que:

[...] é o Princípio da Diferença que vem sendo utilizado como referência nas atuais análises sobre justiça social, devido ao fato de que na distribuição de bens e serviços é ele quem faz a previsão quanto ao aspecto da maximização da fração que cabe aos desfavorecidos em relação aos favorecidos; ou seja, é esse preceito que recomenda dar mais a quem tem maior necessidade. Neste contexto, ressalte-se que as desigualdades somente serão toleradas se for para beneficiar os menos favorecidos, por intermédio da provisão de bens e serviços necessários à otimização da satisfação das suas necessidades básicas, que ele denomina de 'bens primários'.

Como é possível observar, a previsão rawlseana tem seu embasamento no âmbito das instituições básicas da sociedade, bem como é fundamentada nos mecanismos de divisão de vantagens econômicas advindas do livre mercado, devendo igualmente existir a observância aos direitos sociais e demais direitos fundamentais, concebidos como meios para a materialização de uma vida digna para todos.

No propósito de elaboração de mecanismos no intuito de promover a integração social e emancipação econômica dos grupos socialmente vulneráveis, é procedente a aplicabilidade da teoria das necessidades fundamentais, no sentido de demonstrar a viabilidade desta perspectiva teórica como pressuposto de justificação à atribuição de direitos e obrigações institucionais a esse grupo social. Assim, partindo de Kant (2009, p.189 e 191), com a noção de necessidade como categoria da moralidade, e em seguida, acompanhando o entendimento de Agnes Heller (1978, p.126), no qual a quarta formulação do imperativo categórico kantiano deve ser compreendida em seu propósito de se alcançar uma emancipação humana completa, a partir de uma proposta ampliada das necessidades do homem no plano ético, sinalizando, assim, para a possibilidade de juízos morais sobre tais necessidades. Por

fim, esta autora conclui opinando que a formulação da teoria para a construção ética das necessidades encontra-se na fórmula kantiana do “fim em si mesmo”, em que o homem não deve ser utilizado como meio para outro homem.

Sem dúvida, a proposta de um “princípio das necessidades” embasado na concepção ética kantiana é relevante para o estabelecimento de políticas públicas em Sistemas Sociais de Prioridades, pois a ausência desse princípio tem conduzido a variadas indicações de necessidades não legitimadas eticamente. Com efeito, na atual sociedade vem se constatando a utilização de mecanismos capazes de manipular necessidades gerais, declarando-as como existentes, embora não o sejam realmente. De forma que os vários tipos de regulação de necessidades podem ser analisados segundo os princípios éticos kantianos, tornando-se possível um comportamento ético sobre as necessidades sem qualquer tipo de interferência. Indubitavelmente, na valoração ética das necessidades, essa é uma importante herança do legado moderno ao mundo contemporâneo.

Na construção teórica sobre a passagem das necessidades aos direitos, inicialmente convém salientar que é relativamente simples afirmar que existem necessidades básicas, objetivas e universais; por outro lado, isso é bastante diferente de demonstrar que elas funcionam como pressuposto de justificação para a atribuição de direitos específicos e obrigações institucionais. Aliás, em toda hipótese que advém da assertiva de que os seres humanos são possuidores de necessidades básicas, a conclusão de que existe o dever moral ou jurídico de satisfazê-las, certamente estará contrariando a clássica “Lei de Hume” (2009, p.491 et seq.), que impossibilita a passagem do plano descritivo ao normativo, pois, tradicionalmente, tal transposição é ilegítima, visto que não podemos passar do plano dos fatos (ser) para o plano dos valores (dever ser).

Contudo, na discussão sobre a passagem das necessidades para os direitos, percebe-se uma máxima viabilidade no pensamento de Añón Roig (1994, p.265-268), em sua abordagem sobre às necessidades como critério distributivo de igualdade, segundo o Princípio de Igualdade de Tratamento Diferenciado, visto que este estudo se destaca em virtude de sua atualidade e coerência. Em resumo, reitero a proposta teórica dessa autora, a partir da articulação entre necessidades, direitos

humanos, justiça e política; utilizando-se, para tanto, de uma análise sobre a relevância do conceito de necessidade, que é visto não como recurso autosuficiente, mas complementar. Desse modo, entendo como pertinente a utilização da noção de necessidade como sendo um critério prático de importante valor argumentativo, sendo, devido a isto, capaz de estruturar uma dimensão prescritiva; além disso, o aspecto da distinção entre o conceito e o fundamento das necessidades básicas, é suficientemente capaz de possibilitar o estabelecimento das diferenças entre a elaboração conceitual e a análise de natureza justificadora de tais necessidades, tendo em vista que estas desempenham seu papel no terreno da fundamentação e não do conceito. Em outras palavras, a determinação conceitual das necessidades coloca-nos diante de sua própria dimensão normativa, pois a própria noção de necessidades delinea uma ponte entre o ser e o dever ser, visto que sua existência contém elementos fáticos e prescritivos.

Assim sendo, efetivamente observa-se que as necessidades prestam-se à fundamentação de determinados direitos, pois a constatação de uma necessidade básica possibilita uma argumentação objetiva, haja vista a presença dos critérios de justiça e legitimidade, inerentes às situações socialmente delimitadas, tal como a dos grupos socialmente vulneráveis, que veio à tona nesse momento de crise desencadeado pela pandemia da covid-19. De forma que, Neste contexto, é sim possível a utilização da formulação já mencionada, de um princípio de igualdade fundamentado nas necessidades básicas, a partir de um critério de distribuição de acordo com tais necessidades, sendo tal princípio de tratamento diferenciado dotado de legitimidade capaz de converte-se em um critério normativo, sobretudo, por meio de mecanismos voltados para inserção laboral, inclusão social e emancipação financeira dessas pessoas.

Na atual conjuntura vivenciada em plena pandemia da covid-19, certamente, a sociedade terá de proporcionar aos cidadãos mecanismos efetivos de satisfação das necessidades fundamentais. De forma que se torna necessária a adequação da economia a fins últimos, tais como o acesso à igual participação, oportunidades justas de desenvolvimento e efetivação igualitária para todos os direitos fundamentais humanos, conferindo a esses temas sentidos políticos e direções normativas

cada vez mais precisas e contingentes às condições da modernidade contemporânea. De maneira que as necessidades humanas devem ser compreendidas como construídas social e historicamente a partir dos objetos imprescindíveis para a satisfação das objetivações sociais que as delimitam. Devido a isso, o sistema social de necessidades deve ser concebido como uma estrutura orgânica própria de determinada formação social, considerada em seu conjunto e cujas necessidades devem ser analisadas por critérios próprios.

CONCLUSÕES

Ao término deste estudo, foi concluído que o esforço para erradicar as iniquidades sociais, em especial a pobreza extrema, requer o conhecimento das causas e fatores econômicos que a produzem e a fazem aumentar, como também pressupõe a compreensão dos mecanismos jurídicos, políticos e institucionais relacionados com a proteção dos direitos humanos fundamentais. Dessa forma, eliminar a pobreza é um desafio social, ético, político e, sobretudo, jurídico, que questiona o Estado e seu papel, bem como o Direito, em seus fundamentos e práticas, particularmente as políticas públicas inerentes aos direitos humanos, que na época atual são reconhecidos como fundamento da dignidade. Em outras palavras, a existência da pobreza é um convite para uma reflexão generalizada sobre o sentido destes direitos, em suas exigibilidade e efetividade. Portanto, falar da relação entre direitos e pobreza e supor que o pobre não é sujeito da caridade ou bondade, mas sim titular de direitos e, conseqüentemente, tem direito a um padrão de vida digno, devendo isto ser o critério fundamental para a elaboração e definição das políticas públicas em geral.

Finalizo este artigo com a expectativa de que ele venha a contribuir com o aprofundamento da matéria relativa a necessidade de iniciativas nos planos jurídico, social e político, no sentido de que os poderes públicos institucionalizem instrumentos de mudanças sociais, objetivando a inclusão social e emancipação financeira dos grupos socialmente vulneráveis. Em outros termos, que sejam efetivadas materialmente as disposições voltadas ao oferecimento de oportunidades de trabalho e renda, moradia, educação e, considerando o momento de pandemia vivenciado mundialmente, saúde de qualidade para todos.

Enfim, espero que este texto venha a contribuir para a implementação de políticas públicas que possibilitem a transformação do quadro de precarização do trabalho e das condições de vida das pessoas vulneráveis. Nesse sentido, é viável a abordagem teórica sobre uma nova concepção de necessidades como tema para fundamentação das políticas sociais e dos direitos básicos. Assim, o estudo da questão das necessidades, como critério prático e núcleo temático é de grande alcance normativo e de notável valor para uma adequada compreensão da justiça.

REFERÊNCIAS

AÑÓN ROIG, Maria José. Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas. In: BALLESTEROS, Jesus. **Derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1992.

_____. **Necesidades y derechos**: un ensayo de fundamentación, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

BARRAT, Claude-françois. **La pauvreté**: que sais-je? Paris: P. U. F., 1988.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Sobre a doença: covid-19**. Brasília, DF, 13 mar. 2020. 12p. Disponível em:<<http://www.coronavirus.saude.gov.br/index.php/sobre-a-doenca>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **CDC 24/7: Saving Lives - Protecting People**. Georgia, USA, 25 dec. 2019. Disponível em:< <http://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/index.html>>. Acesso em: 25 Mar. 2020.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **Coronavirus Disease 2019: Symptoms of coronavirus**. Georgia, USA, 7 apr. 2020. Disponível em:< <http://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/index.html>>. Acesso em: 8 Apr. 2020.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **A theory of human need**. London: Mac millan – Pelgrave, 1991.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Covid-19: que vírus é esse?** Rio de Janeiro, RJ, 2020. Disponível em: < <https://portal.fiocruz.br>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades en Marx**. Barcelona: Península, 1978.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Trad. Déborah Danowski. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Lucimar A. Coghi Alcelmi; Fulvio Lubisco. 3.ed. São Paulo: Ícone, 2011. p. 7-82. (Coleção Fundamentos do Direito)

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Paulo Barrera; Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2005. p. 15-96. (Coleção Fundamentos do Direito)

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 159-409. (Coleção Philosophia)

MOORE, George Edward. **Princípios Ethica**. São Paulo: Ícone, 1998.

PORTELA, Estevão. **COVID-19: que vírus é esse?** Portal Fiocruz: Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, RJ, 30 mar. 2020. Disponível em: < <portal.fiocruz.br/print/11500>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. Constitutional Liberty and the concept of justice. **Justice**, Nomos VI, Atherton Press, Nova York, 1963, p.100-101.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. 2.ed. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 35-36.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Report of Director of WHO.** Coronavirus disease 2019 (COVID-19): Situation Report-72. Genebra, 1 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200401-sitrep-72-covid-19.pdf?sfvrsn=3dd8971b_2>. Acesso em: 6 apr. 2020.

O DEPOIMENTO DE DILMA ROUSSEFF NA SESSÃO DE IMPEACHMENT DO SENADO: PROCESSOS DE SUBJETIVAÇÃO EM POSIÇÕES SUJEITO

Glauber Lacerda Santos

Maria da Conceição Fonseca-Silva

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O regular funcionamento das instituições democráticas requer a possibilidade de responsabilização das autoridades que exercem seu *munus* de maneira abusiva ou ilegal. Originado no sistema jurídico inglês e adaptado pelo sistema Americano, o *Impeachment* foi introduzido no ordenamento brasileiro com vistas a apurar e punir o Presidente da República²⁷ que pratica crimes de responsabilidade em função do cargo.

27 Conforme disposto no artigo 52, incisos I e II, da Constituição de 1988, essa modalidade de responsabilização não é exclusiva do Presidente da República, podendo ser aplicada ao vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Ministros do STF, entre outros. Governadores e prefeitos também podem ser submetidos a esse processo, observando-se as peculiaridades inerentes a esses casos, notadamente a inexistência do sistema bicameral (Câmara e Senado), que se aplica exclusivamente ao Legislativo Federal, de modo que a admissibilidade e o processamento dos chefes do executivo estadual e do executivo municipal são conduzidos, respectivamente, pela Assembleia Legislativa e pela Câmara de Vereadores (LENZA, 2019).

O *Impeachment* é um instituto cuja relevância está para além das discussões teóricas que podem ser elaboradas a partir dele. Provavelmente, essa importância deve-se aos desdobramentos jurídicos, políticos, econômicos e sociais de sua aplicação. A recente experiência republicana brasileira, que encontra seu marco no processo de redemocratização inaugurado no final de 1980, oferece indícios para que se chegue a essa conclusão. Parte dos acontecimentos que marcaram os períodos de crise a partir de então estão relacionados a processos dessa natureza. Basta dizer que todos os Presidentes da República, desde o primeiro ano de mandato, tiveram pedidos de *Impeachment* formulados contra si, dentre os quais, dois foram acolhidos: em 30 de dezembro de 1992, contra Fernando Affonso Collor de Mello e em 31 de agosto de 2016, contra Dilma Vanna Rousseff.

Do ponto de vista jurídico, o *Impeachment* pode ser definido como um instrumento destinado à apuração e à responsabilização política do Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade²⁸, a serem processadas e julgadas pelo Poder Legislativo, que exerce de forma atípica a função de Órgão Judiciário. Durante esse processo figura uma série de atores: o denunciante, o réu, as testemunhas de acusação e de defesa, os peritos, os juízes, que, no curso da marcha processual, produzem uma série de documentos que constituirão os Autos do Processo de *Impeachment* (cf. BROSSARD, 1992; NÁPOLI, 2017).

Retomando essas questões em face das particularidade que envolvem o caso, a denúncia contra Dilma Rousseff foi aceita pelo Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, em 02 de dezembro de 2015, ato que deu início ao processo de *impeachment*. A sentença condenatória foi prolatada pelo Senado Federal e lida pelo Presidente do Supremo, Ricardo Lewandowisk, em 31 de agosto de 2016, encerrando formal-

28 Os crimes de responsabilidade podem ou não configurar ilícitos tipificados na legislação penal. Assim sendo, quando a conduta é descrita em um tipo penal, tem-se crimes de responsabilidade próprios. Diversamente, as condutas que se situam na esfera extrapenal são denominadas crimes de responsabilidade impróprios. Em face disso, essa designação – crime de responsabilidade – seria tecnicamente equivocada, sendo mais apropriado nomear tais condutas como infrações político-administrativas. Entretanto, a locução crime de responsabilidade teve seu uso consagrado entre os juristas, pelo que manteremos seu emprego nesse trabalho.

mente o processo. No decurso desses 273 dias, os Autos do Processo de *Impeachment* de Dilma Rousseff foram materializados em, aproximadamente, 28.000 páginas, distribuídas em 73 volumes.

Entre essas milhares de páginas, encontra-se o texto lido pela ex-Presidente quando apresentou, pessoalmente, suas contrarrazões aos fatos imputados pela Acusação, o qual retomamos neste trabalho. O recorte que operamos aqui refere-se à seguinte questão: em quais posições-sujeito Dilma Rousseff se subjetiva no depoimento prestado na sessão de julgamento no Plenário do Senado Federal? Objetivamos, com isso, descrever e analisar as posições sujeito que se apresentam no referido depoimento, tomado como materialidade discursiva.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

As descrições e análises aqui empreendidas apresentam os resultados preliminares do estudo que vem sendo desenvolvido no Laboratório de Pesquisa em Análise de Discurso (LAPADis) – em articulação com outros estudos produzidos pelo Grupo de Pesquisa em Análise de Discurso (GPADis), vinculado ao Programa de Pós Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade (PPGMLS) – dentro do eixo temático “Memória e efeitos de sentido da assunção político-jurídica de sujeitos políticos (mulheres e homens) nas esferas de poder (legislativo, executivo ou judiciário)”. Tomamos como referência alguns dos conceitos estruturantes desse eixo, de modo a fazê-los funcionar na análise do processo de *Impeachment* de Dilma Rousseff.

Trata-se de um estudo de caso, de caráter descritivo-exploratório, que utiliza uma abordagem qualitativa, mobiliza e articula pressupostos teóricos da Análise de Discurso, do Direito e da Filosofia. O arquivo analítico compreende a cópia do depoimento apresentado pela ex-Presidente Dilma na sessão de *Impeachment* do Senado, que integra o Volume 73 dos Autos do Processo. O *corpus* constitui-se das Sequências Discursivas (SD) que foram extraídas das materialidades discursivas que integram o depoimento supra-mencionado. De acordo com Fonseca-Silva (2009, p. 97), materialidades discursivas podem ser compreendidas como “materialidades léxico-sintáticas opacas que, imersas em uma rede de relações im-

plícitas, funcionam sob diferentes registros discursivos e com uma estabilidade lógica variável”.

A cópia do depoimento analisado foi obtida por meio digital, disponibilizado no sítio do Senado Federal – no qual constam todos os demais documentos que integram os Autos do Processo de *Impeachment* – utilizando dispositivos de acesso disponibilizados pelo LAPADIS. Selecionamos onze SD para procedermos a descrição e a análise, que consiste na problematização das maneiras de ler, para que o sujeito falante ou o leitor sejam impelidos à questionar o que produzem e o que ouvem nas múltiplas expressões da linguagem, de modo a perceber que não escapamos à linguagem, mas estamos sujeitos à sua opacidade, o que nos obriga a interpretar sempre (ORLANDI, 2009, p. 9).

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Em 29 de agosto de 2016, dois dias antes da sentença condenatória que caçava seu mandato ser pronunciada, Dilma Rousseff compareceu ao Plenário do Senado para prestar depoimento. No percurso de sua narrativa é possível destacar três posições sujeito nas quais se subjetiva²⁹, a saber, a *posição-sujeito militante*, a *posição-sujeito Presidente da República* e a *posição-sujeito réu*. Conforme esclarece Foucault (2008 [1969], p. 105), “[...] um único e mesmo indivíduo pode ocupar, alternadamente, em uma série de enunciados, diferentes posições e assumir o papel de diferentes sujeitos”. Cada um desses lugares de subjetivação são lugares de produção de discurso e, conseqüentemente, de produção de sentido, conforme ocorre a articulação dos sujeitos, da situação e da memória, e conforme são consideradas as condições de produção do discurso (cf. ORLANDI, 2009, p. 30).

As condições de produção, que constituem os discursos, funcionam de acordo com certos fatores. Um deles é o que

29 O sujeito que interessa à Análise de Discurso não corresponde ao sujeito transcendental ou antropológico, que se confunde com o sujeito pragmático, cuja existência no tempo dá-se sem soluções de continuidade e sem esquecimento, mas refere-se a uma “[...] posição como uma função determinada e vazia que pode ser ocupada por diferentes indivíduos, sob certas condições” (FONSECA-SILVA, 2007, p. 43).

chamamos relação de sentidos. Segundo essa noção, não há discurso que não se relacione com outros. Em outras palavras, os sentidos resultam de relações: um discurso aponta para outros que o sustentam, assim como para dizeres futuros. Todo discurso é visto como um estado de um processo discursivo mais amplo, contínuo. Não há, desse modo, começo absoluto nem ponto final para o discurso. Um dizer tem relação com outros dizeres realizados, imaginados ou possíveis (ORLANDI, 2009, p. 39).

A partir dessa relação indissociável entre discurso e memória emerge a noção de interdiscurso, que traduz a ideia de que algo foi dito antes, em outro lugar. Esse já-dito fundamenta e possibilita tudo o que se vai dizer, por meio de um conjunto de formulações que primeiro foram construídas, depois esquecidas e, posteriormente, são retomadas na atualidade do que está sendo dito (cf. ORLANDI, 2009). Nesse sentido, qualquer discurso é, necessariamente, atravessado pela interdiscursividade, posto que lhe é próprio estabelecer uma relação multiforme com outros discursos (CHARAUDEAU; MAINGUENAU, 2018, p. 286).

O que é dito em outro lugar também significa nas “nossas” palavras. O sujeito diz, pensa que sabe o que diz, mas não tem acesso ou controle sobre o modo pelo qual os sentidos se constituem nele. Por isso é inútil, do ponto de vista discursivo, perguntar para o sujeito o que ele quis dizer quando disse “x” (ilusão da entrevista *in loco*). O que ele sabe não é suficiente para compreendermos que efeitos de sentido estão ali presentificados (ORLANDI, 2009, p. 32).

Buscando descrever e analisar esse funcionamento no depoimento de Dilma Rousseff, correlacionamos as três posições sujeito identificadas em seu discurso com as respectivas Sequências Discursivas [SD] que demarcam essas posições. No primeiro quadro, as SD de 1 a 3 apontam para a subjetivação de Dilma Rousseff na posição-sujeito militante.

Quadro 1 – Correlação entre posição-sujeito militante e sequências discursivas

POSIÇÃO-SUJEITO	SEQUÊNCIAS DISCURSIVAS (SD)
Militante	<p>[SD 1] Tinha medo da morte, das sequelas da tortura no meu corpo e na minha alma. Mas não cedi. Resisti. Resisti à tempestade de terror que começava a me engolir, na escuridão dos tempos amargos em que o país vivia. Não mudei de lado. Apesar de receber o peso da injustiça nos meus ombros, continuei lutando pela democracia (BRASIL, 2016, p. 2).</p> <p>[SD 2] Na luta contra a ditadura, recebi no meu corpo as marcas da tortura. Amarguei por anos o sofrimento da prisão. Vi companheiros e companheiras sendo violentados, e até assassinados (BRASIL, 2016, p. 2).</p> <p>[SD 3] Dediquei todos esses anos da minha vida à luta por uma sociedade sem ódios e intolerância. Lutei por uma sociedade livre de preconceitos e de discriminações. Lutei por uma sociedade onde não houvesse miséria ou excluídos. Lutei por um Brasil soberano, mais igual e onde houvesse justiça. Disso tenho orgulho. (BRASIL, 2016, p. 2).</p>

Fonte: Elaborado pelos autores

Originalmente, o termo militante – derivado do verbo latino *militare* – foi utilizado pela linguagem teológica medieval para qualificar a Igreja³⁰, cuja atuação no mundo conduz-se pelo imperativo de enfrentar todas as formas de hostilidade contra o Evangelho, dentro e fora dos seus muros, ainda que ao custo da própria vida. Assim, à experiência contemplativa, de oração e meditação, deve somar-se o engajamento ofensivo e defensivo nas pelejas do Cristo

30 Essa qualificação designa estágios de existência da Igreja: na terra, a Igreja militante une-se à Cristo em seu sofrimento e humilhação; no céu, a igreja triunfante partilha com seu Senhor vitória e exaltação. Diferentemente da teologia protestante, a teologia católica romana admite não somente a existência da igreja militante e da igreja triunfante, mas também da igreja padecente que, segundo defendem, abarca todos os crentes que morreram sem que pudessem desfrutar das benesses celestiais, pois precisam purificar seus pecados remanescentes no purgatório (BERKHOF, 1990, p. 565).

(SOUZA; PARANÁ, 1999, p. 132; BERKHOF, 1990, p. 565). Segundo Souza e Paraná (1999), apenas no limiar do século XIX é que o vocábulo *militante* extrapola os limites do emprego religioso para integrar a terminologia política, com o intuito de designar “[...] aquele que milita numa organização partidária ou sindical, aquele que abraça as tarefas políticas (materiais e intelectuais) necessárias para a conquista do Estado e/ou para a transformação da sociedade” (SOUZA; PARANÁ, 1999, p. 134).

Mesmo quando se considera essa passagem do sentido teológico para o sentido político, é possível perceber a presença de elementos comuns³¹ no uso do termo, quais sejam, a luta, a perseverança, a lealdade e o sacrifício por uma causa. Esses significados compartilhados indicam que não há uma separação incomunicável entre os dois domínios, de modo que determinadas técnicas e saberes próprios da religião são reaproveitados no âmbito dos embates políticos (SOUZA; PARANÁ, 1999, p. 134).

As SD transcritas no Quadro 1 apontam para essa conexão político-religiosa na constituição da *posição-sujeito militante*, expressando uma relação de ordem interdiscursiva. Preliminarmente, é possível perceber a existência de termos e noções vinculados à atividade militante que remetem àquela conservação de sentido na passagem da esfera religiosa para a esfera política, notadamente quando se lê: “lutei”, “não cedi”, “resisti”, “continuei lutando”, “não mudei de lado”, “recebi o peso da injustiça sobre meus ombros”, “recebi no meu corpo as marcas da tortura”, “amarguei

31 Determinadas perspectivas teológicas ampliam, significativamente, a interface da política com religião. O exemplo mais paradigmático disso pode ser encontrado na Teologia da Libertação, movimento que irrompeu na América Latina no final da década de 1960, objetivando contrapor-se ao individualismo radical proposto pela filosofia existencialista. Seus postulados desenvolvem-se a partir do evangelho social e da teologia da esperança do teólogo protestante alemão Jürgen Moltmann. Essa vertente apresenta-se como expressão teológica da filosofia política marxista, privilegiando a leitura do Evangelho a partir de algumas categorias do marxismo. Assim, o problema humano é pensado quase que inteiramente numa perspectiva socioeconômica. Isso implica redefinição da função do teólogo e das comunidades eclesiais, que passam a se ocupar da transformação o mundo, organizando-se para obter as conquistas políticas necessárias a essa transformação (STURZ, 2012, p. 93-94).

por anos o sofrimento da prisão”. Tomadas em seu conjunto, essas sequências indicam que, em sua militância contra a ditadura³², Dilma Rousseff³³ lutou, perseverou, sofreu e manteve-se leal aos seus ideais.

Num outro gesto de leitura, a ligação do sentido religioso com o sentido político, que demarca esse lugar da militância, pode ser explicitada de outro modo. Conforme explicado anteriormente, o que foi enunciado antes e em outro lugar retorna para significar no nosso dizer. Assim, quando Dilma diz “Não cedi. Resisti. Não mudei de lado” e “recebi no meu corpo as marcas da tortura” é possível encontrar correspondência no já-dito que se constituiu a partir da militância religiosa dos mártires cristãos, mais especificamente no que está inscrito em determinadas passagens das epístolas de Paulo nas quais o apóstolo diz

32 Refere-se ao período do regime de exceção que vigorou no Brasil por 21 anos, entre 31 de março de 1964, data em que foi deflagrado o golpe militar contra o governo João Goulart, e 15 de janeiro de 1985, quando a chapa Tancredo Neves/José Sarney obteve vitória no colégio eleitoral, através de eleições indiretas. Em razão do internamento emergencial de Tancredo Neves para tratamento cirúrgico, foi empossado inteiramente o Vice-Presidente José Sarney, que assumiu definitivamente a Presidência da República em 21 de abril de 1985, quando da morte de Tancredo Neves (cf. FAUSTO, 2004).

33 Dilma Vanna Rousseff iniciou sua militância política no movimento estudantil aos 16 anos, um ano antes de ocorrer o golpe militar de 1964. Nos anos que se seguiram, atuou no Comando de Libertação Nacional (Colina) e na Vanguarda Armada Revolucionária (VAR-Palmares). Em 1970, Dilma foi detida e submetida a sessões de tortura, permanecendo presa até 1972, quando o Superior Tribunal Militar reduziu sua pena, que inicialmente fora fixada em 6 anos e 1 mês. No ano subsequente, integrou o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que, desde 1966, dividia o cenário político brasileiro com a Aliança Renovadora Nacional (Arena), sendo este o partido do governo e aquele o partido de oposição. Em 1980, com o fim do bipartidarismo, Dilma ajudou na fundação do Partido Democrático Trabalhista (PDT), legenda em que permaneceu até 2001, quando ingressou no Partido dos Trabalhadores (PT). Com a vitória de Luís Inácio Lula da Silva em 2002, Dilma ganha projeção nacional, assumindo, inicialmente, o Ministério de Minas e Energia e, posteriormente, o Ministério da Casa Civil. Nos anos de 2010 e 2014 venceu as eleições presidenciais, concorrendo pelo Partido dos Trabalhadores, tornando-se a primeira mulher a exercer o cargo de Presidente da República (FONSECA-SILVA, 2012; MEMÓRIA DA DITADURA, 2016?).

“Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a fé”³⁴ e “Trago no meu corpo as marcas do Senhor Jesus”³⁵.

Comparando as fórmulas, pode-se dizer que “Combati o bom combate, acabei a carreira” equivale a “Não cedi. Resisti”, na medida em que o bom combatente não cede, antes resiste e dá o melhor de si na luta. Há equivalência também entre “guardei a fé” e “Não mudei de lado”, haja vista que aquele que tem sob sua guarda o dom da fé, age como fiel depositário, sendo constante e leal aos seus valores, permanecendo, portanto, do mesmo lado. Esse mesmo paralelismo se repete na descrição do corpo marcado: as duas fórmulas remetem ao suplício impingido pelo arbítrio do poder estatal. Desse modo, trazer à existência o Reino dos Céus ou construir uma sociedade igualitária e sem exploração requer o enfrentamento do *status quo* dos poderes constituídos, com todo seu ímpeto e violência.

No segundo quadro, selecionamos cinco SD para indicar a subjetivação de Dilma Rousseff na posição-sujeito Presidente da República. A atuação na esfera do Poder Executivo Federal apresenta-se como uma atualização de sua militância, “provando que, assim como o homem, a mulher pode combater e conquistar reconhecimento e respeito no espaço político” (FONSECA-SILVA, 2012, p. 197).

34 Segunda Epístola de Paulo a Timóteo, capítulo 4, versículo 7 (ALMEIDA, 2011, p. 1295).

35 Epístola de Paulo aos Gálatas, capítulo 6, versículo 17 (ALMEIDA, 2011, p. 1267).

Quadro 2 - Correlação entre posição-sujeito Presidente da República e sequências discursivas

POSIÇÃO-SUJEITO	SEQUÊNCIAS DISCURSIVAS (SD)
Presidente da República	<p>[SD 4] No dia 1º de janeiro de 2015 assumi meu segundo mandato à Presidência da República Federativa do Brasil. Fui eleita por mais de 54 milhões de votos (BRASIL, 2016, p. 1).</p> <p>[SD 5] Na minha posse, assumi o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, bem como o de observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil (BRASIL, 2016, p. 1).</p> <p>[SD 6] Ao exercer a Presidência da República respeitei fielmente o compromisso que assumi perante a nação e aos que me elegeram (BRASIL, 2016, p. 1).</p> <p>[SD 7] [...] um governo legítimo, escolhido em eleição direta com a participação de 110 milhões de brasileiros e brasileira. O governo de uma mulher que ousou ganhar duas eleições presidenciais consecutivas (BRASIL, 2016, p. 6).</p> <p>[SD 8] Fui eleita presidenta por 54 milhões e meio de votos para cumprir um programa cuja síntese está gravada nas palavras “nenhum direito a menos” (BRASIL, 2016, p. 7).</p>

Fonte: Elaborado pelos autores

As SD de 4 a 9, reproduzidas no Quadro 2, reforçam a ideia de que, a eleição e o voto são características proeminentes nas democracias representativas. A Presidência da República é uma posição que, para ser ocupada, exige a satisfação de determinados critérios, denominados condições de elegibilidade, conforme especificados nos artigos 12 e 14 da Constituição Federal de 1988. São requisitos para os postulantes desse cargo: a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária, a idade mínima de 35 anos, não ser inalistável nem analfabeto e não ser inelegível nos termos do art. 14, § 7º (BRASIL, 2018, p. 14-15).

Assim, quando diz “assumi meu mandato”, “fui eleita” e “exerci a Presidência da República”, fica implícita a observância de todas essas condições e, conseqüentemente, sua investidura legítima no cargo. Além disso, o uso de termos diferentes nessas construções não altera o sentido do que está sendo enunciado, a saber, que Dilma Rousseff chegou ao posto de Chefe do Executivo Federal por decisão da maioria dos eleitores, numa disputa democrática com outros candidatos. Pode-se identificar aí o funcionamento de um processo parafrástico, na medida em que ocorre a produção de formulações distintas do mesmo dizer estabilizado, produzindo a variedade do mesmo (ORLANDI, 2009, p. 36-37).

Especificamente na SD 5, percebe-se o interdiscurso exprimindo-se como pré-construído, tendo em vista que fornece ao sujeito os elementos necessários para se constituir em sujeito-falante, que acredita ser origem do que diz, mesmo que esteja retomando sentidos pré-existentes (PÊCHEUX, 1995, p. 167; ORLANDI, 2009, p. 35). Nesse sentido, os termos utilizados nessa SD para descrever o compromisso que assumiu na cerimônia de posse repetem o juramento solene prescrito pelo art. 78, da Constituição Federal, que foi igualmente proferido por todos os Presidentes e Vice-Presidentes da República que lhe antecederam.

Segundo Orlandi (2009, p. 36), para pensar a linguagem discursivamente é preciso lidar com a dificuldade de estabelecer limites estreitos entre o mesmo e o diferente. O mesmo é identificado nos processos parafrásticos, como atividade de reformulação, conforme discutido acima. O diferente, por seu turno, é reconhecido nos processos polisêmicos, trabalhando com o equívoco e caracterizando-se pela emergência do diferente (FONSECA-SILVA, 2012, p. 194; ORLANDI, 2009, p. 36). Nesse sentido, o dizer é incessantemente trabalhado por esses dois processos, de modo que “todo discurso se faz nessa tensão: entre o mesmo e o diferente” (ORLANDI, 2009, p. 36). Na SD 8 o diferente manifesta-se na flexão de gênero realizada no substantivo *presidente*. Dilma assevera: “fui eleita presidenta”. As divergências desencadeadas entre os gramáticos sobre se é correto ou não substituir o sufixo *ente* pelo sufixo *enta* para indicar a forma feminina do substantivo em questão só tiveram relevância porque um fato inédito ocorreu:

uma mulher conquistou, por duas vezes, a Presidência da República, tornando-se a primeira *presidenta* do Brasil. Daí a necessidade de marcar na língua esse acontecimento.

Partindo das SD transcritas no terceiro quadro, descrevemos e analisamos em que termos Dilma Rousseff se subjetiva na posição-sujeito réu, para dar seguimento e ressignificar sua militância política.

Quadro 3 - Correlação entre posição-sujeito Réu e sequências discursivas

POSIÇÃO-SUJEITO	SEQUÊNCIAS DISCURSIVAS (SD)
Réu (Impeachment)	[SD 9] Nesta jornada para me defender do impeachment me aproximei mais do povo [...] (BRASIL, 2016, p. 1). [SD 10] Não luto pelo meu mandato por vaidade ou por apego ao poder [...]. Luto pela democracia, pela verdade e pela justiça. Luto pelo povo do meu País, pelo seu bem-estar (BRASIL, 2016, p. 3-4). [SD 11] Sei que, em breve [...] serei julgada. [...] Venho pessoalmente à presença dos que me julgarão [...] para olhar nos olhos de Vossas Excelências, e dizer, com a serenidade dos que nada tem a esconder que não cometi nenhum crime de responsabilidade. Não cometi os crimes dos quais sou acusada injusta e arbitrariamente (BRASIL, 2016, p. 4)

Fonte: Elaborado pelos autores

Na linguagem do Direito Processual, réu é a parte que ocupa o polo passivo da relação jurídica processual; é aquele em face de quem uma ação é proposta. Essa definição pode sugerir que ao réu está reservado o papel de espectador no processo, principalmente quando se considera que a produção de provas, em regra, é um ônus que deve ser assumido pela acusação (ACQUAVIVA, 2008, p. 748; AVENA, 2018). Além disso, a palavra réu pode funcionar como adjetivo, significando o mesmo que culpado, responsável (XIMENES, 2000, p. 820).

As SD do Quadro 3 apontam para outro funcionamento desse lugar. Subjetivar-se nessa posição é exercer o contraditório e a ampla defesa, negando a prática de crime de responsabilidade e qua-

lificando a acusação como injusta e arbitrária. Na SD 11, Dilma reconhece que será julgada e decide comparecer à sessão que deliberaria sobre seu *impeachment*, mesmo que o rito e os procedimentos que norteiam esse processo a eximissem de prestar depoimento pessoal, e mesmo tendo defesa técnica para representá-la, exercida pelo Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardozo. Quando Dilma diz: “Venho pessoalmente [...] olhar nos olhos de Vossas Excelências [...]”, dois sentidos principais podem ser identificados nessa afirmação, ambos resultando de processos parafrásticos. O primeiro sentido evoca a ideia de alguém que age com transparência, que não teme ser arguido porque nada esconde. É uma outra forma de dizer, atualizando o adágio, que “Os olhos são a janela da alma”. O segundo sentido remete à noção de encarar, de afrontar com coragem a injustiça e o arbítrio. Esse segundo sentido é reforçado pelas expressões contidas nas demais SD reproduzidas no Quadro 3, ao considerar a defesa no processo como uma jornada ou como uma luta que visa resguardar o mandato, a democracia, a verdade, a justiça e o bem-estar do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, conclui-se que as três posições de sujeito – *Militante*, *Presidente da República* e *Réu* – são ocupadas por alguém que resiste e luta: pelo restabelecimento da democracia, a que se opõe o estado de exceção; pela manutenção da democracia, ao defender o mandato sufragado pela maioria dos eleitores; pelo Estado Democrático de Direito, ao postular que é injusto subverter o devido processo legal e condenar uma inocente. Implica dizer que a possibilidade de seguir exercendo sua militância política é condição para que ocupe esses lugares.

A ex-Presidente Dilma Rousseff subjetiva-se nessas posições como forma de recusar-se a ocupar uma outra posição-sujeito para a qual estava sendo convocada no processo de *Impeachment*, qual seja, a de *Responsável/Culpada*. Pois como ela mesma disse: “Não esperem de mim o obsequioso silêncio dos covardes” (BRASIL, 2016, p. 3).

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Claudio. Dicionário jurídico Acquaviva. São Paulo: Rideel, 2008.
- ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia Sagrada**. Edição corrigida e revisada. Fiel ao texto original. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2011.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BERKHOF, Louis. **Teologia sistemática**. Campinas: Luz para o caminho, 1990.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. Brasília: Edições Câmara, 1988.
- _____. Senado Federal como Órgão Judiciário. Processo de impeachment da senhora Presidenta da República Dilma Vana Rousseff. Volume 73. **Discurso de defesa de Dilma no Plenário**. (2016). Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/29/veja-a-integra-do-discurso>>. Acesso em: mar. 2020.
- CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2018.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- FONSECA-SILVA, Maria da Conceição. **Poder-saber-ética nos discursos do cuidado de si e da sexualidade**. Vitória da Conquista: Edições UESB, 2007.
- _____. Materialidades Discursivas: A fronteira ausente (*Matérialités Discursives: La frontiere absente*). **Estudos da Língua(gem)**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 91-98, nov. 2009. ISSN 1982-0534. Disponível em: <<http://www.estudosdalinguagem.org/index.php/estudosdalinguagem/article/view/13/19>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Memória, mulher e política: do governo das capitânias à presidência da república, rompendo barreiras. In TASSO, I.; NAVARRO, P., orgs. **Produção de identidades e processo de subjetivação em práticas discursivas** [online]. Maringá: Eduem, 2012. Pp. 183-208. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/hzj5q/pdf/tasso-9788576285830-09.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEMÓRIA DA DITADURA. **Biografias da resistência: Dilma Rousseff**. [S.I.] [2016?]. Disponível em: <<http://memoriasdadtadadura.org.br/biografias-da-resistencia/dilma-rousseff/>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NÁPOLI, Edem. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORLANDI, Eni Pucinelli. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **O justo: justiça, verdade e outros estudos**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. v. 2.

SOUZA, Nelson Rosário de. A esquerda militante: entre o engajamento pastoral e os revides locais. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 12, p. 131-146, June 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_ar

tttext&pid=S0104-44781999000100008&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 20 Mar. 2020.

STURZ, Richard J. **Teologia sistemática**. São Paulo: Vida Nova, 2012.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2000.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: UM ESTUDO SOBRE A ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA NO PREÇO DE PRODUTOS PARA PROTEÇÃO, HIGIENE E ASSEPSIA

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a predominância de uma lógica codificadora do Direito sempre se apresentou de maneira muito forte, assim como também fora experienciado em diversos outros países do mundo que apostaram na confecção de diplomas jurídicos monotemáticos. O nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC), por outro caminho, foi constituído sob a proposta diferenciada de ser um verdadeiro microssistema legislativo que rompe [em grande medida] com essa lógica anterior. Tal afirmação encontra justificativa na perceptível preocupação de seus dispositivos em promover o diálogo com outros campos do saber jurídico, a exemplo do direito processual, da proteção de crianças, pessoas com deficiência (PcD) e do meio ambiente. Nesse sentido, é bem verdade que estamos diante de um microssistema que comporta diversas normas principiológicas [que possuem relação com valores-fim a serem alcançados] e nos permite perceber o direito do consumidor enquanto

sendo o conjunto de normas jurídicas [princípios e regras] destinados à proteção do consumidor em várias esferas de sua vida, a partir da sua integração com outros microssistemas legislativos e sobretudo com a nossa lei maior, a Constituição Federal.

No entanto, ao passo em que completa os seus 30 anos de existência [1990-2020], o CDC sofre com a necessidade imperiosa de garantir ainda mais efetividade no seu cumprimento ante à pandemia do novo coronavírus que toma conta não apenas do Brasil, mas do mundo. As consequências da COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, criaram um alerta mundial em saúde pública em razão das dimensões alcançadas até o momento, de acordo com informações oficiais de órgãos como a Organização Mundial da Saúde (OMS) e outras entidades de saúde nacionais e locais.

Diante da emergência desse cenário, o objetivo geral desta investigação consiste em refletir sobre a prática abusiva de elevação arbitrária no preço de produtos para proteção, higiene e assepsia durante esse cenário de pandemia no Brasil, reforçando a necessidade de se garantir a efetividade na proteção do consumidor contra violações [ainda mais comuns] em tempos de COVID-19.

Quanto ao *corpus* metodológico adotado na construção desta investigação, utilizaremos a taxionomia proposta por Vergara (2016), que divide a pesquisa quanto aos fins a que se destina e quanto aos meios empreendidos na investigação. Assim sendo, quanto aos fins temos uma pesquisa descritiva de caráter qualitativo e explicativa. Quanto aos meios, uma pesquisa bibliográfica. Por sua vez, quanto ao tipo de método de abordagem, esta possui caráter dedutivo, comparativo e estatístico, a partir da utilização de uma amostragem não-probabilística por acessibilidade, abrangendo cidades de todas as regiões do país nas quais foram disponibilizadas informações sobre os preços dos produtos escolhidos: álcool em gel 70% [500ml] e máscaras descartáveis do tipo cirúrgicas [caixa com 50 unidades].

Por fim, para este primeiro momento, em que pese já existam outros estudos que tratam sobre as práticas abusivas previstas no rol exemplificativo do art. 39 do CDC, esta abordagem demonstra-se pertinente por oferecer uma correlação prática com o atual cenário de pandemia ocasionada pela COVID-19, utilizando dados empíricos

coletados através de pesquisas divulgadas pelos PROCONs [estaduais e municipais] e informações disponibilizadas por jornais locais, abrangendo todas as regiões do país. Outrossim, espera-se criar possibilidades de reflexão sobre a atual sistemática de proteção ao consumidor e oferecer contribuições teóricas que possam somar ao estudo do tema das práticas abusivas.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ALGUNS PRINCÍPIOS FUNDANTES DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

Em termos gerais, é possível conceber que um sistema jurídico se compõe por um conjunto de normas [gênero] que, por sua vez, podem dividir-se em duas espécies: regras e princípios. O nosso enfoque, nesta seção, estará direcionado aos princípios, ou seja, aos fundamentos que indicam caminhos a serem seguidos e refletem valores de uma determinada sociedade em um determinado espaço temporal. Tais fundamentos, conforme dito, possuem *status* de norma jurídica e impactam de maneira bastante expressiva no direito do consumidor. Na perspectiva de Reale (2002, p. 217) “Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas [...]”.

Dito por outras palavras, os princípios:

[...] são normas reconhecidas pela doutrina majoritária como sendo normas abertas, de textura imprecisa quanto à sua incidência direta e concreta, presentes na Constituição, e que se aplicam, como diretrizes de compreensão, às demais normas constitucionais. (TAVARES, 2020, p. 284).

Quanto às relações específicas de consumo, elucidada Nunes (2018, p. 78) que:

É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. Além disso, os

vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames.

Nesse sentido, estando em perfeita harmonia com os valores constitucionais, é importante que se esclareça que os princípios do direito consumerista tratados a seguir representam apenas alguns dentro do amplo espectro de proteção conferido ao consumidor e foram selecionados por um critério que visa atender as necessidades que julgamos essenciais na contextualização de nossa jornada investigativa.

2.1 Princípio da vulnerabilidade do consumidor (CDC, art. 4º, I)

A vulnerabilidade constitui fundamento central do direito do consumidor, tendo em vista tratar-se de presunção absoluta – *jure et de jure* – que atinge diretamente ao consumidor (art. 4º, I, CDC) e orienta a aplicação das normas consumeristas. Em outras palavras, a vulnerabilidade constitui um princípio básico que visa atenuar as assimetrias existentes em uma relação jurídica de consumo, constituindo verdadeira essência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se destina à proteção da parte mais fraca na relação de direito material, qual seja: o consumidor, assim como indica sua própria nomenclatura.

Usualmente, sempre que tratamos algo por vulnerável imediatamente costumamos atribuir-lhe como característica preponderante uma certa fragilidade, como tudo aquilo que é passível de ser atingido, afetado ou mesmo ferido em decorrência de sua debilidade. Assim, ao direcionarmos a vulnerabilidade ao consumidor enquanto caractere indissociável de sua condição, utilizamo-nos da mesma lógica. Desse modo, nas palavras de Miragem (2016, p. 128) “A existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor.” De maneira idêntica também tem se posicionado o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de ratificar que “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo

[...]” (STJ, REsp nº 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/3/2009).

No entanto, é importante que façamos a diferenciação entre a já trazida noção de vulnerabilidade [ênfase desta seção] e aquilo que se entende por hipossuficiência, para que não se corra o risco de cair em certa confusão conceitual bastante comum. Esta última categoria se trata de presunção relativa, cujas alegações do consumidor sempre deverão ser verificadas no caso concreto pelo Juiz, a partir de dois caminhos possíveis: 1) o uso de sua discricionariedade ou; 2) a utilização de critérios objetivos para tão simplesmente preencher de significado conceitos indeterminados.

De tal sorte, conforme esclarece Braga Netto (2016, p. 59-60):

A hipossuficiência deve ser aferida pelo juiz no caso concreto e, se existente, poderá fundamentar a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). [...] A hipossuficiência diz respeito, nessa perspectiva, ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material. [...] Assim, nem todo consumidor é hipossuficiente, embora todos sejam vulneráveis.

Outrossim, há que se ressaltar que a proteção ao consumidor de que trata o Código de Defesa do Consumidor (CDC) encontra seu fundamento maior no princípio da dignidade humana, valor-fonte inerente à condição humana em suas dimensões interna e externa, incorporado e presente em nosso ordenamento por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Em sendo assim, também “[...] pode-se dizer que a vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto*, em regra. O elemento pressuposto é a condição de consumidor.” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 49).

Finalmente, note-se que conforme compreensão proposta por Marques (2011), a vulnerabilidade pode ser melhor compreendida sob o esteio de quatro perspectivas, são elas: fática, técnica, jurídica [ou científica] e informacional, conforme veremos naquilo que concerne especificamente ao consumidor pessoa natural, não profissional.

A vulnerabilidade fática constitui categoria de maior amplitude, abarcando situações específicas de reconhecimento da fragilidade do

consumidor, como nos casos de sua condição de criança, idoso, etc., e também situações concretas a exemplo do reconhecimento fático das disparidades econômicas entre fornecedor e consumidor, fazendo deste último vulnerável.

A vulnerabilidade jurídica ou científica consiste, de forma sintética, na ausência de conhecimentos, por parte do consumidor, sobre as implicações jurídicas [direitos e deveres] oriundas das relações de consumo nas quais está inserido e dos contratos por ele celebrados. Nesta categoria também se destacam, por exemplo, o conhecimento das consequências/repercussões patrimoniais oriundas das relações contratuais estabelecidas pelo consumidor, a partir do auxílio de conhecimentos econômicos, contábeis, matemáticos, etc.

A vulnerabilidade técnica, como sugere o nome, diz respeito à ausência conhecimento técnico-científico do consumidor para com informações, procedimentos ou características inerentes ao serviço ou produto que contratou ou adquiriu dentro de uma relação de consumo. Portanto, não se pode exigir do consumidor o domínio de tais conhecimentos técnicos especializados que, em regra, são detidos pelo fornecedor de um determinado produto ou serviço.

A vulnerabilidade informacional, por sua vez, é uma característica marcante da contemporaneidade, ou seja, de uma sociedade em que a informação se apresenta ao consumidor de maneira cada dia mais dinâmica, tornando este um alvo mais fácil das publicidades enganosas, abusivas e das estratégias de marketing predatórias, nas quais não se pode constatar a veracidade de seu conteúdo de forma facilitada.

2.2 Princípio da transparência (CDC, art. 4º, caput)

A transparência certamente é um dos princípios amplamente abraçados pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão de sua essencialidade na atenuação das assimetrias presentes nas relações de consumo. Por esse motivo, agir com transparência é conduta que se impõe numa relação entre fornecedor e consumidor, com o fim precípuo de cultivar a boa-fé recíproca e evitar condutas repletas de intenções obscuras, sorrateiras e desleais entre as partes envolvidas, preservando a sua incolumidade em todas as fases da relação contratual.

Seguramente podemos dizer que o princípio da transparência possui diversos desdobramentos concretos, sendo a informação um deles. A esse propósito, importa mencionar a posição reiterada do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de se reconhecer que “O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.” (STJ, REsp nº 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/3/2009).

Em sendo assim, é evidente que “A transparência veda, entre outras condutas, que o fornecedor se valha de cláusulas dúbias ou contraditórias para excluir direitos do consumidor.” (BRAGA NETTO, 2016, p. 62). Ademais, conforme complementam Tartuce e Neves (2018, p. 55), “A informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável.” Outrossim, é de se esperar que as informações direcionadas ao consumidor, sempre que houver necessidade de detalhamento, possam ser compreendidas sem a necessidade de conhecimentos especializados para tanto. É uma questão de respeito e educação informacional.

Em outro julgado no qual houve enfrentamento do tema, posicionou-se o STJ:

Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. (STJ, REsp nº 1.144.840/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11/4/2012).

Por isso mesmo, a transparência é dever imposto pelo CDC aos contratos de adesão, modalidade em que não é possível ao consumidor a discussão ou modificação substancial de seu conteúdo, marcada pelo

estabelecimento unilateral de suas cláusulas, pelo fornecedor. Sobre isso, basta observar o comando do art. 54, § 4º:

Art. 54. [...] § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
(BRASIL, 2020, grifo nosso).

Portanto, convém reforçar que a transparência implica no agir de forma responsiva na oferta de informações ao consumidor, que devem ser sempre claras e pautadas na veracidade daquele produto ou serviço que ora é oferecido. Consiste, dessa forma, em verdadeiro compromisso com critérios éticos e jurídicos a serem observados nas relações de consumo.

2.3 Princípio da informação (CDC, art. 6º, III)

Desde os tempos antigos, a concepção de ser humano tem sido constantemente (re)construída em torno da ideia de que somos “seres sociais”, ou seja, dotados da capacidade de socializar através da palavra. Conforme essa tese, defendida por Aristóteles (385–322 a.C) ainda na Grécia Antiga, a capacidade humana de informar [pois aquele que informa também transmite] seus pensamentos e possibilitar a compreensão de seus pares consistia na grande diferenciação do homem em relação aos outros animais. Em sendo assim, não é de todo exagero dizer que a informação constitui verdadeiro pressuposto de existência da sociedade, uma vez que a transmissão de conteúdos tem sido peça cada vez mais presente na engrenagem social contemporânea. Fundamental também no sistema de consumo, o CDC estabelece em seu espectro protetor a informação clara e adequada enquanto direito básico do consumidor.

Observe-se:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, caracterís-

ticas, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 2020).

Em igual sentido, ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo, o CDC visa contribuir com o respeito à dignidade e qualidade de vida [entre outros aspectos] dos consumidores. Para tanto, expõe em seu art. 4º, **IV** o princípio de que se deve investir em “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo” (BRASIL, 2020). Educação e informação, a propósito, devem caminhar sempre lado a lado nas relações de consumo, uma vez que “Informação falha ou defeituosa gera responsabilidade. A omissão de informação pode caracterizar publicidade enganosa. É dever do fornecedor fazer chegar ao consumidor, de forma simples e acessível, as informações relevantes relativas ao produto ou serviço.” (BRAGA NETTO, 2016, p. 63). Tal imposição é, antes de mais nada, uma questão pedagógica para a construção de relações de consumo conscientes em direitos e obrigações.

Mais uma vez, há que se reforçar a existência de verdadeira relação indissociável entre informação e transparência, ao menos é como deve ser. Essa afirmação justifica-se pelo simples fato de que não basta ao consumidor uma informação que lhe seja fornecida de maneira arbitrária, seletiva ou incompleta, nem tampouco há qualquer condição de agir de forma transparente quando se deixa de informar de maneira clara, precisa, verídica e acessível o consumidor de um determinado produto ou serviço.

Nesse sentido, constantemente tem caminhado o STJ na sedimentação do entendimento que “Além de claras e precisas, as informações prestadas pelo fornecedor devem conter as advertências necessárias para alertar o consumidor a respeito dos riscos que, eventualmente, podem frustrar a utilização do serviço contratado” (STJ, REsp nº 988.595/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 09/12/2009). Ainda no mesmo julgado, temos que:

Para além de constituir direito básico do consumidor, a correta prestação de informações revela-se, ainda, consectário da lealdade inerente à boa-fé objetiva e constitui ponto de partida

a partir do qual é possível determinar a perfeita coincidência entre o serviço oferecido e o efetivamente prestado. (STJ, REsp nº 988.595/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 09/12/2009).

Oportunamente, importa destacar que vivemos em tempos bastante distintos daqueles sob os quais fora constituído o espectro protetivo do CDC [promulgado em 1990], não podendo deixar de explicitar a necessidade de algumas adequações aos tempos atuais. Os impactos da globalização e sobretudo da internet, por exemplo, reinventaram os modos a partir dos quais consumidor e fornecedor se relacionam e demandam/ofertam produtos e/ou serviços. Assim, com a facilitação no acesso informacional, vivemos em tempos de verdadeira hiperinformação, ou seja, de extrema facilitação no exercício do direito à informação, que abrange o direito de ser informado, de informar e de se informar. No entanto, outra característica inerente aos tempos de hiperinformação consiste no bombardeio de informações dúbias, cuja veracidade das fontes é questionável e que terminam por não necessariamente refletir em critérios qualitativos que lhes garanta utilidade e completude ao consumidor.

Por fim, passaremos a ver de maneira mais específica, desse momento em diante, como a reafirmação dos princípios protetivos do direito do consumidor [especialmente estes ora expostos] constituem medida extremamente necessária em tempos de pandemia que desafiam a efetividade do CDC e a própria noção de civilidade humana.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E OS GRUPOS VULNERÁVEIS À COVID-19

Em linhas gerais, as informações oficiais divulgadas pelos veículos de comunicação nos dão conta de que a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu, em dezembro de 2019, um alerta decorrente de vários casos de pneumonia registrados na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China. Em sendo assim, os órgãos de saúde do governo chinês identificaram tratar-se de uma nova tipologia de coronavírus [uma grande família de vírus] que ainda não havia sido identificada an-

teriormente em seres humanos. Portanto, a partir de fevereiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) passou a denominar oficialmente a doença causada por esse novo coronavírus de COVID-19, considerando que a sigla COVID significa *corona virus disease* [ou doença do coronavírus, em tradução livre], enquanto o número “19” indica o ano de descoberta da doença através dos primeiros casos notificados em seres humanos, registrados em Wuhan, na China, no ano de 2019.

Segundo informações fornecidas pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), é possível constatar que “Os coronavírus causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais. Geralmente, são doenças respiratórias leves a moderadas, semelhantes a um resfriado comum.” (FIOCRUZ, 2020). Desse modo, ao todo, são conhecidos sete tipos de coronavírus humanos, dentre os quais destacam-se o SARS-COV [causador da síndrome respiratória aguda grave], o MERS-COV [causador da síndrome respiratória do Oriente Médio] e o mais recentemente descoberto SARS-CoV-2 [vírus causador da COVID-19].

Por outro lado, as consequências da doença causada pelo novo coronavírus tem alcançado dimensões de alerta mundial em saúde pública, conforme constata a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), órgão diretamente vinculado à OMS.

Assim,

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional [...]. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. (OPAS, 2020).

O que significa, no entanto, uma situação de pandemia? Vejamos bem:

O termo é usado para descrever situações em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro. As pandemias acontecem, em geral, quando há um vírus novo capaz de infectar seres humanos com facilidade

e de ser transmitido de uma pessoa a outra de forma eficiente e continuada. (BBC, 2020).

Ainda de acordo com a descrição adotada pela OMS, configura-se uma pandemia quando temos um agente patogênico que está se espalhando entre seres humanos em uma série de países, simultaneamente. Dessa maneira, o conceito de pandemia se relaciona à extensão geográfica dos surtos da doença. No caso da COVID-19, os surtos ocorrem em diversos países e regiões do mundo ao mesmo tempo. Segundo dados oficiais, divulgados e atualizados pela OPAS (2020), foram confirmados no mundo 1.436.198 casos de COVID-19 [82.837 novos em relação ao dia anterior] e 85.522 mortes [6.287 novas em relação ao dia anterior] até 9 de abril de 2020.

Em meio a toda essa situação mundial, a OMS tem trabalhado em conjunto com autoridades chinesas e especialistas em saúde de todo o mundo para descobrir mais informações sobre o novo coronavírus, de maneira a identificar de que maneira ele afeta as pessoas e quais as formas mais adequadas de prevenção e tratamento das pessoas expostas ao vírus. Dentre as informações já obtidas, importa ressaltar a existência de determinadas faixas da população mais suscetíveis à doença causada pelo novo coronavírus, constituindo os chamados “grupos de risco”, dentre os quais se destacam até o momento: a) idosos; b) diabéticos; c) hipertensos; d) pessoas que possuem doenças cardiovasculares; e) pessoas que possuem doenças respiratórias crônicas e; f) pessoas que possuem insuficiência renal crônica.

Outrossim, para que se tenha um panorama das principais medidas de proteção ao contágio e transmissão da COVID-19, se destacam [dentre outras orientações/cuidados] atitudes como lavar frequentemente as mãos com água e sabão ou higienizador à base de álcool, para matar vírus que podem estar nas suas mãos; evitar tocar nos olhos, nariz e boca, visto que as mãos tocam muitas superfícies e podem ser infectadas por vírus e; certificar-se de que você e as pessoas ao seu redor seguem uma boa higiene respiratória. (OPAS, 2020).

Por esse motivo, considerando todo o conhecimento acumulado até então sobre o novo coronavírus e a doença por ela causada, resta evidente que as principais precauções a serem tomadas passam obrigatoriamente

pela adoção de medidas individuais de higiene e etiqueta respiratória e corporal, sobretudo das regiões propensas a um maior contato com superfícies diversas [nossas mãos, por exemplo] e que facilmente podem levar o vírus até pontos de entrada no rosto, como olhos, boca e nariz. Essa atenção deve ser redobrada no caso dos grupos considerados “de risco”, ou seja, aqueles que possuem fragilidades no sistema imunológico ou alguma das condições já ditas – fatores decisivos no eventual contágio por intermédio de integrantes de outros grupos e faixas etárias.

Finalmente, há que se pontuar o repentino e excessivo aumento nas buscas por produtos que possibilitem a adequada proteção, higiene e assepsia corporal [primariamente], a exemplo do álcool gel 70%, máscaras e luvas [em sua maioria descartáveis], com uma procura subsidiária por produtos utilizados na higienização de roupas e superfícies em geral. Portanto, nessa circunstância, é bem verdade que o consumidor que integra algum “grupo de risco” – temente por sua saúde – possui uma maior propensão a ser alvo de práticas abusivas por parte dos fornecedores de produtos com alta demanda no mercado de consumo, conforme passaremos a expor.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS EM UM CENÁRIO DE PANDEMIA: A ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA NO PREÇO DE PRODUTOS PARA PROTEÇÃO, HIGIENE E ASSEPSIA (CDC, Art. 39, V, X)

As práticas abusivas representam comportamentos desleais, por parte dos fornecedores, que objetivam se aproveitar das vulnerabilidades do consumidor impondo-lhe condições desfavoráveis e nocivas, seja em uma relação contratual ou não. Por consequência, tais condutas vão de encontro aos princípios norteadores da sistemática consumerista, desafiando a efetividade dos conteúdos que fundamentam a sua existência. Assim, as práticas abusivas estão previstas no rol exemplificativo do CDC, em seu art. 39, e expõem situações em que comumente ocorrem assimetrias entre os partícipes da relação de consumo.

Sobre isso, é bem verdade que,

A disciplina das práticas abusivas nas relações de consumo é definida a partir da enumeração de condutas negociais do for-

necedor que, no exercício de sua liberdade negocial, exerce sua posição na de modo a impor ao consumidor condições negociais desfavoráveis, em vista da violação da boa-fé ou dos usos e costumes. (MIRAGEM, 2016, p. 305-306).

No entanto, é pertinente perceber qual o papel da principiologia consumerista em se tratando das práticas abusivas. Para tanto, em análise da teoria desenvolvida por Karl Larenz, pontua Ávila (2016, p. 55-56) que este compreende os princípios enquanto “[...] normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.” Nesse caminho, podemos constatar de modo incontestado que as práticas abusivas representam uma cisão com quaisquer orientações destinadas à boa aplicação das normas de comportamento em âmbito consumerista.

Em resposta a isso, é imperioso ressaltar que a criação e manutenção dos órgãos responsáveis pela proteção e defesa do consumidor (PROCONs), em nível estadual e municipal, são importantes demonstrações da preocupação governamental [por intermédio de uma ação] com a finalidade de promover orientação e educação direcionadas ao consumidor, além de exercer sua função fiscalizadora no âmbito das relações de consumo. Em mesmo sentido, observa Filomeno (2018, p. 59):

Sua importância é evidente, no sentido da orientação dos consumidores, sua educação informal e outros serviços disponíveis, além de exercerem, por força do Decreto Federal nº 2.181/97, função fiscalizadora, quanto a eventuais violações de normas de caráter administrativo de defesa do consumidor [...]

Acontece que, por ocasião da pandemia da COVID-19, a atuação dos PROCONs tornou-se medida cada vez mais necessária ante aos excessos e abusos cometidos por vários fornecedores, no objetivo profícuo de ampliar situações em que seja possível legitimar sua dominância e afastar a busca por uma equivalência entre as partes en-

volvidas no mercado de consumo. A intencionalidade daqueles que se apoiam nas práticas abusivas é, pois, burlar as regras do jogo estabelecidas pelo microsistema consumerista, sempre nos ditames da Constituição Federal.

Ademais, por inteligência do rol [exemplificativo] de condutas abusivas vedadas ao fornecedor, duas estarão no centro dessa reflexão: exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (CDC, Art. 39, V) e; elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; (CDC, Art. 39, X).

Ora, as hipóteses descritas possuem verdadeira relação de interconexão uma vez que a elevação sem justa causa do preço de produtos e serviços consequentemente exigirá do consumidor uma vantagem manifestamente excessiva. Tanto é assim que a prática tem se mostrado bastante comum desde que o novo coronavírus atingiu dimensões de alerta mundial em saúde pública. A elevação arbitrária no preço de produtos para proteção, higiene e assepsia tem sido uma constante verificada em todas as regiões do Brasil. Entre os produtos mais procurados pelos consumidores estão o álcool em gel 70% e as máscaras tipo cirúrgicas [descartáveis], escolhidos para ilustrar neste estudo as práticas abusivas que desafiam a efetividade do conteúdo principiológico sob o qual se constitui o CDC.

Desse modo, para concretização deste levantamento não foi considerada uma marca específica para os produtos mencionados tampouco houve restrição a uma rede de farmácias específica. Esta investigação só foi possível a partir da utilização de uma amostragem não-probabilística por acessibilidade, abrangendo cidades de todas as regiões do país nas quais foram disponibilizadas informações suficientemente claras sobre os preços de comercialização dos produtos mencionados, no período anterior e posterior à declaração do estado de pandemia, conforme constatações feitas por alguns PROCONs e [sobretudo] por relatos de jornais locais.

Vejamos o comparativo no que se refere aos preços do álcool em gel 70%:

Tabela 1 – Comparativo de preços do álcool gel 70% (500ml)

REGIÃO	CIDADE	PREÇO		
		Janeiro/2020	Março/2020	Variação (%)
Centro-Oeste	Brasília (DF)	R\$10,00	R\$30,00	200,00%
Nordeste	Recife (PE)	R\$9,80	R\$40,00	308,15%
Norte	Palmas (TO)	R\$5,00	R\$15,00	200,00%
Sudeste	São Paulo (SP)	R\$18,00	R\$90,00	400,00%
Sul	Curitiba (PR)	R\$14,00	R\$25,00	78,57%

Fonte: Elaborada pelo autor com base em dados dos PROCONs Estaduais/Municipais e jornais locais.

Considerando a eficácia do álcool em gel 70% no processo de higienização das mãos, comprovado pelos órgãos de saúde, a aumento desenfreado na demanda pelo produto ocasionou uma variação média de 237,34% no preço do recipiente de 500ml, considerando os índices de variação de todas as regiões brasileiras, conforme a amostragem selecionada. A maior variação foi constatada em São Paulo (SP), região sudeste, com percentual de 400,00%; a menor, em Curitiba (PR), na região sul, com índices de 78,57%.

Quanto aos valores das máscaras do tipo cirúrgicas, temos uma situação que salta ainda mais aos olhos:

Tabela 2 – Comparativo de preços das máscaras tipo cirúrgica (cx. 50 und.)

REGIÃO	CIDADE	PREÇO		
		Janeiro/2020	Março/2020	Variação (%)
Centro-Oeste	Sorriso (MT)	R\$10,00	R\$50,00	400,00%
Nordeste	Fortaleza (CE)	R\$10,00	R\$180,00	1.700,00%
Norte	Belém (PA)	R\$0,60*	R\$30,00*	4.900,00%
Sudeste	Rio de Janeiro (RJ)	R\$4,40	R\$165,00	3.650,00%
Sul	Porto Alegre (RS)	R\$12,50	R\$195,00	1.460,00%

Fonte: Elaborada pelo autor com base em dados dos PROCONs Estaduais/Municipais e jornais locais.

* No caso de Belém (PA), os valores encontrados correspondem à venda unitária, em separado da caixa.

No caso das máscaras do tipo cirúrgica, houve uma variação média de 2.422,00% no preço da caixa com 50 (cinquenta) unidades, considerando a amostragem selecionada para abarcar todas as regiões do país. Em Belém (PA), região norte, a situação de abuso foi ainda mais flagrante, com a constatação de venda unitária das máscaras descartáveis do tipo cirúrgica por um preço que variou cerca de 4.900,00%, tirando proveito da escassez desse material e sendo a região com o maior índice de aumento. A menor variação foi encontrada na região centro-oeste, representada pela cidade de Sorriso (MT), com uma variação de 400,00%.

5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutimos ao longo desse estudo, a vulnerabilidade é presunção absoluta que atinge ao consumidor, parte sabidamente mais fraca de uma relação jurídica de consumo. Para enfrentar as assimetrias existentes nas relações consumidor-fornecedor, o microsistema consumerista se vale de uma amplitude de fundamentos principiológicos que refletem os valores sociais fundamentais em uma determinada época e visam nortear a atuação de todos os atores do Direito. Em sendo assim, merecendo especial proteção num momento que demanda uma maior fiscalização e acompanhamento dos órgãos de proteção e defesa, o consumidor brasileiro vê-se diante de práticas abusivas que [conforme aqui evidenciado] ocorrem de modo uniforme em todo o país e desafiam a efetividade dos princípios trazidos pelo CDC.

Nesse sentido, em que pese as inúmeras dificuldades encontradas no processo de coleta de informações suficientemente claras sobre os preços dos produtos escolhidos para ilustrar esta pesquisa, espera-se que os esforços aqui empreendidos possam abrir caminho para uma perspectiva ainda bastante subaproveitada, que é a investigação empírica aplicada ao Direito. Portanto, longe de qualquer pretensão de esgotar um tema tão rico em nuances, este trabalho se propõe a lançar mais uma luz sobre um cenário ainda frequente de práticas abusivas nas relações de consumo.

Por fim, para o momento, há que se pontuar aqui um fato que também salta aos olhos: os dados aqui informados foram coletados

[majoritariamente] com o auxílio da cobertura informativa de jornais locais, quando na verdade deveriam estar acessíveis ao público consumidor, papel exercido de forma bastante deficitária por PROCONs de todas as regiões do país, salvo raras exceções.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

BBC (Brasil). **Coronavírus: OMS declara pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 23 mar. 2020.

FIOCRUZ. **O que é o novo coronavírus?** 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/o-que-e-o-novo-coronavirus>. Acesso em: 24 mar. 2020.

G1 PA (Belém). **Procon apreende mais de 3 mil máscaras de proteção vendidas por preço abusivo em Belém**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2020/03/24/procon-apreende-mais-de-3-mil-mascaras-de-protacao-vendidas-por-preco-abusivo-em-belem.ghtml>. Acesso em: 07 abr. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

- OPAS. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:folha-informativa-novo-coronavirus-2019-ncov&Itemid=875. Acesso em: 09 abr. 2020.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MENA, Fernanda. **Em batalha por álcool em gel, consumidor enfrenta preços abusivos e mentiras**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/em-batalha-por-alcool-em-gel-consumidor-enfrenta-precos-abusivos-e-mentiras.shtml>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ARTIGOS – TEORIAS E PESQUISAS EMPÍRICAS

O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO EMPÍRICO DO *AMICUS CURIAE*, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS

Gabriella Viezzer Molina

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por intuito fazer um levantamento de todos os casos provenientes do Supremo Tribunal Federal (STF) dos últimos 10 anos (de 2008 até 2018), em que houve o pedido de intervenção de terceiros na condição de *amicus curiae* e analisá-los a fim de caracterizar, primeiramente, a natureza jurídica do *amicus curiae* para, em segundo lugar, enquadrar em direção a qual dos temas selecionados (econômico, social ou político) tal instituto processual mais tende.

Tal estudo objetivará a demonstração acerca da inclinação do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal diante de assuntos relevantes para a sociedade e para a verificação do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o procedimento de coleta de dados utilizou, como fonte primária material, o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, no qual foram selecionados todos os casos do lapso temporal entre 1/2008 e 12/2017, em que houve a verificação de existência de *amicus curiae* e a sua respectiva análise aprofundada sobre o tema em decisões

monocráticas. Além disso, houve a escolha por julgados provenientes de decisões monocráticas que tivessem, além do requerimento de ingresso de terceiros na condição de *amicus curiae*, a data de julgamento encampada no período de 1/2008 e 12/2017.

Como resultados foram identificados 1.023 processos em que se verificou a presença de *amicus curiae*. Desses, foram selecionados 262 julgados, os quais cumprem as duas diretrizes estabelecidas, quais sejam, data de julgamento dentro do lapso temporal de 1/2008 até 12/2017 e a existência, no teor do julgado, de justificativas plausíveis para a admissão do terceiro interveniente na condição de *amicus curiae*.

Sendo assim, a caracterização da natureza jurídica do *amicus curiae* utilizada pela prática judicial será feita a partir da análise de quem são os terceiros intervenientes requerentes, em conjunto com a investigação dos temas centrais tratados nos julgados, para, então, concluir qual é a tendência da utilização do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.

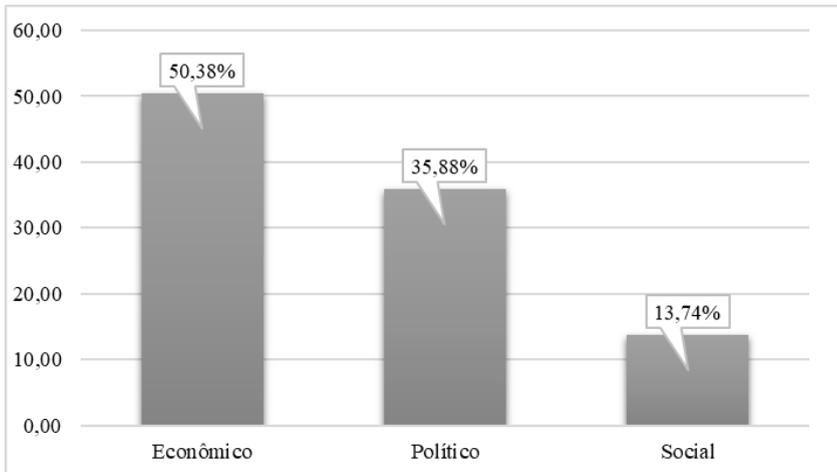
Com base nos dados obtidos, a predisposição do emprego do *amicus curiae* na realidade prática será classificada e enquadrada em um dos temas de delimitação escolhidos: questões políticas, econômicas ou sociais.

A título de exemplificação, a ADPF 186/DF foi categorizada no grupo de conteúdo social tanto pelo assunto abordado no julgamento, as cotas raciais na UnB, quanto em virtude das entidades e organizações acolhidas como *amicus curiae* na causa.

ESTUDO EMPÍRICO DO *AMICUS CURIAE* NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No universo dos 262 processos analisados, foram tidos 50,38% como pertencentes ao grupo de Econômicos, 35,88% ao grupo de Políticos e 13,74% ao grupo de Sociais (conforme o gráfico 1).

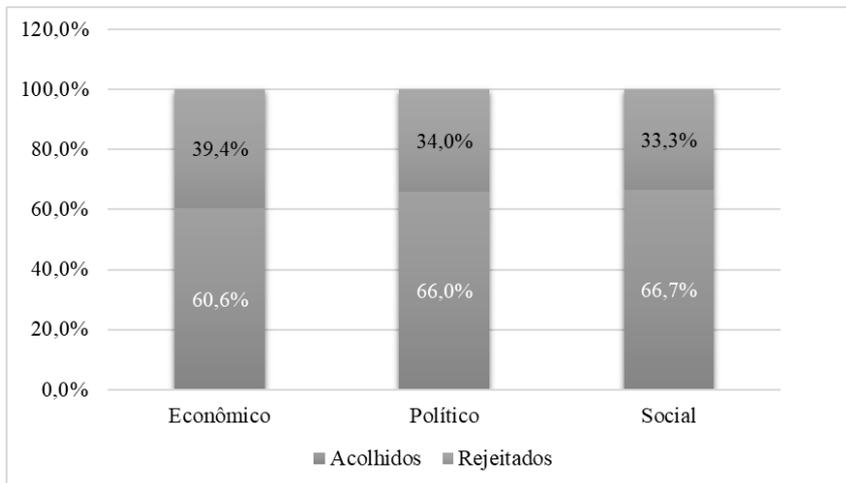
Gráfico 1 - Tendência do Amicus curiae



Fonte: A Autora (2020) a partir de dados do STF

Contudo, tal perspectiva da tendência do *amicus curiae* muda a partir da análise da predisposição do *amicus curiae* em conjunto com a questão de acolhimento e de rejeição dos pedidos feitos, conforme exposto no gráfico a seguir (gráfico 2):

Gráfico 2 - Participação do Amicus curiae



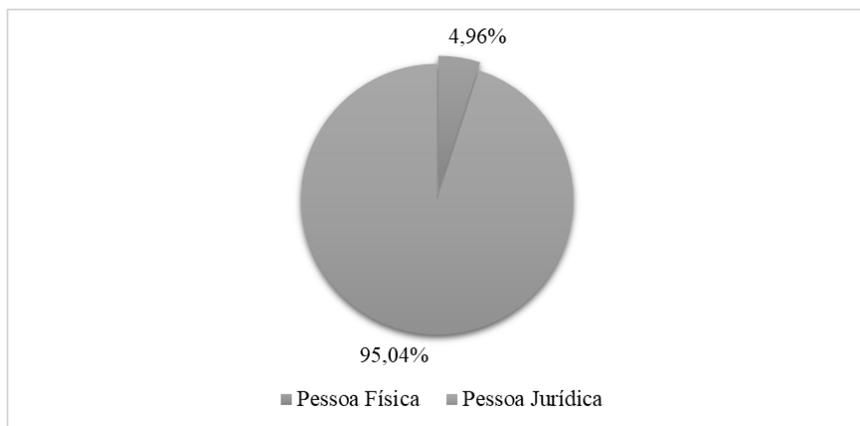
Fonte: A Autora (2020), a partir de dados do STF

Tais gráficos representam uma confirmação parcial da análise inicial dos dados obtidos, em relação à tendência preminentemente econômica do *amicus curiae* sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, como demonstrado no gráfico 2, mesmo o tema social sendo o de menor porcentagem, a taxa de acolhimento de pedidos de participação de terceiros intervenientes na condição de *amicus curiae* é, predominantemente, de caráter social. Por outro lado, não se pode descartar o fato de que o tema econômico é aquele que caracteriza a tendência do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal devido à quantidade de pedidos feitos de caráter econômico.

Outrossim, conforme demonstrado no diagrama a seguir (gráfico 3), as pessoas jurídicas são responsáveis por 95,04% das ações em que se figura a atuação do *amicus curiae*, enquanto as pessoas físicas representam apenas 4,96% da estatística.

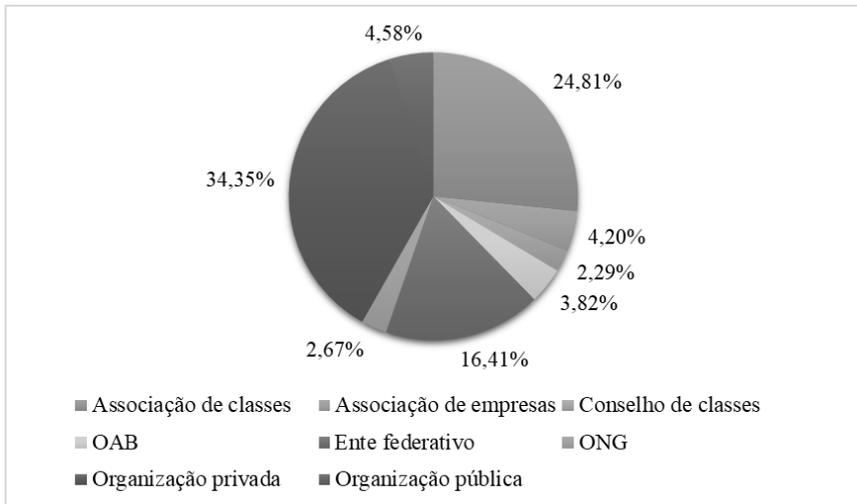
Gráfico 3 - Amicus curiae: pessoa física e pessoa jurídica



Fonte: A Autora (2020), a partir de dados do STF

Nos processos em que houve o requerimento de pedido formulado por pessoas jurídicas, de participação na condição de *amicus curiae*, encontra-se diversos atores distribuídos nas classes abaixo demonstradas (gráfico 4):

Gráfico 4 - Tipos de *Amicus curiae*



Fonte: A Autora (2020), a partir de dados do STF

DEFININDO O PERFIL DO AMICUS CURIAE JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Depois da análise dos julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal, em que houve a presença do *amicus curiae* dos últimos 10 anos, é possível a dedução acerca do rumo destinado ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Primeiramente, pelo diagnóstico das informações obtidas pelo Gráfico 1 anteriormente exposto, verificou-se que a maior participação de *amici curiae* se destina aos processos em que há discussões de questões de natureza econômica.

Contudo, conforme o Gráfico 2, proporcionalmente, o *amicus curiae* que possui predisposição ao tema social foi mais acolhido como terceiro interveniente, em comparação ao do tema econômico.

Ambos os gráficos, todavia, não podem ser analisados separadamente, uma vez há complementariedade entre os dois. Assim sendo, a partir da análise conjunta dos dois gráficos, infere-se que, numericamente, o *amicus curiae* tende para o tema econômico, mesmo que

o Gráfico 2 mostre um maior acolhimento aos *amici curiae* de âmbito social. Essa análise deve-se ao fato de existirem poucos casos do tema social em que houve participação de *amici curiae*, o que cria uma falsa informação.

Ante todo o exposto, depreende-se que o fim conferido ao Estado Democrático de Direito a partir da análise de perfil de participação do *amicus curiae* é voltado a questões econômicas. Tal constatação pode ser confirmada com os artigos 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, que mencionam formas de garantir e de impulsionar o Estado Democrático de Direito a partir da concretização dos objetivos constitucionais de transformação da realidade brasileira.

Todavia, com base na análise dos julgados, o objetivo exposto na Constituição ao Estado Democrático de Direito não condiz com a realidade. O *amicus curiae*, majoritariamente, não é utilizado para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, mas, sim, empregado para a defesa de interesses econômicos próprios de grandes empresas privadas, desvirtuando o objetivo final deste instituto jurídico de garantir a preservação e o melhoramento do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que o *amicus curiae* estaria atuando em defesa de um setor específico da sociedade, e não em prol dos melhores interesses da sociedade como um todo.

AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIA PÚBLICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A partir dos estudos empíricos realizados pelo levantamento de julgados do Supremo Tribunal Federal em que se constatou a presença de forma clara e debatida do *amicus curiae*, averiguou-se a necessidade de distinguir o *amicus curiae* e a audiência pública, tratada na realidade prática brasileira.

Ao examinar a forma como o controle de constitucionalidade concentrado se desenvolveu no Brasil, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal – como Tribunal Constitucional e garantidor da Constituição Federal – foi inserido em um contexto em que possui o dever de apreciar casos nos quais não apenas são abordadas questões relativas ao Direito, mas relacionadas a temas políticos, sociais e econômicos.

Diante disso, há a constatação de um problema: a tensão entre o Estado Democrático de Direito e a atuação do Supremo Tribunal Federal. Tal situação se deve ao fato de o Supremo Tribunal Federal ser encarregado de analisar questões relativas à sociedade e que suas decisões proferidas não são passíveis de recurso à instância superior. Dessa forma, há a instauração de uma situação de conflito que dispõe de soluções pelo uso dos instrumentos do *amicus curiae* e da audiência pública.

O *amicus curiae*, na realidade, não é aquele definido por Fredie Didier Jr. (2003, p. 33) como sendo um terceiro interveniente que auxilia a Corte a proferir decisão judicial mais justa ao fornecer informações úteis e relevantes para a questão. Mas, sim, conforme mencionado por Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 133), de se tratar de pessoa alheia ao processo que detém interesses em benefícios da sociedade.

Em outras palavras, o *amicus curiae* atua em prol da defesa de interesses da sociedade, que, por qualquer razão, não puderam ser manifestados ao longo do julgamento do processo. Dessa forma, há manifesta semelhança com a modalidade de assistência do gênero de intervenção de terceiros.

Tal perspectiva é confirmada por Cassio Scarpinella Bueno:

O *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um direito de alguém. Ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo. (BUENO, 2014).

Por outro lado, Oscar Valente Cardoso (2014, p. 18) afirma que a audiência pública se destina à convocação de especialistas que concedam informações e fatos importantes ao julgador do processo. Contudo, os *experts* somente podem fornecer dados e esclarecimentos que foram previamente delimitados pelo relator, conforme se verificar a partir da leitura do artigo 9º, *caput* e parágrafos 1º ao 3º, da Lei n. 9.868/1999.

Como é corroborado por Isabella Gontijo Teixeira:

Nas audiências públicas, com o intuito de esclarecer questões ou circunstâncias de fato [...], debatidas no âmbito do STF, são ouvidos especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, pessoas com experiência e autoridade na matéria submetida ao Tribunal (TEIXEIRA, 2018, *on-line*)

Sendo assim, em tese, os dois institutos jurídicos se confundem, pois ambos são apresentados pela doutrina como mecanismos processuais designados para proporcionar informações adicionais ao julgador, segundo defendido por Oscar Valente Cardoso (2014, p. 21).

Contudo, na teoria, o *amicus curiae* e a audiência pública comportam algumas diferenças, mesmo que não tão significativas, tais quais: a) a admissão do *amicus curiae* exige a comprovação de relevância da matéria em questão, já a audiência pública é convocada quando o assunto tratado ainda não estiver suficientemente esclarecido; b) a convocação de audiência pública depende de determinação do relator, ao passo que o *amicus curiae* pode ser admitido por pedido do próprio interveniente ou a pedido do julgador; c) o *amicus curiae* pode se manifestar livremente sobre qualquer assunto, enquanto, na audiência pública, os especialistas estão restritos a responder ou esclarecer as dúvidas levantadas, anteriormente.

Outrossim, também foi possível verificar outra distinção, presente tanto na teoria como na realidade prática: quem pode ser *amicus curiae* e quem pode participar como *expert* na audiência pública. Segundo Oscar Valente Cardoso (2014, p. 21)³⁶, as pessoas físicas não podem ingressar em ações do Supremo Tribunal Federal em razão de ausência de representatividade, bem como de legitimidade processual.

Tal posicionamento é confirmado pelo levantamento de julgados realizados no presente trabalho, o qual verificou que houve o indeferimento de todos os casos em que pessoas físicas requereram o ingresso na causa na condição de *amicus curiae*, sob a justificativa jurisprudencial de falta de legitimidade e de representatividade. Assim como observamos que, em razão de processos de controle de constitucionalidade

36 O autor reforça que “[...] o *amicus curiae* é uma pessoa jurídica, na averiguação de fatos são ouvidas apenas as pessoas naturais”. (CARDOSO, 2014, p. 21)

abstrato não serem destinados à defesa de direitos individuais, esses são revestidos, por efeito, de caráter objetivo. Isso é demonstrado por decisão da ADI 5730/DF, publicada em 04/10/2017, de relatoria do Ministro Celso de Mello³⁷.

Face ao que foi exposto, verifica-se que o *amicus curiae* e a audiência pública são dois institutos jurídicos que em tese desempenham a mesma função de auxiliares informativos da Corte, com apenas algumas distinções. Contudo, tais figuras divergem na realidade prática.

Os especialistas convocados para as audiências públicas cumprem o papel de auxiliares da Corte ao prestarem informações e esclarecimentos aos julgadores do Tribunal. Por outro lado, o *amicus curiae*,

37 Nesse sentido, podemos observar, na citação a seguir, a presença do caráter objetivo mencionado:

“Sabemos que entidades associativas que possuem representatividade adequada podem ingressar, formalmente, em sede de controle normativo abstrato, na condição de terceiros interessados, para efeito de participação e manifestação sobre a controvérsia constitucional suscitada [...].

[...] a intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma apropriada resolução do litígio constitucional.

É por tal razão (falta de representatividade adequada) que a jurisprudência desta Corte Suprema tem negado a pessoas físicas ou naturais a possibilidade de intervirem, na condição de “amicus curiae”, em sede de controle normativo abstrato [...].

Cumpra reafirmar, neste ponto, que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade não permite que, em seu âmbito, discutam-se situações individuais ou se examinem interesses concretos.

Cabe ter presente, por oportuno, que o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade – por revestir-se de caráter objetivo – destina-se a viabilizar “o julgamento não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese(...)”.

Vê-se, desse modo, que a qualificação do controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, como precedentemente enfatizado, à proteção “in abstracto” da ordem constitucional – impede, por isso mesmo, a apreciação de qualquer pleito que vise a resguardar interesses de expressão concreta e de caráter individual. Isso significa que, em face da natureza objetiva de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, nele não se discutem situações individuais (RTJ 170/801-802, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que inadmissível proceder à “defesa de direito subjetivo” (Min. CÉLIO BORJA, “in” ADI 647/DF – RTJ 140/36-42) em sede de controle normativo abstrato[...]. (DJe-227 DIVULG 03/10/2017 PUBLIC 04/10/2017).

em defesa do Estado Democrático de Direito, representa os interesses da sociedade em julgamentos no Supremo Tribunal Federal que impliquem em mudanças de direitos e garantias resguardados pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O presente artigo foi realizado a partir da pesquisa empírica e da análise de casos específicos do Supremo Tribunal Federal, o que possibilitou o alcance do objetivo almejado, ou seja, a revelação de perfil do instituto jurídico do *amicus curiae* no Direito brasileiro.

Após investigações bibliográficas e empíricas, contatou-se, primeiramente, que o *amicus curiae* empregado na prática judicial brasileira difere circunstancialmente do definido pela doutrina majoritária. Além disso, também se verificou a tendência empregada do *amicus curiae* pelo Supremo Tribunal Federal.

O *amicus curiae* definido por alguns doutrinadores como, por exemplo, Fredie Didier Jr. não se assemelha àquele encontrado na realidade prática judicial do Supremo Tribunal Federal. A partir do levantamento de julgados do Supremo Tribunal Federal e da análise deles, o *amicus curiae* encontrado foi o de um terceiro interveniente polarizado, que defende os interesses de uma das partes do processo, ou seja, um verdadeiro “amigo da parte”.

Diante disso, não se verifica confusão conceitual entre os *experts* convocados em audiência pública e os *amici curiae*, pois esses seriam defensores da sociedade, enquanto que os especialistas auxiliariam a Corte apenas quando houve requisição para o esclarecimento de dúvidas e questões relevantes para o deslinde do processo.

A parcialidade do *amicus curiae*, acima constatada, não significa que o fim conferido ao Estado Democrático de Direito de assegurar os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros, conforme exposto no artigo 1º e seu respectivo parágrafo único da Constituição Federal de 1988, foi desvirtuado. Pelo contrário, a atuação do *amicus curiae* como um defensor de interesses da sociedade permite a pluralização do debate constitucional ao viabilizar a participação de entidades, instituições e órgãos que efetivamente representam interesses gerais

da coletividade, garantindo o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, a partir do estudo empírico de julgados do Supremo Tribunal Federal, verificou-se também a tendência do *amicus curiae* de acordo com temas selecionados, quais sejam, de caráter social, econômico ou político. Dessa forma, foi confirmada a suspeita preliminar de que haveria maior tendência do *amicus curiae* às questões voltadas ao tema econômico.

Todavia, foi apurado também que os *amici curiae*, requerentes de processos característicos pelo debate de temas sociais, tiveram maior taxa percentual de acolhimento se comparados aos temas de natureza política e econômica.

Dessa forma, é possível auferir que, embora numericamente o *amicus curiae* seja mais utilizado para fins econômicos, o Supremo Tribunal Federal concede preferência àqueles terceiros intervenientes que desejam ingressar em causas que tratem de questões sociais, devido à constatação de que todos os pedidos de ingresso de *amicus curiae*, nos temas sociais foram acolhidos, diferentemente dos pertencentes ao econômico.

Contudo, a partir da análise do emprego do *amicus curiae* na realidade, o perfil jurídico deste instituto ficou caracterizado como sendo um instrumento processual utilizado por grandes organizações privadas para a defesa de seus respectivos interesses econômicos. Diante disso, verifica-se que essa perspectiva do *amicus curiae* não contribui para a garantia e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito através da transformação da realidade socioeconômica brasileira, conforme exposto nos artigos 3º e 4º da Constituição Federal de 1988.

Diante desse fato apurado, observou-se também que a grande taxa de recusa do *amicus curiae* pertencente ao tema econômico, como exposto no Gráfico 2 do presente trabalho, corresponde a uma forma do Supremo Tribunal Federal frear as grandes organizações privadas de utilizarem o *amicus curiae* como meio processual de defesa se seus próprios interesses.

Ante todo o exposto, conclui-se que o perfil jurídico do *amicus curiae*, majoritariamente, é definido como um meio processual de defesa de interesses econômicos próprios das associações de caráter pri-

vado, em face de processos em que há a discussão de matérias de seus interesses.

Minoritariamente, constatou-se que o *amicus curiae* com tendência social tem mais destaque no Supremo Tribunal Federal em razão de viabilizar o Estado Democrático de Direito e o seu respectivo melhoramento, como disposto nos artigos 1º e parágrafo único, 3º e 4º, todos da Constituição Federal de 1988. Assim, justificando o maior porcentual de acolhimento, como exposto no Gráfico 2.

Dessa forma, verifica-se que a utilização do *amicus curiae* com a predisposição aos temas econômicos, não contribui para a construção e a garantia do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que é empregado como meio de defesa de grandes empresas do ramo econômico. Todavia, o único *amicus curiae* que colaborar com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito do Brasil é o de caráter social por cumprir com a diretrizes dos artigos 1º e parágrafo único, 3º e 4º, todos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dez. de 1999. Processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Brasília, DF, dez. 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 48.375 – GO. Decisão Monocrática, Relator Ministro Gílson Dipp, DJ 11/11/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal, de 23 de jul. de 2007. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.225-9 Rio de Janeiro, Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776539/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3225-rj-stf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, de 22 de abril de 2008. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 134 Ceará, Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14773335/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-134-ce-stf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

- _____. Supremo Tribunal Federal, de 26 de abril de 2012. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 Distrito Federal, Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342750/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf/inteiro-teor-159438543?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 set. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal, de 28 de outubro de 2014. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 597.165 Distrito Federal, Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336427/agreg-no-recurso-extraordinario-re-597165-df-stf/inteiro-teor-157520698>. Acesso em: 02 set. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIN-MC 2223/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 02/12/2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. MS 26552 AgR/DF. Decisão Monocrática, Ministro Celso de Mello, DJ 23/05/2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. MS 27098. Decisão Monocrática, Ministro Eros Grau, DJ 03/02/2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 95/999. Relator Ministro Moreira Alves.
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de 23 de outubro de 2007. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2004.00.2.007874-3, Brasília, DF. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2470057/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-20040020078743-df/inteiro-teor-100953900%3Fref%3Dserp+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 set. 2018.
- BUENO, C. S. Amicus curiae no processo civil brasileiro: Um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Amicus Curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 jun. 2018.

- _____. Amicus Curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005.pdf>. Acesso em: 16 de set. 2018.
- CARDOSO, O. V. Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Cadernos do Programa de Pós-Graduação, v. 9, n. 2, 2014.
- COELHO, I. M. As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 137, p. 125-134, 1998.
- DIDIER JR., F. Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 8, p. 33-38, 2003.
- TEIXEIRA, I. G. Amici Curiae e audiências públicas: democratização da jurisdição constitucional e efetivação do Estado Democrático de Direito. Migalhas, 1 nov. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248239,21048-Amici+curiae+e+audiencias+publicas+democratizacao+da+jurisdição>. Acesso em: 22 set. 2018.

A TEORIA DA DERROTABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Beatriz Peixoto Nóbrega

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, a hermenêutica passa a ter um papel fundamental para atender os anseios de uma sociedade pluralista, dinâmica e hipercomplexa, de modo que, apesar do legislador visar atender o interesse majoritário da população, este não é capaz de prever todas as possíveis situações para a incidência de uma norma, de forma que a Teoria da Derrotabilidade da norma Jurídica encontra solo fértil para sua aplicação.

Como restará demonstrado a seguir, a teoria da derrotabilidade ou superabilidade como leciona Humberto Ávila, busca afastar a aplicação da norma, em casos excepcionais, de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida.

Nesse contexto, os princípios desenvolvem um papel essencial no contexto do pós constitucionalismo, pois são considerados mandamentos de otimização, sendo aplicáveis através da ponderação nos casos difíceis cada vez mais comuns numa sociedade moderna, além de terem um papel de orientar o aplicador do direito na sua atividade interpretativa, ocupando o papel de *standards* juridicamente vinculantes, por tal motivo, será brevemente discutido a relevante e complexa distinção entre regras e princípios.

Será analisado também o surgimento da teoria da derrotabilidade por Herbert Hart, em 1948, bem como a teoria da superabilidade para Humberto Ávila as condições necessárias para sua aplicação que defende o autor.

Em sequência, será estudado a aplicação da referida teoria na jurisprudência pátria, com a análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais não obstante a corte não utilizar de forma manifesta a expressão teoria da derrotabilidade, se utiliza do seu raciocínio de aplicação, ademais, será discutido a sua aplicação no âmbito do Tribunal Regional da 1ª Região que já utilizou a teoria, bem como o Tribunal de Justiça do Amapá.

Pois bem, a aplicação da teoria ainda é incipiente, em razão da sua severa crítica por parcela da doutrina, sobre o fundamento de que possibilitaria decisões arbitrárias, pois necessitam de um maior dever de cautela por parte do magistrado, entretanto, se defenderá que é plenamente possível a prática da teoria no país, posto que, devidamente fundamentada com sólidos argumentos possibilita a estabilização das normas no ordenamento jurídico.

Além disso, é incólume a impossibilidade do legislador prever todas as possíveis situações fáticas para a incidência da norma, seja regra ou princípio, de modo que impedir a aplicação da teoria, exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e maior legalismo, ao passo que possibilitar sua aplicação irá permitir uma maior estabilidade das normas, bem como possibilitar justiça material para casos difíceis excepcionais.

Por fim, é importante salientar que o trabalho em questão foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial empregando-se o método hipotético-dedutivo.

2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Inicialmente, faz-se necessário explanar brevemente acerca da complexa diferenciação entre princípios e regras, discussão ainda atualmente conflituosa na seara da Ciência do Direito. (ALEXY, 2012).

Por muito tempo o ordenamento jurídico era visto como completo, de forma que o juiz sempre encontraria uma norma para regular o caso concreto, eventual lacuna seria apenas aparente, pois haveria

possibilidade de ser solucionada pelo intérprete mediante manejo de métodos e ferramentas interpretativas. (BOGO, 2014).

Assim, na teoria jurídica tradicional prevaleceu a ideia de que os princípios desempenhariam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito, servindo tão somente como meio de integração da ordem jurídica na hipótese de uma possível lacuna.

Com efeito, no positivismo, o elemento básico na ideia de formalismo era a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolveria por via de um processo dedutivo, onde se colheria a norma no ordenamento jurídico e se faria a subsunção dos fatos relevantes.

Esse processo lógico-formal se concretiza através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso. (BOGO, 2014).

Ocorre que, após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-positivista, houve o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Nessa seara, os princípios abandonam uma função meramente subsidiária na aplicação do Direito, já que serviam tão somente de meio de integração da ordem jurídica, na hipótese de lacuna e passam a ser dotados de elevada e reconhecida normatividade. (DUTRA, 2016).

Pois bem, Ronald Dworkin, crítico do positivismo, não obstante reconhecer a importância do Direito como norma, destacou que as normas legais deveriam ser interpretadas sob a ótica dos valores de justiça, que se manifestariam através de princípios.

Defende Dworkin que a norma alberga tanto as regras como os princípios. Contudo, as regras seguem o esquema do tudo ou nada. De modo que sua incidência ou não num dado caso concreto, liga-se puramente a uma questão de vigência. A incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si só, exclui a de outras, que não se amoldam perfeitamente a uma dada situação. (CROMWELL, 2016).

Já os princípios, que também são normas, a dimensão seria de valor, de peso, onde a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro. De forma que as regras se auto excluíam, enquanto que os princípios coexistiriam. No modelo estrito das regras há relação de exclusão total de uma, em face da incidência de outra, já

com os princípios há uma harmonização entre eles, um juízo de ponderação, (CROMWELL, 2016).

Em sua obra *Levando Direitos a Sério*, Dworkin afirma que em certos casos os princípios poderiam justificar de forma mais razoável a decisão judicial, pois a tornariam também moralmente aceitável, para tanto ilustra o caso *Riggs contra Palmer*, de 1889, em que um neto assassinara seu avô, pois não obstante não haver previsão legal para se excluir o neto da herança, o Tribunal de Nova York denegou tal direito ao neto, com base no princípio de que a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. (DWORKIN, 2005).

Já Alexy, propõe interagir o Direito à moral, evocando a importância de se inserir elementos de ordem moral, no setor dos direitos fundamentais, bem como prioriza a observância de princípios e valores, no campo da argumentação jurídica. (BULOS, 2013).

O conceito de norma para Alexy também abarca princípios e regras, posto que ambos dizem o que deve ser se enquadrando como expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. A diferença e o “ponto decisivo” é que princípios são mandamentos de otimização satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto regras possuem determinações ou mandamentos definitivos que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Contudo, os postulados de Dworkin e Alexy sofrem severas críticas, a exemplo de Humberto Ávila que afirma que se a hipótese prevista por uma regra ocorrer no plano dos fatos, a consequência normativa deve ser diretamente implementada, independentemente das circunstâncias do caso concreto, entendo que há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na hipótese da aplicação analógica ou nos casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas, como na possibilidade de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto. (ALVARENGA, 2008).

É importante ressaltar as lições de Gustav Zagrebelsky que propõe a tese do direito suave, discordando da postura positivista, que procura identificar lei, direito e justiça. (BULOS, 2013).

Leciona que na sociedade contemporânea não se deve buscar proteger um só valor ou um só princípio, ainda que majoritariamente aceitos, pois a sociedade democrática não deve massacrar os princípios e valores das minorias, mas antes trazê-los na Constituição, com o intuito de que todos os projetos de vida possam conviver, adaptando o direito ao pluralismo social. (ZAGREBELSKY, 1999).

Por fim, Humberto Ávila pontua que um sistema não pode ser composto apenas de princípios ou regras, pois um sistema só de princípios seria demasiadamente flexível, ocasionando problemas de controle de poder, e um sistema apenas de regras seria demasiadamente rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções específicas nos casos concretos. (ÁVILA, 2014).

3 TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Sobre a aplicação de regras, Dworkin afirma que seriam aplicadas em uma situação tudo ou nada, ao passo que os princípios seriam aplicados por ponderação. Logo, uma regra, para não ser aplicada precisa ser totalmente descartada (juízo de validade ou invalidade), enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação. (LOPES, 2003).

Ocorre que, muitos autores começam a reconhecer a derrotabilidade (*defeasibility*) das regras, superando a ideia de Dworkin de tudo ou nada, pois com a aplicação da teoria da derrotabilidade é possível que uma decisão judicial individualizada e específica, supere a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico. Como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “a menos que” uma situação extraordinária se concretizasse. (FARIAS, 2014).

Pois bem, embora não se possa assegurar com absoluta certeza que foi Herbert Hart quem primeiro apresentou a noção de *defeasibility* no âmbito da Filosofia do Direito, é incólume que desenvolveu o seu con-

ceito, no artigo *The Ascription Of Responsibility and Rights*, em 1948. (HART, 1948).

De acordo com o autor, a derrotabilidade seria a possibilidade de, no caso concreto, uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável.

De acordo com sua teoria, toda norma, seja regra ou princípio, estaria sujeita a exceções que não são previstas de forma exaustiva, podendo ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto.

Haja vista que diante da impossibilidade das normas preverem as diversas situações fáticas, nos casos difíceis envolveriam o exercício da discricionariedade judicial, o juiz poderia afastar a aplicação da norma no caso concreto, contudo, esta norma continuariam a ser aplicada nos demais casos, pois uma norma excepcionada diante de um *hard case* ainda seria uma norma. (BARROSO, 2009).

Assim, para Hart, uma norma é derrotável ou aberta quando está sujeita a exceções implícitas que não são passíveis de enumeração antecipada, de tal maneira que não se poderia precisar antecipadamente as circunstâncias nas quais operariam como genuína condição suficiente de sua aplicação. (SEBERNA, 2012).

Ainda, para Hart, o fato de toda regra ser aberta a exceções não descaracterizaria seu papel no raciocínio jurídico, pois, por mais que a regra possa estar sujeita a exceções, ela manteria sua força normativa, já que oficiais e cidadãos não poderão agir ao seu livre arbítrio, de forma totalmente discricionária. (FENSTERSEIFER, 2018).

A ideia de derrotabilidade, Humberto Ávila se refere como superabilidade, defendendo que as regras por também envolverem valores, carecem de ponderação, e, portanto, podem em circunstancias excepcionais serem superadas. (ÁVILA, 2014).

Todavia, para que as regras, que embora não sejam absolutas, não sejam superadas com facilidade, exige-se requisitos materiais e procedimentais para sua superação.

Sobre o requisito material ou de conteúdo para a superação, exige-se que não prejudique a concretização dos valores inerentes à regra, para que sua finalidade não seja prejudicada.

Assim, haveriam casos excepcionais, em que a decisão, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar.

Já as condições procedimentais possuem relação com a justificativa, fundamentação e comprovação condizente, de modo que a justiça individual não afete substancialmente a justiça geral.

Frisa-se que quanto maior o grau de abstração, maior é a chance de ocorrer a superabilidade, pois quanto maior o grau de abstração, maior é a chance de isso acontecer, contudo, para que isso seja evitado, é necessário maior coerência do julgador ou órgão na decisão. (VASCONCELOS, 2009).

Logo, a derrotabilidade das normas é plenamente possível no ordenamento jurídico, na presença de um caso excepcional, no qual as regras existentes não possam ser aplicadas, mas sendo possível sua superação no referido caso complexo para dar efetividade da justiça material.

4 BREVE ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS PÁTRIAS.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal num relevante caso acerca do Benefício de Prestação Continuada, de pessoa que não se enquadrava na regra prevista no §3 do art. 20 da Lei 8.742/93, de modo que possuía o requisito da renda mensal per capita superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para concessão do benefício, descumprindo a regra. Todavia, a Corte diante das peculiaridades do caso concreto, concedeu o referido benefício a idoso que não se enquadrava nos requisitos legais. (BRASIL, 2013).

Na decisão, embora o Supremo não ter utilizado a expressão derrotabilidade, afirmou que embora a decisão concedesse o benefício na citada demanda, não haveria juízo de invalidação da norma, que continuaria ser aplicada nos demais casos, sendo válida, vigente e eficaz para outras situações.

Por sua vez, em 2017, na Reclamação nº25.125, proposta pela Fundação Amazonprev, alegou ofensa a súmula vinculante n. 10 e aos precedentes do Tribunal, que vedaria a extensão da pensão além dos 21 anos determinados pela legislação. Alegou a recorrente que foi concedida ao beneficiado pensão por morte, em razão do falecimento de sua genitora, até que completasse 24 anos de idade, de modo que o Tribunal do Amazonas, juízo a quo, teria afastado a aplicação da Lei Complementar Estadual nº 30/2001. A Corte julgou improcedente a referida reclamação. (BRASIL, 2017).

Sobre o aspecto da jurisprudência pátria, o Tribunal Regional da 1ª Região também se utilizou da ideia da derrotabilidade para afastar a regra geral, em casos concretos específicos.

Em 2005, nos embargos de declaração do mandado de segurança sob nº. 5553, no caso que discutia a regra do art. 99 da Lei 8.112/90 que assegura ao servidor (seu cônjuge e menores sob sua guarda) que se mudar de sede no interesse da Administração, na localidade de sua residência, matrícula na localidade de instituição de mesma natureza, em qualquer época, independente de vaga, contudo, no caso concreto não havia na localidade, instituição de mesma natureza, a Relatora Des. Maria Isabel Rodrigues entendeu que não a vedação seria revogável, pois o legislador, ao editar o dispositivo não teria considerado essa circunstância. Observe a ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE DESTINO, DE INSTITUIÇÃO CONGÊNERE. “DERROTABILIDADE” DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA 43 DESTA CORTE. 1. A alegação de que à vista do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da nor-

ma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte (“A transferência compulsória para instituição de ensino congênera a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza”) não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI 3324/DF, relator Ministro MARÇO AURÉLIO, uma vez que nesse caso, a vedação em causa é “derrotável”, porquanto o legislador (Carta Magna, art. 102, § 2º), ao editar o dispositivo (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza) em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente “derrotam” a vedação contida no referido dispositivo legal. 3. Embargos de declaração não providos.

(TRF-1 - EDAMS: 5553 GO 2001.35.00.005553-9, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Data de Julgamento: 16/03/2005, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 18/04/2005 DJ p.100).

Diante dessa decisão, a Universidade Federal de Goiás interpôs o Recurso Extraordinário n. 593.428 em face do citado acórdão, contudo, o Ministro Dias Toffoli em decisão monocrática negou seguimento, com base na jurisprudência do Supremo na ADI 3324, não analisando a questão da derrotabilidade. (BRASIL, 2005).

No tocante a Justiça Estadual, tem sido aplicada a teoria da derrotabilidade ainda que de forma, a exemplo do Tribunal do Amapá que no Agravo Interno de n. 00034696920188030000 e Agravo Interno 0001275962018803000 tem adotado a teoria da derrotabilidade de

regras, afastando ou negando a aplicação da norma no caso concreto, sempre que uma exceção relevante se apresente. (BRASIL, 2019).

4.1. DA CRÍTICA A DERROTABILIDADE OU SUPERABILIDADE

Conforme exposto, a aplicação da teoria da superabilidade ou derrotabilidade na jurisprudência pátria ainda tem sido incipiente, em razão da severa crítica que recebe por parte da doutrina.

Dentre as críticas, destaca-se a possibilidade da derrotabilidade das regras, ainda que em caráter excepcional, autorizar a prolação de uma decisão contra *legem*, (FARIAS, 2014). Assim como, a dificuldade de discernir o que seria uma exceção implícita e aquilo que deve ser considerado um silêncio eloquente da lei. (FONTELES, 2016).

Pois bem, a teoria da derrotabilidade remete à ideia de exceções no Direito, as quais devem ser deixadas para reconhecimento por parte dos tribunais, e por tal motivo, pode representar um significativo risco à segurança jurídica, assim como também pode gerar um protagonismo excessivo do judiciário, sobretudo no atual cenário jurídico nacional, porque, ao mesmo tempo em que se consolida a teoria dos princípios como uma teoria das normas, valorizam-se excessivamente os princípios constitucionais em detrimento das regras jurídicas infra-constitucionais. (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Além disso, para a aplicação da superabilidade é necessário por parte do magistrado um maior dever de cautela, pois caso não aja com devida cautela, o reconhecimento da propriedade de derrotabilidade normativa pode transformar-se em arbitrariedade se utilizado abusivamente ou de forma não-fundamentada.

Dessa forma, o aplicador do Direito deve apresentar uma justificação externa para todas as premissas seguidas para se alcançar a solução jurídica e excepcionar uma determinada norma, dando clareza e exteriorização para a fundamentação jurídica seguida. (MARINS, 2018).

Logo, para fins de resguardar a autoridade delas e preservar a coerência e unidade do sistema jurídico, é incólume a necessidade de uma atuação contida dos juízes ao excepcionar regras jurídicas válidas. (PREVEDELLO, 2019).

De fato, a aceitação da derrotabilidade das normas, não pode conduzir a um enfraquecimento dos direitos, pois uma norma somente poderá ser superada após argumentação racional rigorosa baseada na análise profunda do caso concreto, bem como em argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão no caso concreto. (ROQUE; SANTOS, 2015).

Entretanto, não obstante as críticas a referida teoria, a aplicação racional da teoria da derrotabilidade permite que as normas jurídicas preservem a sua estabilidade, posto que possibilita o desenvolvimento do Direito a partir do reconhecimento de situações não previstas anteriormente, sem acarretar a ruptura do sistema, nem a invalidade da regra, que permanece eficaz para as demais hipóteses. (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 9).

Ressalta-se, ainda, que a sociedade atual é plural, com diferentes valores e princípios, de modo que ao Judiciário, caberia um diálogo entre as expressões do direito, num contexto em que a teoria da derrotabilidade é plenamente aplicável. Além disso, no Estado Constitucional Democrático, o judiciário não deve se limitar a verificar apenas a validade formal das leis, mas também a sua compatibilidade material com a Constituição.

Com efeito, tal teoria cumpre um papel essencial numa sociedade multiforme, pois a sua aplicação permite que os princípios jurídicos possam adentrar à teoria do Direito pela porta da frente, a fim de gerar soluções efetivas, que garantam o acesso material à ordem jurídica. (FROTA, 2010, p. 82).

4.2. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já exposto, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a aplicação da teoria da derrotabilidade, contudo, conforme anteriormente explanado, o Supremo Tribunal utilizou seu raciocínio interpretativo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963 e Reclamação nº 25.125.

Pois bem, a teoria sofre sérias críticas por parte da doutrina, sob o argumento de que autorizaria, em tese, uma possível decisão contra

legem, ainda que em caráter excepcional, bem como sob o fundamento de que possibilitaria decisões arbitrárias, ou até mesmo na suposta dificuldade de discernir o que seria uma exceção implícita e aquilo que deveria ser considerado um silêncio eloquente.

Entretanto, é importante salientar que os que defendem a aplicação da teoria no ordenamento sustentam que apesar de todas as normas jurídicas, sejam regras ou princípios serem, em tese, derrotáveis, em nenhum momento afirmam que todas as normas devem ser forçosamente derrotadas.

O aplicador do direito deve buscar não somente a observância das normas, mas também a promoção da finalidade a que se destina, de modo que é perfeitamente possível que deixe de aplicá-la num determinado caso raro e excepcional, no qual existe a situação concreta que faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese, mas que esta continue válida no ordenamento e possa ter incidência nos demais casos.

Nesse sentido, as regras serão derrotadas sempre que aplicador do direito criar, para elas, uma exceção, com o objetivo de evitar a realização da consequência jurídica indesejada por elas prescrita para determinado caso, a fim de se evitar a produção de um resultado indesejado, que se mostra inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. (URBAN, 2017).

Logo, é possível que uma regra, desproporcional num determinado caso, seja derrotada e siga sendo uma regra, desde que os aspectos institucionais e procedimentais, referentes aos princípios formais que atuam em favor dela, não sejam ignorados por ocasião da tomada de decisão. Pois, quando os órgãos julgadores levam em consideração os fatores institucionais e procedimentais relativos a princípios formais, as ocasiões de derrota das regras não irão implicar a perda do caráter definitivo dessas normas. (LOPEZ, 2018).

Logo, a aplicação da teoria da derrotabilidade da norma-regra revela a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto. (FARIAS, 2014).

Portanto, ao permitir a aplicação da teoria da derrotabilidade no ordenamento, estará se assegurando sua estabilidade, pois é possível

que uma regra, desproporcional num caso concreto, seja derrotada e, ainda assim, tenha seu caráter definitivo preservado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalhou visou refletir sobre a aplicação da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas no ordenamento brasileiro.

Consoante já exposto, a teoria da derrotabilidade ou superabilidade se refere à possibilidade, no caso específico, de uma norma ter sua aplicação afastada, não obstante preencher seus requisitos necessários para que seja válida nos demais casos. Confirmando, a idéia de que em toda norma, seja regra ou princípio, existem exceções que não foram anteriormente previstas.

Embora a teoria da derrotabilidade, não tenha como pressuposto um sistema jurídico dividido entre princípios e regras, sua aplicação se sobressai no contexto da teoria dos princípios, razão pela qual foi abordado o desenvolvimento da obra de Dworkin e Alexy, sobre a diferenciação entre princípios e regras.

No Brasil, a aplicação da teoria ainda é incipiente, pois embora o Supremo Tribunal Federal não ter utilizado de forma expressa a teoria da derrotabilidade, tendo se utilizado, contudo, de seu raciocínio metodológico, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963 e Reclamação nº 25.125, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já utilizou a teoria de forma expressa no julgamento do Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº.5553, e por sua vez, a Justiça Estadual vem a utilizando de forma expressa, a exemplo do Tribunal de Justiça do Amapá conforme julgamento no Agravo Interno de nº.00034696920188030000 e Agravo Interno de nº.0001275962018803000.

Ressalta-se, ainda que, a teoria da derrotabilidade enfrenta severas críticas no país, sob o pretexto de que traria a possibilidade de gerar decisões arbitrárias, caso o magistrado não utilize devidamente do dever de cautela, não fundamentando adequadamente a sua decisão.

Ainda, sofre desaprovação por parcela da doutrina sob o argumento de uma norma poderia alojar diversas exceções implícitas que justificariam que o afastamento da sua aplicação.

Entretanto, é importante ressaltar que com uma argumentação bem desenvolvida e através de decisões adequadamente fundamentadas, a aplicação da teoria possibilita que as regras jurídicas preservem sua estabilidade, pois, permite o desenvolvimento do Direito, a partir de exceções não previstas anteriormente, sem acarretar a ruptura completa do sistema, permanecendo a norma válida e eficaz para os demais casos.

Ademais, tal teoria cumpre um papel essencial num sociedade contemporânea e multiforme, pois a sua aplicação permite que os princípios jurídicos possam adentrar à teoria do Direito, com o intuito de gerarem soluções efetivas, que garantam o acesso material à ordem jurídica.

Com efeito, no contexto do Estado Democrático de Direito, exige-se um processo de convivência com diferentes grupos sociais e respeito a minorias, bem como o diálogo entre as diferentes opiniões na sociedade, de modo que a aplicação da teoria da derrotabilidade se torna essencial numa democracia, pois visa dar justiça material ao caso concreto e estabilidade ao sistema normativo.

Logo, no contexto atual, numa sociedade em que há a presença de diversos grupos sociais e demandas hipercomplexas, a aplicação da teoria da derrotabilidade das normas em casos excepcionais é fundamental para preservar a estabilidade do ordenamento jurídico, bem como para que as decisões judiciais sejam dotadas cada vez mais de maior legitimidade, e, por que não dizer, justiça.

REFERÊNCIAS:

Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, p.157-185, dez. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.963. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 25.125. Amazonprev. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 maio 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1 Região. Embargos de Declaração nº 5553. Relator: Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2246260/embargos-de-declaracao-na-apelacao-mandado-seguranca-edams-5553-go-20013500005553-9>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. Agravo Interno nº 00034696920188030000. Relator: Des. Manoel Brito. **Diário Oficial da União**. Macapá, 09 jul. 2019. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742441173/agravo-de-instrumento-ai-34696920188030000-ap/inteiro-teor-742441200?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. Agravo Interno nº 00012759620188030000. Relator: Des. Gilberto Pinheiro. **Diário Oficial da União**. Macapá, 13 nov. 2019. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/656888599/agravo-de-instrumento-ai-12759620188030000-ap?ref=serp>>. Acesso em: 02 fev. 2020

BOGO, Juliano Rafael. Positivismo, Pós Positivismo e Princípios: Uma crítica a confiança no juiz do processo. **Justiça do Direito**, São Paulo, v. 28, n. 1, p.165-180, nov. 2014. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4836>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CROMWELL, Adriana Carla Souza et al. **Hermenêutica Constitucional**: programa de pós-graduação em Direito Ambiental da UEA. Manaus: Valer, 2016. 238 p.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Gen, 2016.

DWORKIN, Ronald. **“Levando os Direitos a Sério”**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Derrotabilidade das Normas-Regras (legal defeasability) no Direito das Famílias: Alvitando Soluções para os Extreme Cases (Casos Extremos)*. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p.45).

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. A DERROTABILIDADE DA REGRA TRIBUTÁRIA. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 40, p.443-462, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38043710/A_DERROTABILIDADE_DA_REGRA_TRIBUT%C3%81RIA>. Acesso em: 10 fev. 2020.

FONTELES, Samuel Sales. O DILEMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS (DEFEASIBILITY). **Revista do Ministério Público do Rs**, Porto Alegre, n. 79, p.55-84, jan. 2016. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504547199.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade Das Normas Jurídicas E A Sua Aplicabilidade: O Diálogo Principiológico Entre O Direito Contratual Civil E O Direito Contratual Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**: UFPR, Curitiba, n. 52, p.81-99, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 1, n. 24, p.1-14, jan. 2019.

HART, Herbert. HE ASCRIPTION OF RESPONSIBILITY AND RIGHTS. **Proceedings Of The Aristotelian Society**, London, v. 49, p.171-198, 1948. Disponível em: <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p.49-64, out. 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/901>>. Acesso em: 01 fev. 2020

LOPEZ, Pedro Moniz. DERROTABILIDADE NORMATIVA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. In: MORAIS, Carlos Blanco de; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; DUARTE, David. **Estudos de Teoria do Direito**. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 1-200. Disponível em: <<https://www.academia.edu/37688526/Derrota>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

MARINS, Simone. Uma questão de derrotabilidade: A matter of de-feasibility. **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 5, n. 1, p.210-240, jan. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v5n1/v5n1a11.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2020

PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da Derrotabilidade: As Exceções Não Previstas nas Regras Jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2019. 210 p.

ROQUE, Ana Cristine Lemos; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A Teoria da Derrotabilidade Normativa. **Revista Eletrônica do Direito: Primeiro Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, São Paulo, p.701-715, 2015.

SEBERNA, Cesar Antonio. **Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e Aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012, 450 p.

URBAN, Renan Lucas Dutra. **Colisões Entre Regras e Princípios, Otimização e Derrotabilidade: O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS**. 2017. 102 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita

Filho” Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/36198612/Colis%C3%B5es_entre_regras_e_princ%C3%ADpios_otimiza%C3%A7%C3%A3o_e_derrotabilidade_o_car%C3%A1ter_definitivo_das_regras>. Acesso em: 02 fev. 2020.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O CONCEITO DE DERROTABILIDADE NORMATIVA**. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade...?sequence=1>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1999

SUJEITOS DE DIREITO? A VOZ DAS CRIANÇAS (NÃO) RECONHECIDA PELO JUDICIÁRIO

Danilo Sardinha Marcolino

João Vítor Moreira Gonçalves

1 INTRODUÇÃO

Imagine que você vive na Idade Média no século XV. Crianças abastadas sendo alfabetizadas com livros de Aristóteles, casas sem corredores que dividissem cômodos e separassem “espaços infantis e adultos” e o alto índice de morte de recém-nascidos, sem que a família seguisse um processo de luto. Provavelmente tudo isso te soaria estranho, já que você, nós e a maioria dos modernos ocidentais fomos socializados com a ideia de que a infância é natural, pura, e deve, pelo menos teoricamente, pautado nos discursos político e religiosos, ser protegida.

O pontapé deste trabalho é justamente a compreensão de que crianças³⁸ – enquanto seres humanos que, inicialmente, compartilham características anátomo-fisiológicas e sociais específicas, como a baixa estatura óssea e a falta de domínio sobre a linguagem, sua compreensão e comunicação – sempre existiram, mas a categoria de infância, não. O fio da história da infância atravessa outros como o do “mito do amor materno”, da família nuclear burguesa e expansão do sistema capita-

38 E para então se referir, utilizaremos aqui a terminologia adotada pela jurisprudência internacional, como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual define como criança “toda pessoa que não tenha atingido 18 anos completos” (Corte IDH, 2002).

lista, tecendo uma rede de relações, nas sociedades euro-americanas, em que as crianças são alocadas em posições secundárias e subalternas aos adultos.

A construção da infância, enquanto período idílico, em que o sujeito conservaria uma inocência, alegria e esperança frente à “guerra de todos contra todos” do mundo adulto, fez-se por práticas sociais afetivas e discursos de proteção ao desenvolvimento dos pequenos. É nessa esteira de pensamento que diversos atores político-sociais, em especial do Poder Judiciário, proliferaram célebres frases como “*pele bem das crianças!*”.

Tomamos como, no mínimo, estranho, o fato do “melhor interesse da criança” ou “interesse superior da criança” ser delimitado e divulgado por adultos. Por conta disso, o presente trabalho possui como objetivo geral propor uma crítica à noção de criança enquanto sujeito de direito, ou seja, como cidadão dotado de capacidade e possibilidade de atuação no mundo jurídico, padronizada pelas doutrinas e jurisprudências majoritárias. De maneira mais específica, para tanto, buscou-se neste artigo o enfoque nas complexidades envolvendo a categoria da “voz das crianças” – aqui referenciado para abarcar a sua possibilidade de falar e, sobretudo, ser ouvida, dentro de um processo judicial.

Para alcançar os devidos fins de problematização, a presente pesquisa foi feita a partir das análises de jurisprudência, pautando-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Atala Riffó e crianças vs. Chile*, de legislação e políticas públicas, de notícias de jornal e revisão bibliográfica quanto a autores das áreas de Direito, Psicologia, História e Antropologia.

Em fins de instruir, o trabalho se valeu da análise da argumentação feita a partir do caso da Corte IDH acima citado, ponderando as considerações do Estado chileno e da Corte IDH, do instituto do depoimento especial e, como proposições, das práticas de justiça restaurativa. Com as instrumentalizações feitas, atinge-se o intuito do presente artigo: questionar se os direitos das crianças devem responder aos interesses e premissas dos adultos e das famílias, em todo e qualquer contexto, ou se há autonomia suficiente para as crianças participarem e influenciarem de maneira equânime nos processos judiciais nos quais se estão envolvidas.

2 A INVENÇÃO DA INFÂNCIA

Até o século XVI, somente os recém-nascidos eram tomados como frágeis, por necessitarem da amamentação. As crianças eram consideradas “adultos em miniatura”, não tendo seu modo de vida separado dos segundos. Fenômeno explicitado, por exemplo, por fábulas consideravelmente menos infantilizadas, pelo hábito de se empregar menores em serviços de casas alheias e pela inexistência de limite de idade nos exércitos até o século XIX (FERREIRA, 2006).

Na emersão da modernidade, o início da pregação clerical preocupada em preservar a pureza das crianças, respondia a uma variação histórica na medida da riqueza das nações. Anteriormente calculados pela extensão territorial, quantidade de recursos disponíveis no solo e ampliada por guerras e invasões colonizadoras, a partir do século XVII, o tesouro e poder nacional seriam proporcionais à capacidade de transformação dos bens naturais pelo trabalho humano, requisitando a produção de uma mão de obra qualificada. A produção da massa proletária disponível e capacitada implicava na garantia de qualidade de vida para a população, destacando-se aqui educação e saúde para as crianças, os futuros trabalhadores (ARIÈS, 1979).

O quadro da modernidade, nesse sentido, esboçado em carvão pela reorganização econômica, foi preenchido de cores por movimentos arquitetônicos, familiares e institucionais. O desdobramento do capitalismo primitivo esquadrinhou o ambiente doméstico em recintos distintos segregados pela idade, como, por exemplo, “o quarto das crianças” (FERREIRA, 2006). Isso aliado a passagem da organização familiar extensa para a família nuclear burguesa. A primeira, marcada pela convivência de diversas gerações que funcionavam como unidade de produção econômica, enquanto a segunda seria composta apenas pelas gerações dos pais e dos filhos.

Como outra diferença, sublinhamos o destaque e interdição do sexual pela família nuclear. O erotismo adulto, anteriormente não segregado, de acordo com Ferreira (2006), foi confinado entre quatro paredes. A masturbação de crianças, caçada e demonizada como a raiz de todas as doenças (BIRMAN, 2008). E o sexo feminino, reduzido ao espaço privado, sendo colado à figura de esposa, mãe e gestora do espaço doméstico, segundo Badinter (1985).

A emergência da família como núcleo social, nesse novo modelo reforçado pela igreja e seus casamentos baseados na genética, assim como a implementação do ensino obrigatório republicano e a higienização de espaços públicos são orientados pela necessidade de garantir futura massa de trabalhadores, proteger a criança, novo capital econômico e simbólico da nação.

Vínculos afetivos duradouros entre crias e progenitores são possibilitados e inaugurados com o início da valorização da família nuclear, da precaução pelo bem-estar das crianças e queda nas taxas de mortalidade desses sujeitos. Tais relações, diversas vezes, voltadas para o exame das condutas das crianças e expiação de seus desejos masturbatórios pecaminosos. Práticas e discursos históricos que inventam a noção de infância (ARIÈS, 1979).

A solidificação dessa ideia funcional ao novo sistema produtivo é a responsável pela proliferação de fundamentações teóricas sobre a universalidade da infância enquanto período de transformações bio-psíquicas pelo campo psicológico, psicanalítico e psiquiátrico, por exemplo - o chamado “campo psi”. Desde a psicanálise freudiana que atribuía importância crucial para experiências nos primeiros anos de vida, passando pelo Teste de Binet-Simon, usado para resolver problemas educacionais na França, à psicologia do desenvolvimento de Jean Piaget que influenciou práticas pedagógicas, inclusive no Brasil.

3 A RECUSA DA VOZ OU QUANDO A JUSTIÇA TUTELA

Os filhos não são papagaios reprodutores dos ditos paternais. Nesse contexto, nos referenciamos à “voz das crianças” enquanto conjunto diferenciado de apropriações de falas e comportamentos de adultos pelos infantes para expressarem posicionamentos e necessidades singulares de seu grupo.

A discussão sobre a “voz” dos infantes pressupõe certa comunalidade: o que eu sinto, muitos sentem; o que eu vivo, muitos vivem (CASTRO, 2013). Por sua vez, a coletivização de experiências das crianças é efeito, majoritariamente, da produção social da diferença geracional. Essa alocação de crianças e adultos em posições socialmente

assimétricas é uma mistura histórica temperada por ingredientes biológicos, relacionais e discursivos.

Sobre os primeiros componentes, o corpo pequeno, sem capacidade de andar e a ausência de fala articulada, por exemplo, não fabricam o “ente criança”, mas compõem uma massa crua com fermento biológico que será interpretada e aquecida, de forma singular, por cada cultura. Na esteira do que defende o anti-naturalismo radical, de acordo com Sartre (2014), a materialidade fisiológica é o suporte, mas nunca o determinante, para o estabelecimento das relações inter e intra subjetivas.

Em ressonância à filosofia sartreana, investigações antropológicas nos apresentam grupamentos humanos estruturados por outro trato com aqueles sujeitos não lidos como adultos. A pesquisa de Mead (1928) sobre a sociedade samoana sublinha, por exemplo, a educação dos infantes em temas como nascimento e morte e a naturalidade dos mesmos com a auto-investigação sexual e masturbação. O que contribui, nesse contexto, para valorizarmos, além do fermento biológico, o forno antropológico na produção social da diferença geracional.

Essa diversidade cultural é presentificada no cotidiano de trocas entre gerações da família, passando pela escola e sistemas “socioeducativos” até as vias públicas. Como visto em Castro (2013), adultos e crianças se coproduzem permanentemente nas práticas sociais. E na história euro-americana, em virtude do interesse já apontado pela invenção e proteção da infância, as organizações institucionais e a separação entre a esfera pública e a privada tiveram como bases a perspectiva e benefício dos adultos. Nessa reorganização social, práticas sociais hegemônicas estrangulam a vida como diferenciação evolutiva bio-psico-social que avança em direção a fase adulta.

Esse reducionismo que não reconhece frequentes paradas, desvios, interrupções, simultaneidades, entre outros movimentos tão plurais quanto a própria vida, é solidificado pelos manuais médicos, literatura psicológica clássica e ordenamentos jurídicos. Discursos que orientam profissionais adultos a como disciplinar os pequenos corpos dotados de instintos sexuais-agressivos, em detrimento das faculdades da consciência e da vontade. E cristalizam, no imaginário coletivo, uma figura ambígua: o infante como perigoso e vulnerável. Contradição suporta-

da pelo adulto que, em qualquer caso, a despeito do contato e escuta da criança, sabe “o que é melhor para ela”.

Tais discursos e construções históricas reverberam na produção legislativa brasileira, tendo seu panorama ilustrado desde o início da tutela da infância e da juventude. Destacam-se os Códigos de Menores de 1927 e 1979, os quais foram superados pela consolidação dos direitos e garantias a crianças, por meio, primeiro, da Reforma Penal de 1984, e passando pela Constituição de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)³⁹ e pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012), as duas últimas legislações sendo verdadeiramente as mais densas e ricas em direitos e garantias, em todos os âmbitos – cível, familiar, administrativo, infra-legal, processual e de execução socioeducativa – mas, de certo modo, subsistindo à lógica desenvolvimentista.

Quanto ao ECA propriamente dito, destaca-se a sua contribuição, em particular, para uma maior humanização da justiça juvenil na América Latina ao servir de inspiração para legislação de outros Estados (BELOFF, 2009) e adotar a doutrina da proteção integral, já observada. Mas, como apresentado, o mesmo ainda apresenta caráter falho, tanto em seus aspectos formais, com resquícios de uma doutrina da “menoridade”, ainda que implicitamente, quanto em seu âmbito material de efetividade social.

Seguindo esta mesma linha crítica, como observado em Berner (2008), a respeito da dicotomia entre a prática social e a proteção à criança derivada do ECA:

Os dados acerca da infância e da juventude no Brasil não são muito alentadores: 24 milhões de crianças vivem na miséria, 23 milhões vivem na pobreza, 33% das famílias ganham menos que um salário mínimo por mês; a mortalidade infantil voltou a subir nos dois últimos anos, e ainda não se obteve significativas

39 O qual, em seu art. 2º, dispõe subdivide criança e adolescente (“Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”), indo em caminho contrário às proposições internacionais que adotam criança como toda aquela pessoa menor de 18 anos, posição que defendemos no presente artigo.

vitórias contra a desigualdade social. Assim, embora o texto legal coloque a criança e o adolescente num “paraíso artificial”, a violência da pobreza e da exclusão empurra para a marginalidade boa parte das crianças brasileiras. (BERNER, 2008)

De volta à questão da produção social da diferença geracional na relação com o poder público, especialmente com o Judiciário, esta recebe contornos pela análise do caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, julgado em 2012 pela Corte IDH.

O caso mencionado se desenvolveu em torno da guarda das três filhas da juíza Karen Atala com Ricardo Jaime López Allendes. Em 14 de janeiro de 2003, Ricardo Allendes demandou a guarda e tutela perante o Juizado de Menores de Villarrica, sob a justificativa que o desenvolvimento das crianças estava sofrendo ameaças pela incapacidade de a mãe zelar pelas filhas em virtude de sua nova “opção sexual e convivência lésbica”, nas palavras de Ricardo. Isso porque Emma Ramón, em novembro de 2002, passou a morar na mesma casa que Karen, suas filhas e filho mais velho – oriundo de outro casamento – como sua cônjuge.

É interessante notar que as diversas argumentações preconceituosas do Senhor Allendes ao longo do processo interno, como a atribuição da anormalidade a casais do mesmo sexo, a alteração do ninho familiar natural provedor da ordem social por casais não-heterossexuais, aumento da exposição a doenças como AIDS, herpes e outros riscos biológicos, entrelaçam-se em um nó central: “o interesse superior das crianças”. Vê-se, aqui, mais um exemplo fático de como o “melhor interesse da criança” perpassa, de maneira mais decisória, pela argumentação dos adultos envolvidos.

A produção social da diferença geracional será comentada a partir da fundamentação do Juizado de Menores de Villarrica que atribuiu a guarda provisória das meninas ao Senhor Allendes, permitindo visitas regulares da mãe Karen. A decisão foi balizada pelos seguintes argumentos:

- i) “que a demandada, tornando explícita sua opção sexual, convive no mesmo lar que abriga suas filhas com a companheira, alterando com ela a normalidade da rotina familiar, colocando seus interesses e bem-estar pessoal acima do bem-estar emocional e do adequado processo de socialização das filhas”; e ii) “que a

demandada colocou seus interesses e bem-estar pessoal acima do cumprimento de seu papel materno, em condições que podem afetar o desenvolvimento posterior das menores dos autos, não cabendo senão concluir que o ator apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, revestem grande importância”. (Corte IDH, 2012)

O principal é destacar a oposição entre a decisão da Corte Suprema do Chile e a vontade manifestada pelas crianças de permanecer sob a guarda da mãe. Assim como afirmou a Corte IDH, apesar dessa discordância, a Corte Chilena não fundamentou vigorosamente sua decisão, o que implica na violação do art. 81 em relação ao art. 19 e 1.1 da Convenção Americana, isto é, o direito de escuta e consideração das crianças no processo e a garantia de imparcialidade.

Em relação ao primeiro apontamento da Corte Chilena, percebe-se a faixa etária como variável elegida para circunscrever direitos e deveres, sendo os iniciais estratos etários fases de preparação para a vida produtiva. Nesse sentido as crianças são encaradas como seres ainda não “preenchidos” pela razão e não socializados para participarem de forma efetiva no meio social. Já sobre o segundo ponto levantado, quanto à questão do desenvolvimento, rebaixa a infância ao colocá-la como não detentora de atributos que seriam da natureza dos adultos, sendo etapa da vida que exigiria cuidados e tutela desses últimos.

O direito clássico reproduz e reforça a condição civil e penal de “menoridade” da infância, na medida em que trata a criança como incapaz de autonomia, discernimento, processos decisórios e de ser porta-voz de suas próprias vontades, dependendo do adulto evoluído para traduzir seus desejos. Isso porque as vozes dos infantes são, no máximo, recusadas como ruídos com pouca complexidade.

4 A EXTORSÃO DA VOZ OU QUANDO A JUSTIÇA OBRIGA

Em função da judicialização da vida, orientação baseada nas leis positivas e incentivo à denúncia de violações e violências, denuncia-

da por Brito e Fernandes (2015), a dimensão judicial acaba sendo o meio ético-moral mais privilegiado de construção das práticas sociais. O que motiva a recente adesão do Judiciário pela “escuta das crianças”, com destaque para o depoimento especial, “metodologia de inquirição adotada na atuação com crianças e adolescentes vítimas de violência sexual” (XAVIER, 2018).

A metodologia polêmica, alvo de discussões no Direito e em outras disciplinas, surge, segundo seus defensores, por exemplo, pelo reconhecimento, por parte de juízes e promotores, da revitimização provocada pelas audiências tradicionais e inexistente consideração das crianças e suas necessidades específicas.

Seguindo essas preocupações, o depoimento especial se estruturaria, a grosso modo, pelas seguintes etapas: acolhimento do jovem, meia hora antes da audiência, em uma sala própria, afastada do réu, pela psicóloga(o), assistente social ou profissional apto a realizar a escuta (SCHOTT; SANTOS, 2016). Em seguida, com o sistema de gravação ligado, a(o) técnica(o) dirige perguntas abertas ou auxilia na comunicação do juiz com a criança, possibilitando a elaboração do ocorrido conforme perspectiva da última e evitando a indução de respostas. Como última etapa, já com as câmeras desativadas, o colhimento de assinaturas durante a audiência pela(o) profissional responsável, realizando encaminhamentos aos seus responsáveis legais – seja família, seja da assistência social –, caso necessário (FÁVERO, 2007).

Com base na estrutura apresentada, concordamos com a preocupação quanto à recusa da voz das crianças no judiciário, mas nos alinhamos às críticas transdisciplinares ao depoimento especial, uma vez que a metodologia, em sua estruturação e aplicação, manifesta diversos problemas. Para além da falta de delimitação dos profissionais e condutas éticas utilizadas no depoimento e expressas na Lei de n. 13.431/17, que o regulamenta, questionamos o que se entende por “escuta”, os procedimentos adotados para implementá-la, assim como os principais interesses para sua realização.

É preciso inquirir se o discurso de “escuta” privilegia a criança ou o contexto jurídico. A maior preocupação dos defensores do Depoimento Especial, não é avaliação e atendimento psicológico ou direcionamento do infante para um acolhimento multiprofissional, mas o es-

tabelecimento da “verdade jurídica”. Crianças e adolescentes ganham importância à medida que conferem o melhor material para consideração do processo decisório pelo juiz. Fato agravado pela “produção antecipada de provas”, coleta do depoimento antecessora ao início da ação penal e investigação policial, segundo Xavier (2018).

A obrigação pelo depoimento fere a ética da psicologia que oferece “lugar e tempo para a expressão das demandas e desejos da criança e do adolescente: a fala, a produção lúdica, o silêncio e expressões não-verbais, entre outros” (CFP, 2010). Além de transformar os infantes nos corresponsáveis pela sanção do suposto abusador. Possíveis danos psicológicos e a exposição à novas violências emocionais são relegadas ao segundo plano. O que se busca garantir, em primeiro lugar, é a efetivação do sistema punitivo (SCHOTT; SANTOS, 2016), sob o *slogan* de “proteção integral da criança e do adolescente”.

Tal inserção da criança no dispositivo e a pressão pela verbalização, seja por promessas sem garantias, por parte dos profissionais, de que ela “se sentirá melhor”, seja pelo uso distrativo de brinquedos (BRITO; FERNANDES, 2015), provoca a extração do depoimento, em detrimento da escuta cuidadosa sobre as afetações do sujeito. Cabe sublinhar que a extração de discursos e comportamentos não se deve à uma fragilidade natural da infância. São antes, efeitos do modo como tarefas e pesquisas das Ciências Humanas e Sociais são realizadas, como destaca Stengers (1989). Fenômeno comum, a docilidade dos testemunhos também é comentada por Latour:

Contrário aos não-humanos, humanos têm uma grande tendência, quando colocados em presença de uma autoridade científica, a abandonar qualquer recalcitrância e se comportar como objetos obedientes oferecendo aos investigadores apenas declarações redundantes, confortando então estes investigadores na crença de que eles produzem fatos “científicos” robustos e imitam a grande solidez das ciências naturais. (LATOURE, 2004)

Com alta confiabilidade nas autoridades e, muitas vezes, atravessados por coerções mais ou menos implícitas, raramente os testemunhos dos sujeitos apresentam críticas e problematizações. É nesse sentido

que “é vedado ao psicólogo o papel de inquiridor no atendimento de Crianças e Adolescentes em situação de violência” (CFP, 2010).

Soma-se à extração da voz das crianças, a falta de comunicação com os infantes sobre as necessidades de gravação do depoimento e informação do público que terá acesso ao mesmo, além da inexistência frequente de uma devolutiva acerca das consequências da declaração. Nesse cenário de responsabilização e punição do abusador e exaustão do infante pela fabricação de prova, o CFP avalia que o depoimento especial se afasta e ameaça a proteção da criança e os Direitos Humanos, declarando-se, como aponta Santos (2012), desfavorável à metodologia.

Ressonante à posição da categoria, este trabalho não visa aniquilar os esforços de investigação e redução do abuso sexual, declarado problema de saúde pública nacional (XAVIER, 2018), mas ratificar a urgência da produção de novas metodologias transdisciplinares para intervir em questões sociais complexas.

A invenção de novas técnicas implica reformulações teórico-práticas de todos os saberes envolvidos, e não a majoritária subordinação e redução de ciências ao Direito. Especialmente, em função da morosidade nos processos judiciais que duram, em média, cinco anos, possibilitando a desmoralização das crianças pela comunidade e a dificuldade das famílias de readquirirem o cotidiano pré-processual (SILVA; FERRIANI; BESERRA; ROQUE; CARLOS, 2013).

5 O RECONHECIMENTO DA VOZ OU QUANDO REPENSAMOS A JUSTIÇA

Nesse horizonte de otimismo, diferente da decisão judicial do Estado Chileno, a Corte IDH entende como fundamental considerar a “voz das crianças” e se alinha às críticas reunidas neste trabalho. Das considerações da Corte IDH, quando a mesma se vale das palavras do Comitê dos Direitos da Criança⁴⁰, podemos extrair, conforme Natália Muniz *et al* (2018):

40 Mais especificamente, cf.: Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral no 12, nota 218 *supra*, par. 30.

- i) “não se pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”;
- ii) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”;
- iii) “a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida”;
- iv) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”;
- v) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”;
- vi) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”. (SOPRANI; AMORIM; LEGALE, 2018)

Uma outra forma de se repensar o modelo de justiça juvenil e, conseqüentemente, na criança enquanto sujeito de direitos, incide sobre a forma de percepção do Estado frente às crianças “transgressoras” de suas normas e a aplicação de seu poder punitivo, atualmente, exercido por meio de medidas socioeducativas. As alternativas para o trato judicial das crianças e adolescentes que cometeram ato infracional ou foram a elas imputadas as referidas condutas, de maneira minimamente aplicada no Brasil, são pelas vias da chamada justiça restaurativa, como historiografada por Pallamolla:

A justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas

práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas. Na década de 70 e 80 (no contexto norte-americano) falava-se em mediação entre vítima e ofensor e reconciliação. Neste momento, a justiça restaurativa estava associada ao movimento de descriminalização. Nos anos 70 encontrava-se em fase experimental e possuía experiências-piloto no sistema penal. Já na década de 80, tais experiências foram institucionalizadas. Na década seguinte (anos 90) a justiça restaurativa se expandiu e foi inserida em todas as etapas do processo penal. (PALLAMOLLA, 2009)

Via de regra, as formas de justiça restaurativa tratam de “*um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência*” (CNJ, 2016). Em relação às medidas socioeducativas, já se pode atestar que estas fazem parte de um sistema falho, que cria e recria cada vez mais os seus apreendidos⁴¹ (ROSA; LOPES, 2011). Assim, faz-se necessário mudar não só o modelo de justiça, mas também o olhar sobre o direito penal juvenil (ou infracional) e o seu processo, que deve ter foco na vítima e nos valores de direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana, tão prezada pela Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a instalação gradual das formas de justiça restaurativa, assim, mostra-se uma alternativa a ser considerada, especialmente no campo da justiça infracional juvenil, na medida em que seus princípios e execuções vão de encontro à lógica do aprisionamento e punitivismo, ainda alicerce das medidas sócio-educativas. Pelo contrário, as práticas da metodologia restaurativa dão enfoque na autonomia dos envolvidos, e, no presente caso, das crianças, de modo que o principal intuito é a sua própria percepção dos fatores relacionais, institucionais e sociais do conflito.

41 Como na notícia: “Em 2017, segundo levantamento obtido com exclusividade pelo Estado, 21,93% dos internos já haviam passado pela Fundação Casa outra vez. É praticamente o dobro da taxa de 2010.” 1 em cada 5 internos da Fundação Casa é reincidente; nº é recorde. **Estado de São Paulo**, São Paulo. 05 out. 2017. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,1-em-cada-5-internos-da-fundacao-casa-e-reincidente-n-e-recor-de,70002028041>

Para fins de exemplos práticos e ilustrativos, interessante é apontar que, anos após a primeira leva de projetos de justiça restaurativa, surge, na cidade de Belo Horizonte (MG), uma expressiva prática de métodos restaurativos em atendimentos socioeducativos. Instaura-se, em 2015, a Comissão de Justiça Restaurativa (CJR), a qual é instalada no Fórum Permanente do Sistema de Atendimento Socioeducativo de Belo Horizonte, ancorando-se na Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que apresenta em seu corpo a busca pela adequação dos atos socioeducativos aos princípios constitucionais e aos direitos humanos.

Então, a CJR busca implantar uma metodologia restaurativa em conjunto com uma série de entidades do poder público, como o Ministério Público e Defensoria Pública, fato inédito para a justiça restaurativa brasileira. Em síntese, no presente equipamento, a prioridade de trabalho restaurativo é constituída pelos casos oriundos do Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional de Belo Horizonte (CIA-BH), enquanto que a sua continuidade se dá a partir de uma intervenção com participação das famílias, prática esta realizada em conjunto com profissionais da psicologia (FERRARI, 2015).

Como apontado, já na atualidade existe a possibilidade de se repensar a justiça e seus modelos. Com o enfoque no repensar a justiça juvenil, as diretrizes adotadas pela Corte IDH ao julgar o caso Karen Atala e crianças vs. Chile (2012), demonstram as potencialidades e capacidades da criança no processo judicial e administrativo. De outro lado, com enfoque em novas formas de resolução de conflitos, as práticas da justiça restaurativa nos ajudam a repensar o sistema atual de justiça, propondo, na mesma direção que as diretrizes da Corte IDH, uma maior autonomia e participação voluntária da criança na resolução e entendimento do conflito a qual se está inserida.

6 CONSIDERAÇÕES: CONVITE A REINVENÇÕES

O trabalho infantil, o alistamento de menores no tráfico de drogas, o contingente de adolescentes grávidas e de jovens de rua são exemplos vivos de que a “infância pura” é uma invenção moderna nascida na Europa que não corresponde a diversas realidades brasileiras. Felizmente,

para as posições assimétricas e subalternas em que as crianças são alocadas tendo sua voz recusada como ruído, como no caso Atala Riffó, e extorquidas, como no depoimento especial, verificam-se críticas propositivas, como o reconhecimento de suas vontades pela Corte IDH.

O crescente questionamento sobre a essa condição de minoridade imposta às crianças convida o Direito outras disciplinas a se reinventarem. Entendendo que o Direito não pode ser consequente a capacidade de formar opiniões e desenvolver competências, mas antecedente, nossa principal preocupação deve ser assegurar um espaço de expressão dos sujeitos. Para isso, é preciso buscar formas de pesquisa e intervenção que possibilitem recalitrâncias dos sujeitos interrogados. Práticas construídas e fomentadas pelo contato e diálogo com as crianças, na esteira dos modelos de justiça restaurativa. A autonomia preconizada pela última, é defendida, aqui, como chave para repensar o uso e teorização da categoria clássica de criança enquanto “sujeito de direito”.

O estatuto de “sujeito” reforça a capacidade da pessoa em falar sobre si, reconhecendo, dialogando e defendendo suas demandas singulares. Ao costurar “direito” nessa expressão, destacamos a coletivização de um conjunto de necessidades e consequente responsabilização estatal por garantir acessos aos bens e serviços fundamentais para que cada e toda pessoa seja capaz de exercer liberdades de escolha, diante de suas condições sócio-materiais, e de falar por si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÉS, P. *História Social da Criança e da Família*. Zahar, Rio de Janeiro, 1979.
- BADINTER, E. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.
- BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BELOFF, M.. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

- BERNER, V. Estatuto da Criança e do Adolescente e Direitos Humanos: uma abordagem jurídico-social. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 83-97, 2008.
- BIRMAN, J. (2008) Entre o público e o privado. *Sexos - a trama da vida*, 3, 6-13.
- BRITO, L. M. T.; FERNANDES, T. A escuta de crianças no sistema de Justiça no Brasil: ações e indagações. *REVISTA DESIDADES*, n. 9, 2015.
- CASTRO, L. R. O futuro da infância e outros escritos. Rio de Janeiro: 7letras, 2013.
- CFP. Resolução 010 de 29 de junho de 2010. Institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf
- CNJ. Resolução 225, de 31 de Maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf
- CORTE IDH. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 do caso Atala Riffo e crianças vs. Chile. Mérito, reparações e custas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Costa Rica, 24 de fev. de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf
- FÁVERO, E. T. (2007). Metodologia “Depoimento sem Dano”, ou “Depoimento com redução de Danos” CFESS. Ofício Circular n ° 626/2007.
- FERRARI, A. T. R. et al. Práticas Restaurativas no Atendimento Socioeducativo em Belo Horizonte. *LUMIS - Revista Eletrônica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte. 2015.

- FERREIRA, A. A. L. O múltiplo surgimento da psicologia. In: JACÓ-VILELA, A. M.; FERREIRA, A. A. L.; PORTUGAL, F. (Orgs.). História da Psicologia: rumos e percursos. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2006.
- JOÃO, C. U. Justiça Restaurativa e sua implantação no Brasil. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, DF n. 7 p. 187-210 jan/dez. 2014. p. 187-210. Disponível em https://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo09_-_camila_ungar_jo%C3%A3o_e_eloisa_de_sousa_arruda.compressed.pdf
- LATOUR, B. How to talk about the body. *Body & Society*, v. 10, n. 2-3, p. 205-229, 2004.
- MEAD, M. *Coming of age in Samoa*. Nova York: W. Morrow & Company. 1928.
- MUNIZ, N. S. V.; LEGALE, S.; AMORIM, P. O caso Atala Riffo e crianças vs Chile da Corte IDH (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos. In: Casoteca do NIDH. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-atala-riffo-e-criancas-vs-chile-da-corte-idh-2012-aobrigacao-estatal-de-desarticular-preconceitos>
- NUCCI, G. de S. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PALLAMOLLA, R. da P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1ª. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- RODRIGUES, E. *A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- ROSA, A. M. da; LOPES, A. C. B. *Introdução crítica ao ato infracional. Princípios e garantias constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARTRE, J. P. O existencialismo é um humanismo. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

SCHOTT, F.; SANTOS, D. V. D. A psicologia e o depoimento sem dano, perspectivas entre a proteção e a inquirição, interfaces da psicologia e do direito. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

SILVA, L.M.P., BESERRA, M.A., ROQUE, E.M.S.T., FERRIANI, M.G.C., CARLOS, D.M.. A escuta de crianças e adolescentes nos processos de crimes sexuais: uma análise com enfoque na proteção integral. Cien Saude Colet, 2013.

STENGERS, I. Quem tem medo da ciência? Tradução de Eloísa de Araújo Ribeiro. São Paulo: Siciliano, 1989.

XAVIER, A. C. de P. Depoimento especial: uma necessária conversa entre o direito e a psicologia. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2018. Disponível em: <https://tede.utp.br/jspui/bitstream/tede/1512/2/DEPOIMENTO%20ESPECIAL.pdf>

DO MANGUIÁ À CORRERIA: NOTAS ETNOGRÁFICAS ACERCA DAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS ENVOLVENDO OS CONSUMIDORES DE CRACK E ÁLCOOL EM SITUAÇÃO DE RUA EM TRÊS RIOS/RJ

Jaider dos Santos Costa

Introdução

O presente artigo contempla, através do método etnográfico, os desdobramentos de pesquisa⁴² anteriormente realizada e novas observações acerca das relações sociais que se desenvolvem a partir da ocupação dos espaços públicos pelos usuários de crack e álcool, no Centro da cidade de Três Rios/RJ. Para tanto, propõe-se a continuar a discussão e desnaturalização do estereótipo criado em torno do crackudo e do alcoólatra, sujeitos que se encontram ocupando o espaço público de tal cidade e que, por vezes, se confundem no senso comum local. Além

42 COSTA, Jaider dos Santos; HONORATO, Matheus Ambrozio. **Crackudinho amigo? Notas etnográficas acerca da correria, conflitos e implicações da sociabilidade nas relações comerciais e na segurança pública.** Artigo apresentado na XIII Jornada do Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense – UFF, junto ao GT “Antropologia e a questão das drogas”, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2019.

disso, esta pesquisa tem como objetivo central compreender as categorias *manguia* e *correria*, estabelecendo interlocução com usuários das duas drogas que se encontrem em situação de rua, bem como com comerciantes locais, buscando refletir sobre o “problema social” das drogas. Eis que tal problema movimentava múltiplas dimensões da sociabilidade, necessitando de maior investigação no sentido de se identificar a constante movimentação dos ditos usuários em busca de recursos. Entender o contexto social desses indivíduos implica no estranhamento e na busca da compreensão acerca de como ocorrem as interações interna no próprio grupo de usuários de drogas em situação de moradia de rua, como as redes de sociabilidades, reciprocidades, solidariedades, interações e conflitos que representam circuitos e movimentos intensos que podem ou não interferir na vida da sociedade local.

Desenvolvimento

1. Fundamentação Teórica

O presente artigo, na perspectiva metodológica, segue características de um trabalho de cunho etnográfico (VELHO, 1980; DA MATTA, 1978) em sua relação com o Direito (KANT; LUPPETI, 2010; LUPPETI, 2010). Além disso, como embasamento teórico, de perspectiva empírica, usaremos, dentre outras, as ideias apresentadas e discutidas por Veríssimo (2015), por Cárdenas (2013), por Rui (2012), por Barros (2015) e por Marshall (1967).

Em seu artigo, Veríssimo (2015) aborda o chamado problema social das drogas e estabelece a identidade do *cracudo*, comparando a representação a qual usualmente tal expressão se refere aos relatos colhidos através de sua imersão no campo, em contato direto com os ditos *cracudos*, buscando compreender as sociabilidades em torno do consumo de drogas nos grandes centros e periferias do Brasil.

Dessa forma, Marcos Veríssimo (2015) observa, ao responder o questionamento proposto no próprio título de seu artigo (“Quem são os ‘cracudos’?”) que esta definição vai muito além da simples figura estereotipada do usuário de crack magrelo e sujo, mas alcança a ideia mais abrangente do *cracudo* como “antimodelo social”, ao apresentar que:

O cracudo, diferentemente do que ocorre com outras classes de consumidores de drogas postas na ilicitude, aglutina em sua pessoa tudo aquilo que não se deve ser, de acordo com modelos de sociabilidade, estética e desempenho associados a uma imagem muito difundida e verossímil de vida coletiva. O cracudo, segundo essa visão de mundo, é o antimodelo, o sujeito que deu errado ou que deve ser salvo (quer queira, quer não). (p. 304)

Neste diapasão, Analice Cárdenas (2013) afirma que:

O termo “cracudo” é uma categoria relacional, às vezes acionada, entre usuários, de forma jocosa, como um apelido, outras vezes, atinge tons ofensivos e serve como xingamento. Há, portanto, entre os usuários de crack, diferenciações internas e hierarquias que em relação ao controle de si próprio e que refletem diretamente na impressão causada de suas condições de usuários perante os demais. Manter condições de higiene como tomar banho, escovar dentes, usar desodorante, hidratante, principalmente entre mulheres, são diferenciadores da condição de cracudos. Ser solidário, dividindo objetos, drogas, retribuir quem já fez algo por você, fazer algum trabalho, prestar algum serviço, não ser somente um pedinte também são critérios de diferenciação. (p. 11)

Seguindo esta esteira, Taniele Rui (2012) observa que:

De Judith Butler (2002a; 2002b) partilho a ideia do abjeto como aquele cuja vida não é considerada legítima e, portanto, que é quase impossível de se materializar. (...) a minha tese caminha em outro sentido: menos que focar nas experiências dos usuários ou em suas biografias, os corpos abjetos aqui em destaque serão observados porque produzem gestões, territorialidades e alteridades. Com isso, sugiro que tais corpos se constituem nas relações com a substância, os espaços de uso, as redes de solidariedade e prestação mútua, os objetos necessários para o consumo, os atores sociais envolvidos no comércio, no consumo e na prevenção de danos decorrentes desse abuso, as distintas corporalidades produzidas a partir do uso de outras

substâncias e as políticas urbanísticas, sanitárias e repressivas. E que, uma vez constituídos, põem a nu uma série de relações específicas que envolve e emaranha saberes, ações, classificações e espaços urbanos. (p. 11)

Sendo assim, mais adiante, trarei as falas e posicionamentos dos interlocutores de minha pesquisa, como forma de demonstrar e contrastar as experiências e percepções colhidas por mim, junto ao campo de pesquisa, com aquelas colhidas pelos pesquisadores citados.

2. Metodologia

A metodologia empírica sugere estar em contato próximo e direto com os indivíduos que constituem seu objeto. Esse contato permite, sobremaneira a descrição etnográfica que se apresenta como plausível metodologia para a abordagem do presente tema.

A descrição etnográfica tem sempre uma dimensão interpretativa, pois, embebida nos símbolos que dão sentido às práticas e às instituições estudadas, procura dar conta de realidades cuja nitidez é por vezes de difícil apreensão. Tais símbolos e categorias nativas são sempre fundamentais para a elucidação de formas de vida locais, e sua compreensão demanda uma relativização das categorias e das pressuposições culturais dos pesquisadores, que não podem ser desprezadas, mas que precisam ser ressituidas ou recontextualizadas para renovar seu poder explicativo (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013).

Para tanto, me utilizei da interlocução com o campo de pesquisa e também com as pesquisas realizadas por outros pesquisadores acerca da temática abordada. Para o estudo no campo fiz uso da perspectiva etnográfica. Coletei dados contemporâneos oriundos de entrevistas com alguns moradores de rua usuários de álcool e crack, bem como com comerciantes locais que podem perceber as influências do *maguiar* e da *correria*.

Elaborei algumas perguntas, tais como, se os indivíduos se encontram em situação de rua; há quanto tempo moram na rua; se fazem uso de droga; se sim, qual(is); como ocorre a recepção pelos moradores de rua da região de Três Rios/RJ, quando de sua chegada;

como ocorre a recepção pela população da cidade; como a população os intitula; se fazem algum tipo de serviço; qual(is); como é a relação entre usuários de álcool e crack em situação de rua com o comércio local; entre outras.

As conversas com os moradores de rua ocorreram majoritariamente no período noturno e em pontos específicos na cidade, em razão da dificuldade em encontrá-los nos locais que geralmente são ocupados por esses grupos. Por outro lado, comerciantes foram entrevistados em horários comerciais.

Busquei, primordialmente, comércios expressivos no centro da cidade de Três Rios/RJ e que foram objetos de falas de alguns moradores usuários de drogas durante as entrevistas, entre eles, um restaurante e um hortifrúti.

Eis que o “problema social das drogas” pode movimentar múltiplas dimensões da sociabilidade, que se materializam no desconforto causado pelos “corpos abjetos” durante o *manguιά*, além do fato de que os ditos *crackudos* instituem uma comunidade estigmatizada e marginalizada, por serem o “antimodelo social”.

3. Resultados e Discussões

As descrições que irei apresentar são derivadas de etnografia e de interpretações antropológicas. Ademais, ressalto ainda que os nomes destinados aos atores sociais, bem como os nomes para designar os pontos comerciais são fictícios, no intuito de preservar as identidades e possíveis localizações dos mesmos.

3.1. Todo morador de rua é crackudo? O “problema social das drogas” e o estigma dos indivíduos em situação de rua em Três Rios-RJ

Início este tópico abordando a estigmatização percebida na cidade de Três Rios/RJ ao rotular todos os indivíduos que se encontram em situação de rua, como sendo crackudos. Assim, vale destacar as falas de alguns dos interlocutores, a começar por Lucas que nos relatou que acham que todo morador de rua é crackudo e ladrão! Que odeia

esse negócio de roubar, que prefere pedir⁴³. Tais falas foram, em sua maioria, gravadas. Momento em que os interlocutores passaram a me enxergar como pesquisador e, depois, como amigo que ali estava para os ouvir e dar atenção às suas respectivas realidades.

Nesta mesma linha, outro interlocutor aqui chamado de Davi, ao ser questionado a respeito da expressão *crackudo*, sobre como recebe quando alguém o chama assim, respondeu da seguinte forma:

– Ah véi, eu xingo, xingo, bato, sei lá... é... mas... não gosto de ser chamado assim! Porque eu sou apenas refém dessa droga, eu não sou *crackudo*, eu sou um refém! As pessoas tentam humilhar, mas eu não me sinto nem um pouco humilhado, porque eu sei a minha conduta, entendeu? Eu sei o meu conteúdo e minhas qualidade.⁴⁴

Já Ian (mais um dos interlocutores, talvez aquele que tenha contribuído com a maior parte do material desta pesquisa, veio a óbito, dois dias após nossa conversa e, não sei ainda a real causa da morte, ouvindo dizer apenas que o mesmo acordou de madrugada, tomou um café em um bar próximo ao local em que dormia, voltou a dormir e, pela manhã, foi encontrado morto, deitado, debaixo de sua coberta) ao receber a mesma indagação de Davi, nos respondeu assim:

– Às vezes, me dá uma indignação, porque eu não sou crackudo, eu nunca tive vício no crack, eu já experimentei, eu já usei. Não vááárias e várias vezes, algumas vezes, é uma sensação que, no momento, é boa, mas nunca me apeguei ao crack igual me apeguei a cocaína, me apeguei a maconha, drogas com sensação diferentes. O crack te deixa alucinado, pá, pá, pá... polícia vai vim, vai me prender... sei lá o que... tá todo mundo olhando pra mim... tem alguém me seguindo. Aí que eu fui reparando

43 Conversa/entrevista realizada com Lucas, no dia 01/10/2019, por volta das 18h30, na Praça São Sebastião, em Três Rios/RJ.

44 Conversa/entrevista realizada com Davi, no dia 08/10/2019, por volta das 18h40, após ter sido buscado por Anderson no Terminal Rodoviário, local em que se encontrava vendendo balas, para que conversássemos na Praça da Autonomia, em Três Rios/RJ.

nisso, que não é uma droga pra mim. Nenhuma droga é pra mim, né. Mas vou usar as que me causam menos danos. Pá, foi nessa que eu parei. Mas a cachaça eu já não consigo parar. Não consigo mermo, aí eu falo de coração, não consigo. Eu sou depende alcóolico mermo... NAAATO! Se eu não tiver cachaça, eu me mato. Não, não vou me matar, em termos, né, entre aspas. Mas faz muita falta pro meu oganirmo, quando eu acordo meu oganirmo pede, tem que tomar uma!

Assim, com as impressões dos atores envolvidos, busquei desnaturalizar o estigma e o estereótipo criado em torno do *crackudo* e do alcóolatra em situação de rua que, por vezes, acabam por se confundir no senso comum local.

No que tange ao chamado problema social das drogas, posso destacar a fala de um dos comerciantes que fora interlocutor desta pesquisa, qual seja: Joninha, dono de um conhecido restaurante na cidade de Três Rios/RJ, ao afirmar que:

– O que acontece hoje, o que gera o impacto na sociedade, do morador de rua pedinte, é a agressividade dele ao querer a droga. Ele chega num posicionamento que ele começa a vender bala, começa a vender esses artigos, criando fantasias de que tem pessoas doentes, que tá ajudando alguém. Aí a pessoa se sensibiliza com aquilo e compra o objeto dele. Por mais que compra o objeto dele, tá ajudando ele a comprar droga. E o que acontece, e eu por ser uma casa, um comércio que vendo comida, um comércio aberto, que uso a calçada pública, eu pago pra usar, eu pago pra isso, pago imposto de cada cadeira, de cada mesa. Só que, quando você senta na minha mesa, você senta pra descontrair, o que você ia gastar com psicólogo, você gasta comigo aqui. Só que o pedinte, ele tem esse desconforto pra você, que ele costuma passar dez a você pedindo alguma coisa. Isso me incomoda. Por isso que eu prefiro matar a fome dele, pra ele não incomodar a sociedade. Só que, quando eu abro muito a mão, é outra situação, só que quando abro muito a mão pra eles, eles ficam muito repetitivos, querendo, querendo, querendo... e muita das vezes, eles não aceitam um não,

porque tem hora que estão muito bêbados. E o que ocorre aqui na cidade de Três Rios é que nós temos uma briga junto ao Poder Público, que é a Ordem Pública junto com o Setor Social. Na hora que você deconfronta o problema de pedinte com eles, um fica jogando para o outro e fala que o problema é meu que fico dando comida pra eles, por isso que eles ficam aqui. Você tá entendendo? Então é complicado, tive que bater de frente com eles, porque morou dez dias uma família aqui do meu lado, comendo e bebendo comigo. Então, quando você vai pedir uma ajuda ao Poder Público, não pra remoção do cara de forma errada, porque não é um bicho que tá ali, pô. Tem que pegar o cara e devolver o cara direitinho, vê de onde o cara é, tá. [...] O cara de rua hoje, ele trabalha da seguinte forma, ele cria um desconforto no cidadão, esse desconforto que gera atrapalhar o comércio. Ah, mas o cara te atrapalha pedir uma comida aqui? Não me atrapalha em nada! É obrigação minha como cidadão, entende? Mas esse desconforto que gera, isso que é ruim, entendeu?⁴⁵

Posicionamento semelhante se percebeu durante a conversa com Luiz, encarregado por um hortifrúti, situado no Centro de Três Rios/RJ, que relatou que tem o costume de ajudar os moradores de rua quando passam pedindo alguma coisa, com a intenção de se livrar deles, porque “atrapalham o comércio”. Que na sua opinião, “todos os moradores de rua têm problema com drogas, crack, essas coisas, que são *crackudos*”.⁴⁶

Assim, muito mais do que o simples ato de *manguirá*, provocar desconforto na população, Barros (2014, p. 586) afirma que a própria “corporalidade do *noia* provoca desconfortos”.

Com os relatos colhidos durante a pesquisa, identifiquei que o dito problema social das drogas, na cidade de Três Rios, passa pelas interações entre os usuários, o comércio local, as famílias e, o Poder Público

45 Conversa/entrevista realizada com Joninha, no dia 11/10/2019, por volta das 17h01, no interior de seu restaurante localizado na cidade de Três Rios/RJ.

46 Conversa/entrevista realizada com Luiz, no dia 11/10/2019, por volta das 16h30, no interior do hortifrúti ao qual é encarregado, localizado na cidade de Três Rios/RJ.

que, algumas vezes, deixa de atuar e acaba atribuindo uma espécie de culpa (ou responsabilidade) aos comerciantes que auxiliam tais usuários em situação de rua.

3.2. Do *Manguirá* à *Correria*⁴⁷: implicações sociais envolvendo os usuários de Álcool e Crack em Situação de Rua

A *correria*, segundo CÁRDENAS (2013, p. 19):

é uma ação importante de trocas e de circulação. A *correria* é qualquer forma de atividade que gere dinheiro ou ainda bens para serem trocados por dinheiro. Essas atividades não são distinguidas entre o lícito e o ilícito. Qualquer atividade que gere dinheiro, até mesmo ser pedinte é vista como *correria*. Há uma variedade de modos de obter essa troca permanente, e as atividades ganham valorações morais distintas. Ser pedinte, sem nada para trocar ou inteirar é moralmente pior: é coisa de “*crackudo*”, como ouvi.

Em contrapartida, a *correria* se distingue da ideia de *manguirá* pelo fato de que a última se refere ao ato de apenas pedir, mendigar, sem qualquer troca e/ou circulação. O que, para os interlocutores, não se caracteriza como coisa de *crackudo*, como algo moralmente pior, pelo contrário, eis que há uma valorização do *manguirá* em detrimento daqueles que furtam ou roubam para garantir subsistência. Fato que se traduz na fala de Lucas, ao afirmar que “odeia esse negócio de roubar, que prefere pedir”.

Ainda na ideia de *manguirá*, que fora apresentada por Ian, o mesmo relata que:

Sai cada um prum lado, um vai pedir um macarrão ali no mercado, outro vai ali no outro mercadinho pede um caldo Knorr,

47 Termo nativo que se refere ao ato de pedir, mendigar. E que fora observado também por Cristina Maria da Silva ao orientar a pesquisa de Mário Luís Moreira da Silva (SILVA, 2014, p. 6).

e ali rola a nossa *intera*⁴⁸ e todo mundo. Aí, o Anderson sabe disso, é tistimunha viva [inteligível] é dez, doze cabeça assim, geral comeno, faz um *suanzim*⁴⁹, um ossim de porco, tá todo mundo ali, pá. Miojo mêmo, uns QUAAATRO, cinco miojo, cada um come um pouquinho, pá, pá, pá, tranquilo, coletividade.

Assim, a marginalização dos usuários de drogas em situação de rua em Três Rios/RJ pode ser vista como um problema social a ser enfrentado pelo Poder Público e pela sociedade, mas que, em razão do sistema adotado em nosso país, que estabelece impedimentos que aumentam o abismo entre as classes sociais, gerando ainda mais desigualdade, não permitindo que tais interlocutores percam o *status* de marginalizados, reduzindo-os ao “antimodelo social” apresentado por Veríssimo (2015). O que pode se materializar na ideia de “corpos abjetos” apresentada por Rui (2012).

Isto posto, me remeto às ideias de Marshall (1967) que afirma que “na sociedade feudal, o status era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade”. Ora, com o “antimodelo social” do *crackudo* com seus “corpos abjetos”, como *status* que acentua sua desigualdade e marginalização perante a sociedade, será que ainda vivemos em uma sociedade feudal?

Por fim, ousou apresentar uma percepção acerca daqueles indivíduos que se encontram em situação de rua, portanto, marginalizados, caracterizados como “antimodelo social” e vistos como “corpo abjetos”, cujo *status* acentua a desigualdade, encontrando no consumo de drogas (quer sejam lícitas ou ilícitas) a garantia, ainda que momentânea, de momentos de prazer, bem-estar, traduzindo-se na manutenção da *onda*⁵⁰ e, buscando no *manguiá* uma forma de, ao menos, serem notados, receberem atenção. Fato que se assemelha com um dos relatos de

48 Termo nativo que se refere a parte dos valores, comidas e/ou drogas conseguidas pelos integrantes de determinado grupo.

49 Termo nativo não identificado, que nos pareceu se tratar do “ossinho de porco”, mas não tivemos a oportunidade de retornar para esclarecer seu significado, já que nosso interlocutor veio a óbito, conforme já informado anteriormente.

50 Termo utilizado para caracterizar a sensação do usuário de drogas durante o consumo de determinada substância.

observação de campo da Taniele Rui (2012, p. 290), senão veja:

Marquinho é insistente. Repetindo a mesma súplica, ele logo vira motivo de piada, de zombaria, de ironia. Pede dinheiro para quem também tem pouco dinheiro (ao contrário do candidato a governador). A ameaça dos olhos, notada por quem os encara, não convence ninguém. O aspecto ameaçador não funciona, o de pedinte necessitado tampouco. Possui uma expressão que mistura essas feições, mas não se encaixa perfeitamente em nenhuma delas. O efeito é o inverso do desejado: os outros não dão valor ao seu pedido, não sentem pena; apenas riem. Foi diante desta cena que me dei conta de que o abjeto não provoca só repulsa. Provoca também muita risada. De repente, aquilo que era só a espera de um ônibus se torna uma grande movimentação. Todo o terminal já tem os olhos voltados para Marquinho. Se, de um lado, a sua súplica nos leva a pensar na persistência de uma condição de humilhação, de outro, também há que se reconhecer que só assim ele experimenta estar no centro de toda a atenção. Só assim tem nome próprio.

Com o relato acima, Rui demonstra que os ditos “corpos abjetos” que os *crackudos* ostentam e o seu ato de *manguia* não os alçam apenas a condição de repulsa, mas também os conseguem posicionar no “centro de toda a atenção”, ainda que como motivo de chacota.

Conclusão

Com o presente trabalho procurei apresentar os desdobramentos dos dados obtidos através da pesquisa de cunho etnográfico realizada na cidade de Três Rios/RJ, com os usuários de álcool e *crack* em situação de rua. A análise empírica serviu de embasamento para observar a sociabilidade que permeia o campo de pesquisa, além de discutir o problema social das drogas, estranhar e desnaturalizar o estigma criado pelo senso comum que enxerga todos os usuários pejorativamente como *crackudos*. Com tal análise, ao colocarmos em diálogo os dados obtidos (com os diversos interlocutores) com a bibliografia que aborda a temática, foi possível verificar que, ao generalizar pejorativamente a

expressão *crackudo*, os indivíduos em situação de rua passam a ser vistos como o “antimodelo social” e, portanto, não conseguem modificar seu *status*, razão pela qual a desigualdade continuará a prevalecer, já que há uma espécie de aversão aos seus “corpos abjetos”.

Nesta linha, o principal objetivo do artigo foi problematizar tais questões apresentadas, confrontando as falas dos diversos interlocutores com as minhas percepções individuais, enquanto pesquisador que passou a voltar seu olhar ao aumento de moradores de rua na cidade de Três Rios/RJ, bem como as práticas do *manguiá* e da *correria* na tentativa de se manterem financeiramente e serem notados pela população, ao se colocarem no centro das atenções.

Por fim, apesar das dificuldades encontradas durante o processo de coleta de dados, os interlocutores em situação de rua, dentre suas possibilidades, se mostraram solícitos e demonstraram que continuam a buscar o convívio social e sua aceitação, sem estigmas, sem julgamentos e, sem ideias pejorativas pré-concebidas, o que pode ser finalmente sintetizado nas palavras de nosso interlocutor Lucas: “Gostei de conversar com vocês! Valeu mais a conversa do que qualquer ajuda! Vocês são uns amores!”

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições.** Conflitos, Direitos e Moralidades em perspectiva comparada, v. 2, p. 127-152, 2010.
- BARROS, Tatiane Vieira. **RUI, Taniele. Nas tramas do crack. Etnografia da abjeção.** São Paulo: Terceiro Nome, 2014. Disponível em: [www.revistas.usp.br › cadernosdecampo › article › download](http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/download). Acesso em: 15/03/2020.
- CÁRDENAS, Analice Barbosa. **O consumo de Crack no Rio de Janeiro: alguns circuitos, muitas sociabilidades.** Monografia (graduação), Ciências Sociais – UFF, 2013. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5627/1/2015_O%20Consumo%20de%20Crack%20no%20Rio%20de%20Janeiro%20alguns%20circuitos%2C%20muitas%20sociabilidades.pdf. Acesso em: 26/08/2019.

- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís R. 2013 “Concretude Simbólica e Descrição Etnográfica (Sobre a relação entre antropologia e filosofia)”, **Mana** 19(3): 409-435, 2013. ISSN 0104-9313.
- COSTA, Jaider dos Santos; HONORATO, Matheus Ambrozio. **Crackudinho amigo? Notas etnográficas acerca da correria, conflitos e implicações da sociabilidade nas relações comerciais e na segurança pública.** Artigo apresentado na XIII Jornada do Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense – UFF, junto ao GT “Antropologia e a questão das drogas”, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2019.
- DA MATTA, Roberto. **O ofício de etnólogo, ou como ter “Anthropological blues”.** In: A aventura sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico e; VERÍSSIMO, Marcos. **A “dura” e o “desenrola”:** efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31716/20238>. Acesso em: 26/08/2019.
- KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica.** ENCONTRO DA ABCP, v. 7, 2010.
- MARSHALL, T. H. Cidadania Classe Social e Status. In_____. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro Zahar, 1967.
- MOTTA, Yuri J. de P. **Canabis em foco: percepções sobre drogas e políticas públicas em Angra dos Reis.** Monografia (graduação), Bacharelado em Políticas Públicas – UFF, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/3047/1/Monografia%20Yuri%20Jos%c3%a9%20de%20Paula%20Motta.pdf>. Acesso em: 26/08/2019.
- POLICARPO, Frederico. **O consumo de drogas e seus controles: uma perspectiva comparada entre as cidades do Rio**

- de Janeiro, Brasil, e de San Francisco, EUA.** Tese (doutorado), PPGA – UFF, 2013. Disponível em: https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/policarpo_consumo_drogas_rj_sf_2013.pdf. Acesso em: 26/08/2019.
- RUI, Taniele Cristina. **Corpos abjetos: etnografia em cenários de uso e comércio de crack.** Tese (doutorado), PPGAS – UNICAMP, 2012. Disponível em: http://www.neip.info/downloads/Taniele_Rui_Tese.pdf. Acesso em: 15/03/2020.
- SILVA, Cristina Maria da. **Entre o ensinar e o aprender: caminhos metodológicos para a compreensão de experiências urbanas.** Disponível em: http://repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/21186/1/2014_art_cmsilva.pdf. Acesso em: 14/10/2019.
- SILVA, Gabriel Borges. **Entre precariedades e os “direitos” que delas advém: uma etnografia do Mercado Popular da Uruguaiana.** Dissertação (mestrado), PPGDC – UFF, 2014. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/9393/1/SILVA%2C%20Gabriel%20Borges.%20Entre%20precariedades%20e%20os%20direitos%20que%20delas%20adv%C3%A9m_uma%20etnografia%20do%20Mercado%20Popular%20da%20Rua%20Uruguaiana%28EU16%29.pdf. Acesso em: 02/09/2019.
- VELHO, Gilberto. **Observando o familiar.** In:_____. Individualismo e cultura: notas para uma antropologia da sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1980.
- VERÍSSIMO, Marcos. **Quem são os ‘crackudos’? Apontamentos para o estudo antropológico de um problema ‘social’.** In: DILEMAS – Vol. 8 – n.º 2 – ABR/MAI/JUN 2015 – pp. 303-327. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7294/5873>. Acesso em: 04/09/2019.

UMA ANÁLISE DA DIFERENÇA ENTRE AS CRENÇAS DE HOMENS E MULHERES SOBRE O CASAMENTO

Sílvia Maria Zalona Vieira

Cristiane Moreira da Silva

Angélica Scharder Dimitriou

Mayara da Rocha Lima

Introdução

Desde o reconhecimento da Psicologia Jurídica como ramo de atuação, mesmo que não exista um marco histórico específico que possa ser apontado, Psicologia e Direito se interligam em diversas áreas, com uma concentração mais específica no campo criminal e nas questões de família, seja na elaboração de laudos psicológicos ou em uma atuação especializada do psicólogo nas questões de casais em conflito, adoções, jovens em conflito com a lei, entre outras.

Para pensar a atuação da Psicologia Jurídica com família adotamos a Cognição Social, ramo da Psicologia Social responsável pela investigação dos processos cognitivos dos indivíduos e suas implicações no comportamento – tais como as crenças que se constroem nas interações sociais e as atitudes ou predisposições para ação que são orientadas por essas crenças.

A presente pesquisa aconteceu na 1ª Vara de Família da comarca de Itaipava, Petrópolis, RJ e fez parte de um projeto maior de implantação de núcleo de assistência e acompanhamento psicológico junto à

Defensoria Pública da mesma comarca. Entende-se que é preciso conhecer qual a crença dos envolvidos em conflitos judiciais nas varas de família sobre casamento, separação e guarda compartilhada e o presente artigo vai tratar dos resultados obtidos no recorte relativo à crença dos participantes sobre o casamento.

1. UMA VISÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

O Direito de Família é considerado como o Direito Privado “por excelência”, pois “regula as relações dos particulares entre si, com fundamento na igualdade jurídica (relações jurídicas de coordenação) e na autodeterminação (autonomia privada)” Garcia (2015, p.140) e, no Brasil, passou por diversas transformações tanto estruturais quanto funcionais que podem ser percebidas a partir da análise dos princípios norteadores de suas normas, diversos deles previstos na CRFB e presentes expressamente no próprio Código Civil (CC).

Gagliano e Pamplona (2017) entendem que a expressão família contém diversas modelos que devem ser contemplados pela legislação tanto constitucional quanto infraconstitucional tendo em vista o art. 226 da CRFB determinar que ela é o fundamento da sociedade, apresentando três categorias diversas para sua formação: casamento, união estável e monoparental, que valorizam a liberdade afetiva e a mudança dos valores sociais. Para os autores a norma possui característica de estrutura aberta, permitindo outros arranjos familiares socialmente construídos e se constitui em meio para busca de felicidade e realização pessoal.

Segundo Rosa (2016), o antigo poder patriarcal da família greco-romana seria designado como *pater familias*, uma posição ocupada sempre por um homem, com plena capacidade jurídica e colocado no lugar do chefe da família, não importando que fosse solteiro ou casado, tivesse filhos ou não, desde que fosse o ascendente masculino mais velho vivo, mesmo uma criança, mas detentor da posição de chefe de família. Esse grupo social era composto por qualquer um que estivesse submetido a tal poder, fosse filho, adotivo ou não, sobrinho, irmão, servos ou escravos e qualquer direito patrimonial seria apenas do pater, incluindo os dotes negociados pelos casamentos arranjados (Rosa, 2016; Cezar-Ferreira & Macedo 2016)

A partir da queda do Império Romano e a introdução do catolicismo no Ocidente, a mudança na noção de moral da sociedade abre caminho para o dever de afeição em relação aos filhos e nos séculos XVII e XVIII, e essa sociedade diante da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, transforma-se interna e externamente, com a urbanização das cidades e as construções de menor tamanho, possibilitando a convergência do fenômeno da afetividade para o interior da família, a inclusão da mulher no mercado de trabalho e os sentimentos sendo direcionados para o próprio indivíduo (Rosa, 2016; Cezar-Ferreira & Macedo, 2016).

De acordo com Rosa (2016), na conjuntura do Estado Liberal de Direito que a família se transforma em um ente jurídico, organizado pelo Estado Social do século XX, com o aprofundamento da separação entre o espaço público e privado e o início da proteção à infância que passa a ser cuidada não só pela família, mas também por terceiros, na esteira da promoção da dignidade humana (Cezar-Ferreira & Macedo, 2016; Rosa, 2016).

Podemos compreender que para a Psicologia a evolução da sociedade trouxe diferentes parâmetros acerca do conceito de família, o que leva ao pensamento de que não há um modelo único e determinado e sim diversas estruturas de relações e arranjos familiares convivendo de forma dinâmica e complexa com as normas que regulam a sociedade (Wagner, Tronco e Armani, 2011). De acordo com Cezar-Ferreira e Macedo (2016) não há arranjo nem definição melhor ou pior, mas sim diferente: laços sanguíneos, residência, quem cuida ou quem representa o afeto.

Dessa maneira entende-se que são concepções que, sob a ótica jurídica consideram a entidade familiar como unidade de cuidado e sob a perspectiva psicológica analisam se são funcionais e afetivas na sua essência, evidenciando-se a noção de família compartilhada com a lei de unidade de cuidado com o indivíduo.

2. A FAMÍLIA PARA A PSICOLOGIA

Independente da teoria psicológica a partir da qual se entende o conceito de família, tanto o tipo de vínculo estabelecido entre os sujeitos e quanto a qualidade das relações serão fatores fundamentais para

o desenvolvimento e estruturação da personalidade dos sujeitos. Seja na definição de Roudinesco (2003) de que a família “se assemelha a uma tribo insólita, a uma rede assexuada, fraterna, sem hierarquia nem autoridade, e na qual cada um se sente autônomo ou funcionalizado” (p. 72) ou no entendimento de Féres-Carneiro e Magalhães (2011) da “coexistência de diferentes modelos ou mesmo da presença de modelos híbridos de família” (p.118) incluídas as famílias casadas, separadas, recasadas, monoparentais ou homoparentais, o que se apresenta relevante para o sujeito é que “é preciso que a família dê oportunidades para que ele seja capaz de se identificar com outros agrupamentos sem perder o sentido de continuidade pessoal” (Palermo, Magalhães, Féres-Carneiro & Nonato Machado, 2016, p. 133)

Essa visão fluida do conceito de família, de como se constitui e se comporta denota que, do ponto de vista da ciência psicológica, não se deve falar em uma crise na família e sim como pontua Wagner *et al* (2011) uma “crise do modelo tradicional de família”. Ao longo do tempo, o significado do termo “família” vai se transformando e sendo analisado a partir da perspectiva social, o que nas palavras de Soares (2015) “significa definir a que família, momento histórico, país e estrato social estamos nos referindo” (p. 23).

Em um dado momento histórico, as relações familiares já foram estabelecidas pela ligação não só de pais e filhos, mas destes com a comunidade a que pertenciam, sempre com prevalência do público sobre o individual. Esse cenário começa a se transformar no decorrer dos séculos XVII e XVIII, com o aparecimento da afeição entre os membros da agora chamada família nuclear – aquela em que o casal se encarrega de cuidar e construir um núcleo entorno dos filhos sem a interferência da rede social em que está inserido – e, a partir desse momento, a modernidade do século XX vai introduzindo conceitos como felicidade pessoal, autodesenvolvimento e capacidade/possibilidade de escolha, de modo que o sentimento passa a ser determinante não só nas relações conjugais e parentais como nas interações dessas relações com a comunidade (Ponciano & Féres-Carneiro, 2003; Fonseca, 2006).

Ao longo da segunda metade do século XX e início do século XXI, o que se viu foi uma rápida transformação no modelo familiar e a constatação de um fenômeno: a coexistência de diferentes forma-

tos de relações familiares, que não se sobrepõem, mas sim dividem o espaço da construção social, apoiadas tanto na ideia de diversidade e individualização quanto nos conceitos anteriores de hierarquização das relações familiares e na separação dos domínios femininos e masculinos (Negreiros e Féres-Carneiro, 2004; Ponciano e Féres-Carneiro, 2003; Soares, 2015)

Negreiros e Féres-Carneiro (2004), Cezar-Ferreira e Macedo (2016) Martins, McNamee e Guanaes Lorenzi (2015) e Soares (2015) apontam o crescimento do individualismo, a separação do público e do privado, a autonomia e a independência econômica e o avanço das tecnologias como acontecimentos que ensejam a mudança de configuração da instituição familiar. A igualdade emprestada aos valores de homens e mulheres na busca de suas realizações individuais alterou a administração e a noção do arranjo familiar tradicional, que tinha como base a separação dos domínios masculino e feminino nos campos público e privado, encerrando o que se pode chamar de “hierarquização das individualidades” (Soares, 2015, p. 27).

Fonseca (2006), Cezar-Ferreira e Macedo (2016), Soares (2015), afirmam que é a partir desse momento que, de uma maneira geral, os sujeitos se aproximam e se conectam apenas por critérios pessoais, sem pressão externa da comunidade ou da família, sem um objetivo patrimonial ou de manutenção da antiga linhagem familiar. O casamento e a construção da família não serão mais um objetivo, mas sim a consequência do encontro e da vontade dos indivíduos, abrindo espaço para o fim do binômio homem provedor financeiro e mulher provedora de afeto.

De acordo com Souza e Moreira (2013), esse conceito atual de família evolui a partir da inclusão da mulher no mercado de trabalho, o que proporcionou a possibilidade de realização profissional, maior independência financeira e a construção de um melhor pacto conjugal. Para as autoras, esse movimento social constante representa um desafio na manutenção do bem-estar das relações e da convivência pautada na colaboração, já que estará sujeita a adaptação dos sujeitos à todas essas variações.

Na visão de Wagner et al (2015) a família se funda, então, a partir do contexto sociocultural em que se insere, apresentando diferentes configurações – definidas pelos elementos que a compõem, como pai ou pa-

drasto, mãe ou madrasta, irmãos, avós, tios – e organizadas em diferentes estruturas, que são definidas pelo padrão de interação dos membros e não pela sua configuração. Dessa forma, não se determina o modelo de funcionamento de uma família ou a forma como seus membros interagem, se há uma hierarquia bem definida e um bom nível de saúde familiar pela forma como ela se compõe, se é nuclear, monoparental, homoafetiva ou recasada, mas sim entendendo-se o grupo familiar como um mediador entre o indivíduo e a sociedade, em permanente reformulação de seus valores (Féres-Carneiro & Magalhães, 2011).

De acordo com Soares (2015) a modernidade caracterizada pelo individualismo vai interferir diretamente no relacionamento amoroso que origina a construção do grupo familiar, provocando um aumento na incidência das separações e no surgimento de diferentes rearranjos familiares. No entendimento de Martins et al (2015) os laços familiares se constroem a partir de processos sociais dos sujeitos, gerando diferentes entendimentos. Essas diversas configurações priorizam os aspectos da subjetividade presentes nas relações, em contraste com uma compreensível rigidez da visão constitucional do termo, por levar em conta fatores que vão além da consanguinidade ou declaração legal, no caso da adoção, como coabitação, parentesco, afinidade e afetividade, que advém principalmente da forma de organização desses laços e das interrelações entre seus membros (Wagner *et al*, 2011).

Cabe à ciência psicológica indagar como pode haver apenas uma definição de família que sirva a uma sociedade plural e heterogênea, priorizando uma abordagem crítica da família que identifique as tendências de evolução dos arranjos familiares e daquilo que é aceito como válido pelo sujeito “em um período de rápida mudança, no qual a complexidade de suas configurações, a partir de uma perspectiva visionária, pela primeira vez na história, pode ter uma chance de uma ordem de gênero e parentesco verdadeiramente democrática” Martins et al (2015, p. 12).

3. CASAMENTO: UM ACORDO NEM SEMPRE DESCOMPLICADO

Família e casamento são instituições intrinsecamente relacionadas e modificadas através dos tempos e da mudança dos contextos sociais,

principalmente com a ascensão da importância do amor romântico no século XIX, o que permitiu que os laços conjugais começassem a se formar a partir de escolhas individuais e puramente afetivas, com características de reciprocidade dos sentimentos e compromisso de suporte mútuo, em contraposição às uniões arranjadas e centradas na conservação do patrimônio e da linhagem constatadas nos séculos anteriores (Souza, 2006; Alves, Arpini & Cúnico, 2014).

Mesmo com o vínculo sendo inserto em uma vida líquida e instável o estabelecimento desse laço conjugal pode acontecer a partir de diferentes motivações inconscientes (Souza, 2006) ou, ainda, a partir da reformulação das relações em que a possibilidade do afeto passou a determinar as escolhas e o amor passou a ser responsável por definir novos modelos para o casamento, revelando um momento de desafio para essas uniões (Hintz, 2006). Segundo Ponciano e Féres-Carneiro (2017) e Hintz (2006) existe na formação do casal uma dinâmica única, que se organiza a partir de valores, histórias e estruturação das regras de cada uma das famílias de origem dos parceiros, e estes experimentam ao longo da sua história, mudanças em suas individualidades e nos motivos que os uniram, indicando quase sempre uma significativa alteração na qualidade da união conjugal.

Modelos novos e antigos de união convivem no mesmo espaço e tempo social, representados por uniões em que as mulheres se lançam no mercado de trabalho exercendo papéis antes reservados aos homens, mas acumulando ainda funções que deveriam ser repartidas com os parceiros, como o cuidado com os filhos e a casa. O homem não possui mais o poder econômico que lhe conferia o papel de provedor mas continua apegado a valores tradicionais, apontando que a diferença entre os gêneros ainda precisa caminhar para uma posição mais igualitária dentro do casal conjugal (Negreiro & Féres-Carneiro 2004).

Para Vieira (2015) uma maior funcionalidade do par conjugal está intrinsecamente ligada à capacidade de cada um dos membros de equilibrar sua individualidade e as influências de sua família de origem com essa união em que se forma uma identidade conjugal própria. Segundo a autora, pessoas casadas apresentam maiores níveis de bem-estar físico e psicológico, o que faz com que o casamento seja um grande preditor de boa saúde física e mental. De maneira paradoxal, o processo de se

tornar um casal é marcado por mudanças, negociações e decisões que muitas vezes podem causar variados níveis de estresse e insatisfação (Wiltgen Tissot & Falcke, 2017) o que ao final pode comprometer a boa qualidade de vida apresentada pelo casal.

De acordo com Juras e Costa (2016) a maior parte dos estudos nacionais e internacionais relativos às relações conjugais e seu rompimento tem como sujeitos de pesquisa integrantes das classes média alta. Dessa forma, que devem ser consideradas particularidades na formação do casal tanto no que diz respeito à percepção de casamento pelos diferentes gêneros quanto no que tange à dimensão sócio econômica do par conjugal. Pesquisas realizadas por Negreiro e Féres-Carneiro (2004) indicam que mulheres tendem a definir a escolha e o casamento como resultado de amor e paixão diferentemente de homens que realçam os aspectos práticos como a atração física e a constituição da família como sendo os motivadores para a constituição da díade conjugal.

Já no que concerne ao aspecto sócio econômico, Juras e Costa (2016) constataram que, dependendo da conjuntura socioeconômica, os motivos para formação do par conjugal também incluem estratégias de sobrevivência como necessidade de moradia, aspectos relacionados a dificuldades financeiras de ambos, vulnerabilidade social e gravidez precoce. As autoras apontam a necessidade de um enquadramento próprio nas investigações de cada realidade familiar e de suas particularidades, “como contexto de miséria, discriminação, desemprego, mortes precoces, abuso de substâncias e envolvimento infracionais, influenciadas por diversas exclusões sociais e institucionais” (p. 3).

Em pesquisas realizadas por Wiltgen Tissot e Falcke (2017) e Vieira (2015) as autoras apontam que satisfação e qualidade conjugal são conceitos complementares, próprios de cada relação e que são intrinsecamente relacionados, já que os resultados indicam que para os integrantes da relação o compromisso com o relacionamento é fator mais importante do que a intimidade e a paixão. Isso acontece principalmente porque a conjugalidade demanda sempre que o investimento aconteça ao longo de todo o ciclo da relação e a mudança das características identitárias não só do casal como individuais (Campos et al, 2017; Wiltgen Tissot & Falcke, 2017)

Assim como Vieira (2015) Hernandez e Hutz (2009) apontam o tempo como um dos fatores mais importantes na apuração do ajustamento conjugal e fundamental principalmente na verificação dos níveis de satisfação antes e depois da ocorrência da parentalidade, já que algumas pesquisas (Vieira, 2015; Rosado et al, 2016; Wiltgen Tissot e Falcke, 2017) apontam para uma diminuição da satisfação, em razão da dificuldade em lidar com a pluralidade de papéis que se apresenta com a ocorrência da parentalidade além da diminuição no tempo utilizado pelos pais para se dedicar ao planos individuais e conjugais.

Assim, quando os níveis de satisfação, qualidade e ajustamento conjugal decaem pode ser que o rompimento aconteça, o que vai gerar repercussões para todos os envolvidos de diferentes maneiras. Em uma pesquisa realizada por Gorin (2015), ao examinar as consequências psíquicas do fim da conjugalidade no sujeito, a autora constatou que homens e mulheres assimilam essa dissolução de maneiras diversas e, ainda, que a forma dessa elaboração depende muito de entender de quem foi a decisão acerca do rompimento.

A partir do ponto de vista feminino, quando a ruptura é de iniciativa do homem, esse comportamento leva a mulher a entender que não é mais desejada, refletindo o espaço que o casamento ocupa em sua vida. Se não há mais o investimento do outro, o amor-próprio padece e é “comum se sentirem em uma posição inferior, o que torna muito difícil a tarefa de se reorganizar como sujeito” (Gorin, 2015, p. 24). De outra forma, se partiu da mulher o rompimento, há uma maior possibilidade de que ela identifique os pontos de conflito que levaram a esse desfecho e reconheça as responsabilidades de cada um na conclusão da relação.

Ao serem analisados os dados obtidos na mesma pesquisa sob o ponto de vista do homem na dissolução da conjugalidade, a autora obteve que, mesmo que não tenha havido uma identificação de quem partiu o desejo da separação, existe um sentimento de decepção por parte desses sujeitos tanto com relação às suas ex-mulheres como indivíduos quanto com relação às suas atitudes.

Assim, o que se pode verificar é que homens e mulheres percebem o rompimento e o fim do ente conjugal de forma totalmente diferente. No entanto, vai provocar em ambos “sentimentos de fracasso, impotência e perda, havendo um luto a ser elaborado” (Féres-Carnei-

ro, 1998, p. 385), afetando diretamente o papel parental, mesmo que essa separação seja construtiva para todos. A autora entende que na separação os padrões relacionais de toda a família são reestruturados e seus efeitos não são sentidos apenas de forma imediata, mas se diferem no tempo, aumentando e reaparecendo ao longo dos anos.

4. ASPECTOS LEGAIS DE CASAMENTO E SEPARAÇÃO

Para o Direito, casamento é uma relação jurídica formada pela união entre duas pessoas que tem por base laços de afeto e por objetivo estabelecer uma vida em comum para a constituição de uma família nos moldes que estabelece CRFB em seu art. 226 acompanhada pelo CC em seus arts. 1511 a 1590 (Tartuce, 2014, Pessôa, 2013). Já no entendimento de Gagliano e Pamplona (2017, p. 1382) casamento é "um contrato especial de Direito de Família por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos permitindo assim a realização dos seus projetos de vida"

É preciso antes de mais nada procurar entender qual a natureza jurídica do casamento, o que pressupõe que se estabeleça a sua exata classificação e posicionamento no mundo jurídico, permitindo o enquadramento em grandes categorias, para que possa ser interpretado e aplicado concretamente (Delgado, 2015; Diniz, 2005). Existe uma discussão doutrinária no mundo jurídico sobre se a natureza jurídica do casamento seria em sua essência um contrato especial ou um negócio jurídico especial, sendo importante a determinação para o Direito no sentido de entender quais regras seriam aplicadas a um conflito que não estivesse atendido pelas normas especiais contidas nos artigos do CC.

A corrente que entende ser o casamento um negócio jurídico argumenta que não poderia ser um contrato considerando que existe um aspecto patrimonial intrínseco à natureza dos contratos, o que não seria compatível com o próprio art. 1511 do CC que estabelece a comunhão plena de vida e a igualdade e direitos e deveres (Tartuce, 2014), enquanto por outro lado na visão contratualista os doutrinadores entendem o casamento como um contrato especial e dotado de regras

próprias, que existe apenas em razão do consentimento voluntário e expresso das partes (Gagliano & Pamplona, 2017).

Independente da corrente doutrinária adotada, mesmo com as diversas regras e condições prévias que devem ser observadas, como a idade e capacidade para casar, habilitação civil para o casamento, escolha do regime patrimonial, a celebração efetivada por um juiz de paz, direitos e deveres estabelecidos legalmente como fidelidade, assistência, respeito e consideração (Tartuce, 2014; Gagliano & Pamplona 2017; Acquaviva, 2013). Dessa forma além de diversas outras peculiaridades que diferenciam o casamento sob a ótica jurídica daquela da psicológica, o que se pode ver é que prevalece para a ciência do Direito atualmente a modernização do conceito tanto do casamento quanto do divórcio.

Nesse sentido, é importante evidenciar o reconhecimento pela CRFB do instituto da União Estável como entidade familiar, resgatando as convivências afetivas que já aconteciam e facilitando sua conversão em casamento se for o desejo das partes envolvidas e, mais recentemente em 2011, o voto proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a viabilidade jurídica do casamento homoafetivo (Gagliano & Pamplona, 2017; Tartuce, 2014), que demonstra claramente a tendência de juristas brasileiros de aproximar o direito da sociedade, transformando as leis que regulam as relações em representações mais fieis da evolução social. No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona (2017) apresentam inclusive jurisprudência que contempla a possibilidade de reconhecimento de relações de poliamor, em evidente sintonia com a realidade da sociedade atual.

O divórcio é “uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais” (Gagliano & Pamplona, 2017, p. 1584). O art. 1571 do CC estabelece as razões pelas quais a sociedade conjugal tem seu fim: a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação, a separação judicial e o divórcio (Tartuce, 2014).

É importante destacar que os legisladores, na atualidade, demonstram observância maior do princípio da dignidade humana no que diz respeito às normas do Direito de Família (Gagliano & Pamplona,

2017), como por exemplo a possibilidade de casais sem filhos realizarem o divórcio nos cartórios de Registro Civil, chamado de divórcio administrativo, que permite o encerramento de um vínculo já rompido de maneira mais direta e eficaz e com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 66/2010, a chamada Emenda do Divórcio, que alterou o § 6º do art. 226 da CRFB que trata da dissolução do casamento civil (Tartuce, 2014).

As normas reguladoras das uniões afetivas são reformuladas para acompanhar a evolução social e a fluidez dos vínculos. Antes da edição da lei 6.515/77, a chamada Lei do Divórcio, o casamento era regulado pelo princípio da indissolubilidade (Fáveri, 2005; Fiúza, 2014), em alinhamento com os valores morais e religiosos da época. Até esse momento histórico, a manutenção do casamento era obrigação da mulher cabendo ao marido o sustento da casa e da família como uma instituição guardiã da moral e dos bons costumes (Fáveri, 2005).

Passados quarenta anos, temos uma legislação que contempla a individualidade, o direito à felicidade e prioriza os vínculos afetivos sadios e voluntários, com normas que regulam os efeitos jurídicos das relações que devem mesmo ser objeto de proteção da ciência jurídica como os litígios acerca da divisão patrimonial, do uso do nome ou da guarda dos filhos (Gagliano & Pamplona, 2014).

5. MÉTODO

A presente pesquisa foi submetida ao Comitê de Ética e Pesquisa da Universidade Católica de Petrópolis e obteve a respectiva aprovação sob o nº 89638618.2.0000.5281 e se dispôs a investigar quais as crenças que os indivíduos possuem acerca do casamento. Consiste em uma pesquisa qualitativa exploratória com dados tratados pela técnica de Análise de Conteúdo (Bardin, 2011). A pesquisa foi realizada na 1ª Vara de Família da Comarca de Itaipava, Petrópolis, RJ e foram realizadas um total de 190 entrevistas válidas sendo 98 mulheres e 92 homens devidamente informados sobre o objetivo da pesquisa e que assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assegurando o sigilo de sua identidade.

Os entrevistados, adultos separados, foram abordados no Tribunal de Justiça antes do início das audiências no período entre junho

e setembro de 2018. As entrevistas foram gravadas e posteriormente transcritas para a análise dos dados.

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados foram organizados de acordo com a frequência e significado das respostas, sendo identificadas 10 categorias de análise, apresentadas na tabela abaixo.

O QUE PENSAVA SOBRE O CASAMENTO	POR GÊNERO	
	Feminino	Masculino
1 - Perfeição	03	08
2 – Casamento idealizado como sonho ou conto de fadas	29	04
3 - Eterno	37	21
4 – Bom	13	16
5- Sinônimo de companheirismo, amizade, compreensão	30	13
6 - Não esperava casar	14	16
7 – Tentativa de reproduzir o casamento dos pais	04	01
8 – Desejo de construir uma família	09	18
9 – Acreditam que o casamento seria fácil	05	01
10 – Casaram novos demais para pensar sobre	02	06

A partir da análise dos resultados, pode-se destacar em primeiro lugar a diferença entre as respostas femininas e masculinas para a categoria 02, casamento idealizado como um sonho ou conto de fadas, na qual 29 mulheres atribuíram esse significado e apenas 04 homens compartilharam dessa expectativa. Por outro lado, as respostas da categoria 08, desejo de construir uma família, apresentam uma relação inversa, com 18 homens atribuindo a concepção de casamento a construir uma família em contraposição a 09 mulheres. Aliada a essas duas categorias, a de número 03, cujas respostas indicam a expectativa de que o casamento é para sempre, podemos identificar o que move os participantes na sua busca por um relacionamento amoroso e como o insucesso pode estar relacionado a essa idealização.

Uma outra correlação que parece ser relevante é a que pode ser feita na categoria 05, em que 30 mulheres relacionaram a sua ideia sobre

casamento a companheirismo, enquanto apenas 13 homens responderam nesse sentido. Isso parecer estar relacionado com as pesquisas que apontam haver ainda uma distância entre o que se entende hoje por família e o papel dos diferentes gêneros nessa instituição, já que a divisão de tarefas e responsabilidades ainda não é equilibrada como poderia ser e a construção da relação amorosa a todo momento vai ser influenciada pela construção da individualidade e pelas vivências familiares.

Assim, análise dos resultados aponta uma direção para o aprofundamento da pesquisa relativa às motivações dos sujeitos para o casamento já que, embora 13 mulheres e 16 homens relacionem a ideia de casamento a algo bom ou ótimo como identificado na categoria 04, e 03 mulheres e 08 homens indicaram que casar poderia ser perfeito, o número de divórcios teve um aumento de 12% entre 2014 e 2017, o que parece demonstrar que mais estudos podem ser realizados de maneira mais aprofundada.

7. CONCLUSÃO

Neste estudo as respostas das mulheres indicam maior idealização do casamento como fonte de realização romântica, o que apareceu pouco nas respostas dos homens, sobressaindo o desejo de construir uma família. É possível que tal divergência apareça na percepção de satisfação com o casamento fazendo com que o mesmo casal tenha interpretações diferentes acerca da própria relação, parecendo indicar que as diferentes crenças e expectativas identificadas nos dois gêneros podem determinar a forma como o casamento poderá se desenvolver em para uma relação positiva ou caminhar para o rompimento.

O resultado da pesquisa vai de encontro aos números apresentados pelo IBGE sobre casamentos e divórcios ocorridos no país entre 2014 e 2017, que identificou uma diminuição nos registros de casamento de aproximadamente 4% enquanto o número de divórcios aumentou 12% no mesmo período. Parece que as pessoas desejam o casamento, mas não sabem como mantê-lo nem lidar com frustrações ou conflitos.

A identificação da relação entre a crença dos sujeitos sobre o casamento e porque aconteceriam as separações é relevante para que possam ser desenvolvidos programas de psicoeducação e de assistência psi-

cológica principalmente junto às instituições judiciais, com o objetivo de proporcionar um aumento na resolução consensual dos conflitos familiares.

Referências

- Acquaviva, M.C. (2013) Dicionário Jurídico Acquaviva 6^a ed. Ed. Ri-deel
- Alves, A., Arpini, D., & Cúnico, S. (2014). O exercício dos papéis parentais na guarda compartilhada. *Psicologia Argumento*, 32. doi:<http://dx.doi.org/10.7213/psicol.argum.32.S01.AO06>
- Bardin, L. (2011) *Análise de conteúdo*. Lisboa, Edições Setenta
- Brauner, M.C.C (2006) Casamento desfeito, Transitoriedade e Rec-composição Familiar in *Casamento uma escuta além do judiciário org.* Ivone M. C. Coelho de Souza, (pp.293-310) Florianópolis, Vox Legem
- Cézar-Ferreira, V.A. da M., Macedo, D. S. R. M.(2016) *Guarda Compartilhada: Uma Visão Psicojurídica*. [VitalSource Bookshelf]. Retrieved from [https://online.vitalsource.com /#/books/9788582713334/](https://online.vitalsource.com/#/books/9788582713334/)
- Campos, S. O., Scorsolini-Comin, F., & Santos, M. A. dos. (2017). Transformações da conjugalidade em casamentos de longa duração. *Psicologia Clínica*, 29(1), (pp. 69-89). Recuperado em 15 de novembro de 2019, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652017000100006&lng=pt&tlng=pt
- Delgado, M. G. (2015). *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR.
- Diniz, M. H. (2005). *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva
- Féres-Carneiro, T; Magalhães, A.S. (2011) A parentalidade nas múltiplas configurações familiares contemporâneas, in *Família e Pa-*

- rentalidade Olhares da psicologia e da História, org. Lucia Vaz de Capos Moreira e Elaine Pedreira Rabinovich, 2011, Ed. Juruá, Curitiba
- Fáveri, M de (2005) Desquite e Divórcio: a polêmica e as repercussões na imprensa. (pp. 335-357) Caderno Espaço Feminino Núcleo de Estudos de Gênero v. 17 n 01
- Fiuza, C. (2016) Direito Civil Curso Completo 2ª ed em ebook Editora Revista dos Tribunais
- Fonseca, C. O casamento revisitado: afetos em diálogo com a lei. (2006) in Casamento uma escuta além do judiciário org. Ivone M. C. Coelho de Souza, (pp.45-57) Florianópolis, Vox Legem
- Gagliano, P.S; Pamplona Filho, R, (2017) Manual de Direito Civil. Vol. Único Ed. Saraiva
- Garcia, G.F.B, (2015) Introdução ao Estudo do Direito: teoria geral do direito, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, MÉTODO
- Gorin, M. C.. A parentalidade no pós-divórcio. 2015, 55 p. Dissertação de Mestrado. Pós-graduação em Psicologia Clínica. PUC-RJ. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26096/26096.PDF> acesso em 01/05/2016.
- Hintz, H C;. As crises como elementos de ruptura do vínculo conjugal (2006) in Casamento uma escuta além do judiciário org. Ivone M. C. Coelho de Souza, (pp.235-243) Florianópolis, Vox Legem
- Hernandez, J. A. E.; Hutz, C.S (2009). Transição para a parentalidade: ajustamento conjugal e emocional. Psico v. 40, n 4, (pp 414-421) .<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/1490/4926>
- Juras, M M., & Costa, L. F.. (2016). Não foi bom pai, nem bom marido: Conjugalidade e parentalidade em famílias separadas de baixa renda. Psicologia: Teoria e Pesquisa, 32(spe), e32ne215. Epub March 27, 2017.<https://dx.doi.org/10.1590/0102-3772e32ne215>

- Martins, P.P.S.; McNamee, S. & GuanaesLorenzi, C. (2015). Família como realização discursiva: uma explicação relacional. (pp. 9-24) Nova Perspectiva Sistêmica, 52
- Negreiros, T. C. de G. M., Féres-Carneiro, T.. (2004). Masculino e feminino na família contemporânea. Estudos e Pesquisas em Psicologia, 4(1) Recuperado em 10 de novembro de 2019, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812004000100004&lng=pt&tlng=pt
- Palermo, F.R., Magalhães, A.S., Féres-Carneiro, T., Machado, R.N. (2016). Ambiente conjugal: repercussões na parentalidade. Cadernos de psicanálise (Rio de Janeiro), 38(34), (pp.129-148). Recuperado em 15 de novembro de 2019, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-62952016000100007&lng=pt&tlng=pt
- Pessôa, E (2013) Dicionário Jurídico Terminologia e expressões latinas 5ª ed. Armazém das Letras
- Ponciano, E. L. T., & Féres-Carneiro, T. (2003). Modelos de família e intervenção terapêutica. Interações, 8(16), 57-80. Recuperado em 10 de novembro de 2019, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-29072003000200004&lng=pt&tlng=pt
- Ponciano, E. L. T., & Féres-Carneiro, T. (2017). Conjugalidade, parentalidade e separação: repercussões no relacionamento pais e filhos(as). Psicologia Em Estudo, 22(2), 277-287. <https://doi.org/10.4025/psicoestud.v22i2.32808>
- Reis, J.B.G (2018) A construção de um relacionamento na perspectiva do poliamor. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- Roudinesco, E (2003) A família em desordem tradução André Telles Ed. Zahar
- Soares, L. C. E. C, 2015, Pais e mães recasados: vivências e desafios no “fogo cruzado” das relações familiares, Curitiba, Ed. Juruá

- Souza, C.N.S.; Moreira, L.V.C. A vida adulta e seus desafios Centrais: a família e o trabalho.2013, in Psicologia, Família e Direito Interfaces e Conexões org.Lúcia de Vaz campos Moreira (pp 245-257) Ed. Juruá, Curitiba
- Souza, I.M.C.C (2006) O litígio nas separações: a disputa como tentativa de prolongamento do vínculo in Casamento uma escuta além do judiciário org. Ivone M. C. Coelho de Souza, (pp.351-370) n. 1 Florianópolis, Vox Legem
- Tartuce, F; (2014) Manual de Direito Civil: volume único, 4ª ed. Rio de Janeiro Forense, São Paulo MÉTODO
- Vieira, S.R.P, (2015) A Satisfação conjugal, a personalidade e a satisfação com a vida na conjugalidade, dissertação apresentada na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Escola de Psicologia e Ciências da Vida, Lisboa, Portugal
- Wagner, A.; Tronco, C.; Armani, A. B. (2011) Os desafios da família contemporânea: revisitando conceitos. In: _____. (Org.). Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões. (pp. 19-35) Porto Alegre: Artmed
- Wiltgen Tissot, D., & Falcke, D. (2017). A conjugalidade nas diferentes etapas do ciclo vital familiar. (pp. 265-276). Quaderns De Psicologia, 19(3), doi:<https://doi.org/10.5565/rev/qpsicologia.1399>

APRENDENDO DIREITO: O USO DAS METODOLOGIAS ATIVAS COMO INSTRUMENTO POTENCIALIZADOR AO ENSINO SUPERIOR JURIDICO

Sabrina Aguiar Rocha Fontes

Suellem de Oliveira Soares

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, presencia-se a transformação na forma de se relacionar, comunicar, aprender e viver em sociedade. A evolução tecnológica, sem dúvidas, traz velocidade a este processo de mudanças. É indubitável que a educação é, e sempre será, indispensável em todas as épocas, e de forma alguma poderia ficar alheia ao processo de transformação.

Este fenômeno de transformação interfere no Direito propriamente dito (material e formal), na prática jurídica, na forma como esses profissionais interagem com a sociedade e o seu papel nos diversos campos possíveis de exercício e conseqüentemente no ensino jurídico.

Essa situação traz à tona um importante desafio no ensino jurídico superior, de não formar apenas técnicos, mas a possibilidade do desenvolvimento e criação de outras competências e habilidades tais como a capacidade de aprendizagem contínua, autônoma, pensar interdisciplinarmente, saber trabalhar em grupo, dentre outras.

Tendo isso em vista, o presente estudo, busca de forma crítica e analítica, expor o ensino superior jurídico atual nas universidades,

que se encontra defasado por tradições arcaicas de ensino, famoso pela transmissão do conhecimento monopolizado na figura do docente, e o discente atuando como mero receptor.

Debruçando-nos sobre o eixo orientador, a resolução número 5 de 2018 do Ministério da Educação, que nos traz à baila, o uso de metodologias ativas de ensino verificaremos a efetividade e aproveitamento desta nova cultura a ser implementada, visto não só a necessidade individual de cada aluno, mas projetando os resquícios destas competências no mercado diretamente.

Com o uso de metodologia ativa de aprendizagem irá se primar pela educação descrita por Vieira (2012, p. 20-21), ou seja, com “[...] protagonismo, cooperação, responsabilidade do aluno pela aquisição de habilidades profissionais, qualificação para pesquisa, domínio de tecnologias digitais de informação e comunicação.”

Sem dúvidas é necessário e emergente que ocorra uma mudança transformadora à realidade pedagógica, jurídica e acadêmica no Brasil.

PERCURSO METODOLÓGICO

O método de investigação foi de natureza bibliográfica, com pesquisas e buscas realizada no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES e ProQuest. Localizou-se alguns trabalhos usando-se os descritores: METODOLOGIAS ATIVAS e DIREITO.

Não há muitos estudos específico sobre os assuntos, mesmo após a mudança imposta pela resolução nº5 do MEC, que exige a reformulação do plano de ensino e a adequação aos métodos ativos de ensino e aprendizagem.

Portanto, vislumbrando o exposto, é indispensável que que mais trabalhos sejam desenvolvidos com a referida temática, para o aprimoramento do uso das metodologias ativas no campo jurídico.

PRELUDIO EVOLUTIVO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL:

Por meio da Carta de Lei de 11 de agosto de 1827 foram criados dois cursos de Direito no Brasil, um em São Paulo- SP e outro em

Olinda-PE,, com o objetivo de formar academicamente a elite nacional. Fundada em 28 de março de 1828, o primeiro curso estava localizado no Convento de São Francisco, na capital paulista, e o segundo, criado em 15 de maio de 1828, em Olinda, no Mosteiro de São Bento. Antes disso, quem desejava a formação jurídica superior, ausentava-se do país, para estudar na Universidade de Coimbra.

Com a Proclamação da República e a elaboração do primeiro Código Civil Brasileiro, as duas universidades não davam mais conta da formação dos alunos da época. A partir daí o monopólio de ensino entre São Paulo e Olinda foi derrubado e criaram-se outras universidades, como a da Bahia em 1891. A partir daí, com o dinamismo social e a alta demanda de mão de obra no mercado, os cursos de direito rapidamente se proliferaram em todo o território nacional, muitos deles, sem observar os requisitos básicos de qualidade.

Sérgio Martínez, em seu artigo sobre a evolução do ensino jurídico no Brasil diz:

Criado potencialmente em alusão ao modelo “fordista” de produção industrial em série, o termo “fábricas de bacharéis” descreve o aumento indiscriminado de vagas ocorrido no Ensino Jurídico Brasileiro, sem notícias históricas de quaisquer modificações qualitativas. Desse modo, em 1927, no primeiro centenário da criação dos cursos de Direito no Brasil, a República Velha aproxima-se de seu encerramento com um saldo de 14 cursos de Direito e 3.200 alunos matriculados. (...). A ausência de exigências qualitativas para a profissão de professor de Direito favoreceu a lei do mercado do “ensino livre”, permitindo a fácil expansão quantitativa do ensino jurídico no aspecto da oferta de mão de obra docente. A escolha das lentes, tendo por critério seu sucesso profissional como operador jurídico, resultou no modelo de “nivelamento pedagógico”, baseado em levar para as salas de aula as melhores práticas. (MARTÍNEZ, 2006, p.. 03).

Em meados de 1953, durante as comemorações do cinquentenário da Faculdade de Direito do Ceara, no Congresso Nacional de Ensino

Jurídico já se falava na aplicação de metodologias no ensino jurídico, porém não se prosperou, pois não houve apoio da própria Universidade e dos docentes, acostumados com os métodos velhos e tradicionais, como podemos ver não é de hoje a intenção de modificar a forma de ensino pedagógico no curso de Direito, como também já vem de antes a relutância de modificações.

Em 1961 foi proposto pelo Conselho Federal da Educação o currículo mínimo, com o intuito de solucionar a tribulação de ensino, mas novamente não logrou êxito. Em seguida, três anos após, veio o golpe militar de 1964. Durante a repressão política e intelectual, a ideia de “escola nova” não tinha vez. Mais que tudo, nessa época, queriam técnicos e jamais pensadores, protagonistas de conhecimentos, isso na verdade era um risco ao regime naquele momento.

Com a promulgação da Constituição Federal no final da década de 1980, com a abertura do leque de democracia e cidadania, havia a possibilidade de inovação no ensino jurídico.

No início da década de 90, as estatísticas davam conta de que no Brasil havia 186 cursos de Direito no país, os quais mantinham a mesma estrutura curricular tradicional desde a reforma de 1973. O resultado dessa política era a existência de um ensino reprodutor, deformador e insatisfatório na preparação de bacharéis para um mercado profissional saturado, conforme relata. (MELO FILHO, 1993, p. 09).

Com mais liberdade foi possível discutir os reais déficit do ensino jurídico no Brasil. A Ordem de Advogados do Brasil junto a Comissão de Ensino Jurídico, através da Resolução CFE n° 03/72 (que até o momento era que regulava ensino) começa a observar e avaliar os cursos já existentes. Ao final desse processo, através da Portaria n° 1886/94 do MEC (que revogou a resolução CFE n° 03/72) mais tarde com a Lei n° 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação, e o Exame nacional de cursos, Lei n° 9.131/95, que avalia o desenvolvimento do aluno, trouxeram diversas melhorias significativas ao curso, por exemplo: currículo mínimo composto por disciplinas regulares, atividades como estágio obrigatório e prática jurídica, bibliotecas com acervo mínimo de 10 mil obras jurídicas relacionadas ao curso.

Em 18 de dezembro de 2018 o Ministério da Educação publicou a RESOLUÇÃO Nº 5, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2018, onde foi fixada novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Em análise, destacamos a maior mudanças, a saber: o Projeto pedagógico do curso (PPC), que de acordo com artigo 2º, § 1º VI, devem ser especificadas as metodologias ativas a serem usadas.

Diante disso as IES se veem obrigadas a assegurar que o curso de Direito seja mais sólido, visando o bom desempenho da Ciência Jurídica, obrigando e não oferecendo a faculdade de escolha as instituições na implementação do uso de novas metodologias.

Daí a crítica de que todas as reformas até hoje realizadas partiram do plano exógeno, com a finalidade de atingir o plano endógeno do curso. O tipo do medicamento geralmente aplicado, o remédio curricular, nunca se demonstrou ideal para a patologia em questão, pois o arquétipo liberal vem sendo mantido e, agora, revigorado pela tendência do Estado Neoliberal. (MARTÍNEZ, 2006, p. 02).

Entende-se que as tentativas de mudança na metodologia de ensino jurídico não são de hoje, e da mesma forma que estas tentativas não obtiveram sucesso anteriormente, ainda nos dias de hoje a aceitação de mudanças é muito vaga, mesmo com a necessidade e emergência que pedagogia jurídica enfrenta.

DO ENSINO TRADICIONAL AS METODOLOGIAS ATIVAS: POSSIBILIDADES DE MUDANÇA NO ENSINO JURÍDICO

Nota-se que as críticas voltadas aos cursos de direito, têm despertado a atenção dos juristas em geral, principalmente aos que se dedicam à docência. Com base nisso, é genuíno afirmar que a reforma real necessária não ocorrerá apenas através de instrumentos legais e sim pedagógicos. Iniciando na sala de aula com reformas ideológicas e metodológicas. Então entra em cena a proposta das metodologias ativas na formação profissional do jurista.

Com o modelo atual, o aluno não sai da faculdade sabendo pensar direito o Direito, visto que nos densos e longos dez períodos em sala de aula, aprende as matérias da grade curricular proposta de forma separada, e por mais que sejam correlatas, não aprende na prática a intersecção dos assuntos.

Este é um dos motivos pelo qual alunos recém-formados, ou ainda mesmo na faculdade, buscam formação complementar em cursinhos preparatórios para exame da OAB e outros concursos públicos, que exigem um dinamismo, perspectiva e competências que não foram adquiridas na graduação.

Conforme menciona Oliveira e Pontes (2011) metodologia ativa de aprendizagem é um processo amplo e possui como principal característica a inserção do aluno/estudante como agente principal responsável pela sua aprendizagem, comprometendo-se com seu aprendizado. As metodologias ativas surgem como proposta para focar o processo de ensinar e aprender na busca da participação ativa de todos os envolvidos, centrados na realidade em que estão inseridos.

Segundo Leite (2018, p. 580-609) “as metodologias ativas têm se destacado refletindo sobre o papel do professor e do aluno no processo de ensino e aprendizagem, buscando provocar mudanças nas práticas em sala de aula que estão, por muitas vezes, enraizadas no modelo tradicional de ensino”. Ainda corroborado por Freire (2004, p. 67): “A teoria sem a prática vira ‘verbalismo’, assim como a prática sem teoria, vira ativismo. No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a práxis, a ação criadora e modificadora da realidade.”

Dentro do curso de Direito diante das mudanças e novas tecnologias que vem surgindo, algumas instituições educacionais estão se adaptando as modernidades e inserindo aos poucos novos métodos, com o intuito de facilitar e melhorar a participação dos discentes em sala de aula.

Alguns destes autores têm a mesma linha de raciocínio, inclusive Lamy Filho (1972, p. 151-164), que para ele é “muito mais importante do que formar o conhecedor (se se lograsse tanto) da letra de todos os códigos, é preparar o *raciocínio* do estudante, adequá-lo ao tratamento jurídico dos fenômenos sociais, fixar os princípios através do exame de casos atuais, e da participação ativa do aluno no apren-

dizado jurídico, habituá-lo a “pensar juridicamente” sobre dados sociais em constante mutação.”

Vale ressaltar que estes atributos e não se confundem com a falta de conhecimento, pois muitos discentes possuem um vasto e solido conhecimento teórico de várias matérias, mas faltam-lhes as competências para aplicá-los. Competências estas que podem ser desenvolvidas no início ou ao longo da vida acadêmica se utilizados os recursos dos modelos de metodologia ativa de ensino, como apresenta-se a seguir.

PROJECT BASED LEARNING (PBL) OU APRENDIZAGEM BASEADA EM PROJETOS (ABP)

A aprendizagem baseada em projeto (ABP) vem do inglês *Project based learning* (PBL), é uma metodologia de ensino e aprendizagem que se utiliza de problemas coerentes para que os alunos atuem de forma participativa e investigatória nas resoluções de problemas.

Segundo Ribeiro (2005, p. 24) “[...] o PBL fundamenta-se em princípios educacionais e em resultados da pesquisa em ciência cognitiva, os quais mostram que a aprendizagem não é um processo de recepção passiva e acumulação de informações, mas de construção de conhecimentos.”

Esse método tem por objetivo fazer com que os alunos adquiram conhecimento por meio da solução colaborativa de desafios, fazendo com que o aluno se esforce consiga explorar e desenvolver soluções possíveis dentro de um contexto específico utilizando a tecnologia ou por outros recursos disponíveis.

O método da Aprendizagem Baseada em Problemas é a concepção Pedagógica que visa o aprendizado potencializado através da discussão, pesquisa e reflexão para chegar à solução de problemas propostos pelo docente que figura como um facilitador, guiando e respeitando a autonomia do discente.

No ensino superior jurídico brasileiro, o método de aprendizagem baseada em problemas necessita de adaptações tanto para o discente quanto para o docente. Nas palavras de Freire (2004, p 22): “[...] ensinar não é transferir conhecimento. Mas criar a possibilidade para a sua produção ou sua construção [...]”

A importância do ensino baseado na problematização é bem destacada por Melo (2018, p. 111), a saber:

Mediante esse exercício de problematização, é possível dinamizar as aulas e retirar os alunos da postura passiva de meros espectadores, para se tornarem protagonistas de seu processo de ensino e aprendizagem. Essa dinâmica proporciona a formação por competências e habilidades, tornando os alunos aptos a interagirem com os problemas e buscarem soluções. Ele não precisa se debruçar sobre vastos conteúdos e diversos textos sem necessária aplicação, pois, previamente, lhe são apresentadas situações que fazem a busca por informação ser necessária, e a seleção de conteúdos ser mais útil para a realidade que pretende conhecer. Os problemas são geradores de indagação e investigação, por isso devem ser bem significativos aos alunos e à coletividade.

Destarte, vê que esse tipo de metodologia provoca o estudante a buscar soluções para uma situação prática, o que, no mais das vezes, é o cotidiano comum e inarredável do profissional do Direito.

O método estudado, a aprendizagem baseada em problemas entra no cenário, tornando-se o mais exequível visto que não necessita de muitos recursos materiais a serem desembolsados pela instituição. Bem como a essência metodológica baseada em problema possibilita a aproximação desde a sala de aula com a realidade que o jurista enfrentará no dia a dia. Mediante uma aprendizagem ativa e autônoma, tem o condão de incentivar a pesquisa, investigação e análise de dados, bem como, o pensamento crítico e a busca de soluções para as situações problemas. Também se propõe a contribuir para uma formação holística do discente, promovendo a integração social, prestigiar o trabalho em equipe, habilidades para se relacionar em situações inesperadas.

A aprendizagem baseada em problemas pode ser usada, por exemplo, nas disciplinas que regulam predominante a sociedade, como Direito Civil e Penal. Relato o caso onde no 4º período, do curso de direito, numa instituição de ensino superior privada de São Paulo, grande parte das turmas têm as aulas ministradas na sala do futuro, que

nada mais é que uma sala de ensino hídrico, com estações de computadores e teste de sala de aula invertida.

Foi testado em uma sala convencional, que ainda não aderiu à sala do futuro, na matéria de Direito Penal, uma aula de aprendizagem baseada em problemas, onde a professora separou a turma em pequenos grupos e distribuiu casos fictícios baseados em situações cotidianas reais para que fossem analisados. Vale ressaltar que não havia muito conhecimento prévio sobre aquele assunto.

Desta forma, em grupo, os alunos já se levantaram em uma pré discussão os termos desconhecidos, definiram, limitaram e analisaram o problema a ser solucionado. Em seguida, houve um *brainstorm* sobre possíveis caminhos e soluções, a partir de buscas mais refinadas, daí foram descartando e acrescentando informações até chegar a um consenso. Por fim, a solução encontrada foi apresentada aos demais colegas de classe e ao professor que figurava como juiz.

Em um segundo caso, na matéria de Direito Civil, no 1º semestre, com quase nada de conhecimento jurídico, o professor propôs que os alunos redigissem uma espécie de recurso sobre um acórdão, não era necessária forma técnica específica, pois o objetivo era apenas aplicar e incentivar a busca do conhecimento necessário para refutar ou desqualificar a situação proposta, a fim de aprimorar o conhecimento crítico, sustentação e argumentação escrita e oral, desde o primeiro momento do curso.

Em ambos os relatos os alunos tiveram melhor rendimento e fixação, comparado às demais aulas ministradas no estilo tradicional. De fato, a aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino jurídico, proporcionou a experiência de aprendizagem ativa e autônoma.

No caso dos alunos do 1º período, onde estavam iniciando o curso, orientou e motivou a aprendizagem de conceitos, teorias e desenvolvimento interpessoal no contexto de sala de aula.

Para os alunos do 4º período a aquisição de conceitos e habilidades no que diz respeito à solução de problemas, que muitas vezes são mais complexas jurídica e emocionalmente, como crimes contra a vida, patrimônio, honra, dignidade sexual etc. Permitindo assim a percepção de maneira como o conteúdo seria trabalhado, a abrangência e profundidade da avaliação institucional, da OAB e no exercício profissional.

ESTUDO DE CASO

Derivado da aprendizagem baseada em problemas, o método de estudo de caso, bem como o nome sugere, o estudo de situações relativamente complexas, com situações reais com o intuito de prepará-los e desenvolver competências necessárias para a resolução efetiva de problemas cotidianos.

O Estudo de Caso foi aplicado, por exemplo, nas aulas de Teoria Geral do Processo, em turmas do 4º período, do curso de direito, numa instituição de ensino superior privada de São Paulo, a professora após algumas queixas da turma, por haver uma baixa assimilação do denso conteúdo, propôs, formação de duplas e um sorteio com temas, no caso princípios do processo.

Após o sorteio, cada dupla ficou encarregada de trazer um exemplo prático de aplicabilidade do princípio que retirou. As regras eram claras, em no máximo 5 minutos, deveria dar um panorama do princípio que seria apresentado, com uma linguagem simples, juntamente com o exemplo. Então, foi feito um círculo, onde todos os alunos poderiam se enxergar e sentir-se mais acolhido, e o exercício foi posto em prática.

Os resultados foram favoráveis, visto que a maioria participou e abraçou a proposta, houve sem dúvidas grandes ganhos não somente intelectuais, mas também pessoais, onde alunos com dificuldade de falar em público se sentiram mais à vontade e seguros, num ambiente descontraído e de aprendizado.

SALA DE AULA INVERTIDA

A classe invertida, sala de aula invertida ou, do inglês, *flipped classroom*, propõe uma inversão nas aulas tradicionais, promovendo aulas menos expositivas, mais produtivas e participativas. Esse modelo de metodologia ativa permite que os alunos leiam o conteúdo da matéria em casa e o encontro em sala de aula é dedicado a discussões e resolução de questões.

Mas para que esse tipo de metodologia realmente possa funcionar, é necessário que o docente mude sua forma de pensar e quebre para-

digmas, ele precisa entender que as inovações fazem parte deste novo século e em meio a tantas mudanças tecnológicas, manter um modelo de ensino tradicional em tempos de evolução da tecnologia e modernização da sociedade não é a melhor solução.

Fato esse que já é concreto dentro do próprio sistema jurídico brasileiro, pois os processos que tramitam na Justiça desde 2011 vêm ocorrendo efetivamente a informatização dos procedimentos, isto é, do uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais. É uma mudança bem significativa no Direito brasileiro adaptados para a versão moderna.

Não bastam convencer os alunos a aceitarem as mudanças, os docentes também precisar se adequar e estar convencido que toda mudança é essencial.

O fato é que não se pode ignorar a tecnologia e nem tão pouco dispensá-la na teoria e prática do Direito. O Direito é um campo que não perde sua tradição e história, mas que ainda tem muito potencial de inovação e transformação para as futuras gerações tecnológicas.

Esta metodologia está sendo aplicado, por exemplo, nas aulas de processo civil I, em turmas no 5º período, do curso de direito, numa instituição de ensino superior privada de São Paulo, para explicar na prática como funciona o processo e o procedimento judicial. Na aula sobre tipos de pronunciamentos de um juiz, previsto no artigo 203 do Novo Código de Processo Civil.

Pronunciamento, nada mais é que atos do juiz praticados dentro de um processo. São eles: despachos, decisões interlocutórias e sentenças. O despacho são ações sem prejuízo as partes, visto que apenas impulsiona o andamento do processo. As decisões interlocutórias, pode ser onerosa a uma das partes, visto que tem caráter de decisão provisória ou incidental durante o processo, e esta decisão pode ser mantida ou revogada através da sentença, que é uma decisão terminativa ou definitiva ao processo.

Em sala, os alunos tiveram que analisar vários pronunciamentos, e a partir de uma breve explicação de conceito, tiveram que em grupos classificar cada um dos pronunciamentos entre despacho, sentença e decisão interlocutória. Em uma aula, o resultado foi extremamente positivo e refletiu ao longo do semestre, visto que o conhecimento foi

muito bem fixado, em comparação aos adquiridos em aulas ministradas tradicionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O curso de direito, além de ser um dos mais tradicionais, é também considerado um dos cursos de graduação com maior conteúdo teórico, onde o discente tem o seu papel totalmente passivo como mero receptor dos conhecimentos e informações passadas pelos docentes.

Em um século em que as mudanças são constantes e os jovens estão cada vez conectados e querendo mudanças mediáticas, fica difícil manter o interesse dos alunos em uma aula totalmente teórica, expositiva, baseado pela “letra da lei”, argumentos, algo totalmente técnico, como é o curso de Direito, se faz necessário sair da zona de conforto tradicional e procurar métodos ativos, para adequar esse tipo de curso superior.

Quando trazemos à tona o cenário de crise, e propomos uma mudança através de metodologias ativas de ensino e tecnologias, não visamos um ambiente empírico, lúdico e platônico, com uso de super tecnologias e recursos estupendos dentro de sala, mas viabilizar e criar a cultura de pensar, criticar e aplicar o direito em si. Pois a letra de lei, hoje é, e amanhã não é mais, há um dinamismo social, que devemos acompanhar, não apenas decorar legislações que podem ser momentâneas.

É indeclinável considerar a identidade autônoma do aluno e os seus conhecimentos prévios, seja no âmbito cultural, político, religioso, econômico, para a partir daí ensiná-lo a ser protagonista do seu próprio aprendizado.

Vale ressaltar que as metodologias são apenas meios para atingir a otimização da aprendizagem, que é o fim objetivo. Esse fim será alcançado com o amparo de mudanças político-pedagógicas e sobretudo, uma mudança cultural.

Portanto, lastimar a crise do ensino jurídico não gera um resultado real, mas gera experiência e inconformismo para buscar novos ares e dar início a uma nova fase da história do ensino jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olin-da. Rio de Janeiro, 2 mar. 1825. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm. Acesso em: 09 out. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 nov. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9131.htm. Acesso em: 09 out. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 09 out. 2019.
- BRASIL. Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Disponível em: <http://www.zumbidospalmares.edu.br/pdf/legislacao-ensino-juridico.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- BRASIL. Resolução CFE nº 03/72, de 15 de fevereiro de 1972. Estabelece os mínimos de duração e conteúdo do Curso de Direito. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cd002737.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- BRASIL. Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e daí outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, n. 242, p. 122, 18 dez. 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 11 out. 2019.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LAMY FILHO, Alfredo Filho. A crise do ensino jurídico e a experiência do CEPED. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 06, n. 18, p. 151-164, 1972. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10396/Cadernos%20FGV%20Direito%20Rio%20%20Edi%C3%A7%C3%A3o%20Especial%20Alfredo%20Lamy%20Filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 jun. 2019.

LEITE, Bruno. Aprendizagem tecnológica ativa. Revista Internacional de Educação Superior, v. 4, n. 3, p. 580-609, 2018. Acesso em: 10 jun. 2019.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8020/a-evolucao-do-ensino-juridico-no-brasil/2>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 322, ano 89, p. 9-15, abr./jun. 1993.

MELO, Celso Eduardo Santos de. Metodologias Ativas de Ensino e Aprendizagem no Curso de Direito: Breves Relatos da Experiência na Faculdade Ages. Revista de Graduação USP, v. 3, n. 2, p. 107-112, jul. 2018.

OLIVEIRA, Marlene Gonçalves; PONTES, Letícia. Metodologia ativa no processo de aprendizado do conceito de cuidar: um relato de experiência. X Congresso Nacional de Educação (EDUCERE), 2011, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011. Disponível em: http://educere.bruc.com.br/CD2011/pdf/5889_3479.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019.

RIBEIRO, Luís Roberto de Camargo. A aprendizagem baseada em problemas (PBL): uma implementação na educação em engenharia na voz dos atores. 2005. 209f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/>

[ufscar/2353/TeseLRCCR.pdf?sequence=3](https://ufscar.br/2353/TeseLRCCR.pdf?sequence=3). Acesso em:
10 nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desafios do ensino jurídico num mundo em transição: o projeto da Direito GV. In: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina (Orgs.). Ensino do Direito para um mundo em transformação. São Paulo: FGV, 2012, p. 17-57.

A REALIDADE PÓS-MODERNA E A ENTELÉQUIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA FILOSOFIA DE TOMÁS DE AQUINO

Érika Rigotti Furtado

1. Introdução

A filosofia de Santo Tomás de Aquino possui grande relevância na história do direito, especialmente por resgatar o pensamento antigo e seu valor como fonte válida à concepção das teorias jurídicas (VILLEY, 2019, p. 114). Tomás de Aquino utiliza o pensamento Aristotélico em muitas passagens de sua Suma Teológica, sendo o aristotelismo especialmente importante quando formula sua concepção acerca da justiça, pois partindo da ideia de moralidade conclui, em termos semelhantes aos de Aristóteles, que a justiça seria a virtude moral mais elevada.

Todavia, o presente estudo não se propõe a analisar a teoria da justiça de Tomás de Aquino, mesmo porque seu pensamento não está direcionado diretamente à formação de teorias acerca do direito, pois não é ele um jurista, mas sim um teólogo. Deste modo, o elemento que se pretende extrair de sua filosofia é a enteléquia, termo advindo do repertório filosófico grego, relacionado à ideia de finalidade inerente aos seres.

Considerando, enfim, que a análise do pensamento encontrado em outras etapas do desenvolvimento do direito pode auxiliar no entendimento dos fenômenos observados na atualidade, o presente traba-

lho pretende cotejar a ideia da entelúquia com os meandros jurídicos da pós-modernidade, especialmente quanto às questões que envolvem a busca por parâmetros adequados à construção da justiça.

Desta maneira, o presente estudo será dividido em duas partes, dedicando-se a primeira às considerações relacionadas ao pensamento filosófico de Santo Tomás de Aquino e a função da entelúquia neste contexto, e a segunda às questões jurídicas relacionadas à pós-modernidade, de maneira a verificar se os princípios da entelúquia são a ela aplicáveis.

2. A entelúquia e a filosofia de Santo Tomás de Aquino

A transição do pensamento filosófico entre a Idade Média e Idade Moderna percorreu um longo caminho, marcado fortemente pelos ensinamentos teológicos ditados pelo catolicismo. Neste transcurso é possível identificar a filosofia de Santo Tomás de Aquino como uma oposição ao pensamento vigente na Alta Idade Média, dominado pelos ensinamentos de Santo Agostinho e a distinção entre a cidade dos Homens e a Cidade de Deus⁵¹. Durante os primeiros séculos do período medieval, com o gradual desaparecimento da vida urbana, o recolhimento em pequenas comunidades rurais figura como uma caracterís-

51 Santo Agostinho, embora tenha vivido no mundo romano, contribuiu para a formação de uma doutrina católica onde os valores do mundo antigo, tomados como uma importante referência, foram remodelados pelos valores católicos. Santo Agostinho enfrenta o paganismo e o perigo das invasões visigóticas em uma Roma convertida ao catolicismo, mas vacilante quanto a seu alcance como novo paradigma. Seu pensamento, assim, é marcado por uma dialética de transformação, pois o catolicismo emergirá como a doutrina da salvação em meio ao caos instaurado durante o processo de queda do Império Romano do ocidente. Sua Cidade de Deus é a tradução deste movimento, onde a cidade terrena morada dos homens, imperam os vícios e a incerteza, enquanto a cidade de Deus é o plano superior, habitada pelos Santos, possuindo leis próprias e uma justiça transcendente às querelas humanas. Não obstante, Santo Agostinho não deprecia o conhecimento da cidade terrena, especialmente por defender a bondade da natureza e a existência do direito natural, mas faz convergir a Deus todos os atos que procurem obter o benefício da graça divina. Assim, a chave de sua doutrina do direito é Deus, pois a vontade d'Ele define a justiça.

tica marcante, e a sofisticação do direito romano perde sua utilidade diante da realidade cotidiana (GROSSI, 2008, p. 20).

Todavia, o pensamento filosófico da Alta Idade Média, fechado nos mosteiros e fiel às escrituras, tomará um novo rumo a partir da Idade Média tardia, quando as fontes romanas do direito retomam sua relevância e o conhecimento extrapola os muros das Igrejas, instalando-se nas Universidades espalhadas pela Europa. É este o período onde Santo Tomás de Aquino aparece como uma importante referência para o pensamento jusfilosófico, reformulando a teoria do justo divino agostiniano.

Segundo Villey (2019, p. 131), a doutrina de Santo Tomás de Aquino representa uma revolução relativamente à história do Direito, pois no século XIII, quando viveu e escreveu sua obra, as transformações sociais demandavam uma nova forma de construir o direito, ainda pensado conforme a doutrina de Santo Agostinho e sua noção de justo baseada nos Evangelhos.

Em seu tempo, o direito romano retomava uma destacada relevância em decorrência das transformações sociais deflagradas pelo gradual renascimento do comércio e das cidades. Contudo, não se tratava somente de reconstruir os institutos jurídicos do direito romano, aplicando-os à realidade vigente, mas de restaurar seus fundamentos filosóficos, fundamentos estes responsáveis por conceder a autoridade deste direito em sua origem (VILLEY, 2019, p. 138). O pensamento de Santo Tomás de Aquino, portanto, ao procurar resgatar a filosofia antiga, insere-a no âmbito da Igreja, adapta as fontes da antiguidade à fé cristã, de maneira a reconstruir uma doutrina do direito natural tomada dos antigos, mas absorvida pelos valores do cristianismo.

Sua visão acerca do direito natural, por conseguinte, terá Aristóteles como referência primordial, por isso partindo da ideia conforme a qual o mundo não é fruto do acaso, mas de uma ordem estruturada segundo um propósito. Santo Tomás de Aquino, entretanto, embora se apoie na filosofia aristotélica, procurará confirmar seus pressupostos nas fontes sagradas, no caso da ordem universal, cotejará as fontes antigas com o Gênesis e os dogmas cristãos (VILLEY, 2019, p. 141). Neste mundo guiado de maneira finalista segundo uma vontade superior, será Deus o centro de todo, embora não atuando diretamente sobre

todas as coisas, por isso havendo as chamadas *causas segundas*. Então, todas as regras, mesmo naturais, procedem de Deus, malgrado possam ser por Ele ditadas de maneira indireta.

A doutrina do direito natural deste modo concebida implica no reconhecimento de que cada movimento dos seres vivos obedece às leis naturais em direção a um propósito. Todavia, enquanto os animais seguem instintivamente as leis naturais, os homens a seguem por meio de suas escolhas, de sua liberdade. Absorve, assim a entelúquia presente na filosofia aristotélica. Para Aristóteles a convivência em sociedade deriva da natureza do homem⁵², observação esta indispensável para a construção da ideia de justiça. O direito natural aristotélico une experiência e valoração, considerando que algo é posto pela natureza quando por ela determinado de maneira inevitável. A natureza, portanto, estabelece estruturas segundo uma configuração necessária, para a qual sempre se inclina, pois esta sua verdadeira finalidade (NAUCKE e HARZER, 2008, p. 42). À esta tendência finalística presente em todo ser, animado ou inanimado, denomina-se entelúquia.

A análise das vicissitudes humanas, segundo suas eleições, exige a construção de uma doutrina moral, consubstanciada a partir da ideia consoante a qual ao atuar dos homens teria Deus confiado sua iluminação, de maneira que de suas almas seria possível extrair o potencial discernimento entre o bem e o mal. Inobstante, a doutrina moral não é jurídica, razão pela qual o Direito necessita seguir para além das noções de prudência e da mera intuição, devendo estudar a natureza e seus fins para alcançar a possibilidade de construir normas aceitáveis.

Ademais, existe a imperfeição do ser humano e sua incapacidade de atingir a plena compreensão da natureza, então, para Tomás de Aquino as regras de direito, criadas pelos homens, são ditadas pelas necessidades contingentes já que o próprio justo é mutável (VILLEY, 2019, p. 142). Contudo, reconhece haver princípios imutáveis, que embora não sejam regras jurídicas devem guiar a conduta humana, posto incutidos na alma dos homens por força divina, como a imposição de fazer o bem e evitar o mal.

52 “É evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política”. (ARISTÓTELES, 2001, p. 49)

Assim, o direito natural dita regras gerais, extraídas da observação da natureza, mas uma vez transportadas para o cotidiano são moldadas segundo a situação concreta e a intervenção divina se encontra acima de tudo, pois é Deus o criador da natureza. Deste modo, o direito positivo, criação humana, possuindo suas raízes no direito natural, deve sua autoridade ao fato de buscar traduzir o justo segundo a natureza, por isto obrigando moralmente os homens. Quando estas regras positivas deixam de ser uma representação do justo, perdem sua respectiva força imperativa (VILLEY, 2019, p. 150).

A justiça em Tomás de Aquino é a “preclaríssima das virtudes” (Questão 66, art. 4), possuindo precedência sobre as demais virtudes morais por estar mais próxima da razão. A elevação da justiça à virtude moral por excelência está também em Aristóteles, onde o agir justo é o responsável por impelir o homem à felicidade, a despeito das vicissitudes cotidianas (ARISTÓTELES, 2001, 1129a 4). Desta maneira, sendo a justiça dos homens produzida no intuito de reproduzir o justo por natureza, que possui um propósito finalístico (enteléquia) ditado por uma vontade superior, tem-se que a construção do Direito sob esta perspectiva privilegia a racionalidade humana sem, contudo, desprezar o elemento metafísico indispensável a concepção da ideia de justiça.

Em contrapartida, o problema da pós-modernidade, conforme se pretende demonstrar no tópico seguinte, está na perda do elemento metafísico como fonte indispensável à produção do Direito e consequentemente, da construção do ideal de justiça.

3. A realidade pós-moderna e seus aspectos jusfilosóficos

O individualismo filosófico e jurídico, consolidado com as revoluções liberais Inglesa, Americana e Francesa encontra-se na estrutura básica de formação do pensamento vigente na Era Moderna (CICCO, 2012, p. 160). Este individualismo relaciona-se diretamente com a visão humanística responsável por derrubar gradualmente os padrões do pensamento teologizado, promovendo uma renovação antropológica centrada na confiança na racionalidade humana (GROSSI, 2008, p. 76), revendo as relações entre o homem, a sociedade e a natureza. Es-

tas transformações, também vinculadas ao protestantismo e as consequências políticas dele decorrentes, irá expandir a noção acerca da capacidade humana de alcançar a compreensão a respeito das Sagradas Escrituras sem a necessária intermediação dos membros da Igreja. A filosofia assim transformada impulsionará a construção de um direito natural que procurará estabelecer seus fundamentos desvinculados da fé cristã.

Soma-se a estes fatores a formação do Estado moderno, ou estado westfaliano, cuja imprescindibilidade é defendida a partir da concepção de um “estado de natureza” prévio à vida estatizada, onde as relações entre os indivíduos não possuem estabilidade. No estado de natureza, embora o homem possa ser livre, de nada lhe serve a liberdade, pois a coexistência pacífica e ordenada depende de um ente apto a promover este fim, ou seja, o Estado. Neste sentido, o Direito aparece como a ferramenta indispensável à estruturação e à manutenção da ordem. Esta corrente jusfilosófica, denominada realismo jurídico, será responsável pelo desaparecimento do elemento metafísico⁵³ na conformação do Direito (NAUCKE e HARZER, 2008, p. 76).

Finalmente, é importante destacar que o pensamento vigente na era moderna, de uma maneira geral, estando vinculado ao racionalismo, possui a marca do Cartesianismo e sua valorização do método⁵⁴ como instrumento capaz de construir convicções a partir de fundamentos sólidos, cuja possibilidade de desconstrução por meio de opiniões impertinentes restaria afastada (DESCARTES, 2015, p. 18). O método cartesiano espalhou-se, pois, por todas as ciências, nelas incluída a ciência jurídica, resultando na paulatina solidificação do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, segundo Bobbio (1995, p. 135), nasce deste esforço em transformar o direito em verdadeira ciência, forjada

53 “La metafísica del derecho procura sostener que la elección jurídica entre alternativas para la organización de la convivencia humana - al por menor y al por mayor - no solo es fácticamente necesaria, sino que además es justa. (NAUCKE e HARZER, 2008, p. 35

54 O programa de Descartes consiste na construção do método da dúvida, que “consiste em questionar a origem de suas crenças, indagando se essa origem é infalível. Se não o for, ele poder estar certo de que qualquer crença daquela mesma origem não pode ser confiável para fornecer os princípios do conhecimento.” (STOKES, 2012, p. 144)

por meio dos mesmos métodos utilizados pelas ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, cuja característica fundamental é a *avaliatividade*, ou a distinção entre juízo de fato e juízo de valor. O direito, portanto, passa a ser concebido como uma estrutura formal, instituída a partir de uma constituição cujos princípios e regras deverão funcionar como norte para a formação do ordenamento jurídico.

A era contemporânea herdará as concepções jusfilosóficas construídas na Idade Moderna, e a justiça, como finalidade última do direito, restará confinada à estrutura formal estabelecida pelo positivismo. O desaparecimento do elemento metafísico na conformação do direito, entretanto, alcançará a pós-modernidade como uma nova problemática envolvendo a ciência jurídica, pois a concepção formalística ditada pelo direito positivo, onde a justiça decorre da norma e não esta da justiça como elemento axiológico, encontrará uma sociedade transformada por novas demandas, onde este raciocínio não consegue, por vezes, resolvê-las de modo satisfatório.

A ideia de pós-modernidade, segundo Giddens (1991, p. 13) consiste em perceber que a concepção de mundo construída na modernidade está a produzir largas consequências no tempo presente, de maneira mais radical e universalizada, entretanto. Desde o final do século XX os efeitos da modernidade apresentam-se sob duas perspectivas opostas, pois se a difusão das instituições da modernidade em escala mundial gerou maiores oportunidades aos seres humanos no tocante à segurança, este processo ensejou, em contrapartida, resultados sombrios (GIDDENS, 1991, p. 16), como a exclusão social de Estados que não conseguem atingir o grau de competitividade necessário em um mundo globalizado.

Assim, o direito da pós-modernidade, vigente em uma realidade globalizada, de valores efêmeros e demandas pulverizadas entre as diversas categorias sociais de maneira diversificada, reclama do individualismo de matriz liberal uma postura ampliada, pois na realidade corrente a estratificação da sociedade, de uma maneira geral, passou a ser ditada não mais pela capacidade de acumulação de bens, mas pelo consumo (DEL PERCIO, 2010, p. 89), ou a capacidade de adquirir bens. Neste cenário, onde os direitos individuais nascidos da modernidade ocupam a categoria de direitos fundamentais, a susten-

tação da validade destes permanece atrelada ao direito positivo e sua formalística.

Todavia, considerando que as demandas sociais correntes implicam na busca por soluções mais flexíveis e condizentes com a realidade, o direito positivo estritamente formal passa por um processo de transformação, com a conseqüente transferência do seu elemento metafísico para as teorias relacionadas aos direitos fundamentais (NAUCKE e HARZER, 2008, p. 163). Desta maneira, torna-se presente a antiga polêmica acerca da relação entre direito e moral, sendo possível observar duas posições fundamentais contrapostas: a positiva e a não positiva (ALEXY, 2009, p. 3). Para a posição positivista o direito coaduna-se com o conceito de legalidade, de estruturação segundo a formalística decorrente da racionalidade do ordenamento jurídico estatal, enquanto para a posição não positivista, embora não exclua o preceito da legalidade, pois sem ele o direito perde sua razão de ser, a ele agrega elementos de ordem moral.

Isto posto, a questão da enteléquia na pós-modernidade relaciona-se com os aspectos em torno do resgate dos elementos metafísicos do direito, restando saber se a noção de um fim último em todas as coisas se faz ou não atuante no contexto jurídico da atualidade. A enteléquia, cumpre recordar, encontra-se no pensamento aristotélico, bem como em Tomás de Aquino, mesmo porque utilizou este último da filosofia de Aristóteles no escopo de construir suas reflexões. A noção, pois, de uma finalidade atribuível a cada ser conjuga-se, em ambos pensadores, à noção de uma vontade superior, o *cosmos* ou Deus, respectivamente. Cumpre ressaltar, ainda, que à antropologia clássica universalista, ou a antropologia que descreve a natureza humana, observada no pensamento filosófico grego e romano, corresponde uma moral universalista (VILLEY, 2019, p. 86). As fontes desta não são escritas, sendo decorrência da lei verdadeira que possui validade em todos os lugares, implicando, ademais, em deveres para todos os homens nas várias esferas da vida cotidiana (VILLEY, 2019, p. 87).

A sistemática do pensamento tomista, ao reviver os clássicos, não afasta a antropologia universalista grega, agregando a ela a ideia de justiça como a virtude moral por excelência, conforme destacado no tópico anterior. Deste contexto emerge a necessidade de busca, pelas leis

terrenas, da devida adequação ao movimento finalístico ditado pela natureza das coisas, como meio de se aproximar do ideal da justiça como virtude moral mais elevada. Antes, pois, de pregar um moralismo fundado em colóquios embasados em argumentos de ordem meramente teórica, a enteléquia auxilia na estruturação de uma moral prática e, em consequência, de um direito forjado segundo a concepção acerca daquilo que se demonstra justo.

O positivismo jurídico, no entanto, afastará as concepções relacionadas ao direito natural na construção das normas, de maneira que, se o ser humano possui uma natureza cujo exercício deve ser contido por meio de uma autoridade, então, o direito justo será aquele posto pela autoridade a fim de fazer cumprir a necessária contenção dos indivíduos, indispensável para a convivência social (NAUCKE e HARZER, 2008, p. 72). O problema metafísico do direito é resolvido por meio do reconhecimento da força do Estado e da autoridade das normas por ele produzidas.

Desta maneira, nem mesmo as correntes não positivistas, responsáveis por reacender os debates envolvendo a relação entre o direito e a moral, conseguem retomar a perspectiva clássica do direito natural e do justo como virtude moral mais elevada, pois a finalidade última dos seres não possui na pós-modernidade um vínculo estável com uma realidade transcendente, seja ela qual for. Seguindo o pensamento de Villey (2019, p. 02), resta claro que os direitos fundamentais, onde se instalaram as propostas de resgate dos elementos metafísicos do direito, como frutos da era moderna, passaram a exigir como indispensável à efetivação de sua faceta idealista a adoração de um outro ídolo que não Deus. Este ídolo é o Progresso, elevado à categoria de promovedor da felicidade de todos e, por isso, erigido à finalidade última da política estatal. Nas palavras de Villey (2019, p. 03) “é o *positivismo jurídico*, filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos juristas e que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca da justiça.”

4. Conclusão

Tendo em vista a problemática pós-moderna relativa à construção do direito, o presente estudo estabeleceu como objetivo verificar se

a enteléquia, ou a constatação acerca da finalidade última dos seres, animados ou inanimados, encontra-se entre as perspectivas tendentes a resgatar os elementos metafísicos do direito.

Considerando que referida construção filosófica encontra-se no pensamento aristotélico, bem como em Tomás de Aquino, a primeira parte deste estudo procurou esclarecer seus contornos, especialmente conforme a filosofia tomista, pois se julgou relevante estabelecer o marcante contraste entre as concepções filosóficas e jurídicas observadas na Idade Média e aquelas encontradas na Idade Moderna, período histórico imediato ao medieval.

A passagem da Idade Média para a Moderna, conforme restou demonstrado ao longo deste trabalho, é marcada pela transformação dos paradigmas sociais, jurídicos, filosóficos e políticos da história ocidental. A modernidade ensejará a formação do Estado como hoje o conhecemos hoje, será o berço do racionalismo que se alastrará por todas as ciências, e promoverá o individualismo relacionado não apenas à promoção da razão, mas dos valores liberais. Estes valores passarão às constituições como direitos fundamentais e chegarão aos dias vigentes como último reduto da metafísica jurídica, embora condicionados pelos contornos ditados pelo positivismo jurídico.

O positivismo jurídico, igualmente consequência das transformações operadas ao longo da era moderna, condicionará o direito à ideia de norma pura, isenta de adornos morais, uma vez posta pela autoridade do Estado. A busca pela ideia de justiça passa pela concepção da validade da norma estabelecida pela autoridade estatal, pois se a ele se atribui a prerrogativa de dizer o direito, logo será o direito a fiel representação da justiça.

Diante disso, restou demonstrado que a ideia de enteléquia não se coaduna com a pós-modernidade, não por consubstanciar um preceito antigo ou inadequado à busca dos fundamentos da justiça, mas por não caber dentro da perspectiva de mundo vigente. Neste, as dinâmicas sócio-políticas, ditadas pela ideia de progresso e pelos mecanismos de exacerbação do consumo permanecem atrelados ao positivismo jurídico e à sua formalística, vislumbrada como o instrumento válido à construção da justiça.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2001
- _____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. 5ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2001
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995
- CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012
- DEL PERCIO, Enrique M. **La Condición Social: consumo, poder y representación en el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2010
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2015
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991
- GROSSI, Paolo. **Europa y Derecho**. Traducción castellana de Luigi Giuliani. Barcelona: Ed. Crítica, 2008
- NAUCKE, Wolfgang, HARZER, Regina. **Filosofía del Derecho: conceptos básicos**. Traducida por Leonardo Germán Brond. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Astrea, 2008
- SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. Tradução de Alexandre Correia. Livros Católicos para Download
- STOKES, Philip. **Os 100 pensadores essenciais da filosofia**. Tradução de Denise Cabral de Oliveira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos.** Tradução de
Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo:
WMF Martins Fontes, 2019

_____. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno.**
Tradução de Cláudia Berliner. 2ª edição. São Paulo: WMF Mar-
tins Fontes, 2019

REFLEXÕES ACERCA DA REGULAÇÃO PARA INOVAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thaméya Lourenço Barbosa Silva

Marcos Fernandes-Sobrinho

INTRODUÇÃO

O sistema econômico Capitalista induz, em termos gerais e sem maior aprofundamento, o consumo de bens, bem como efetiva a produção. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988 (BRASIL, 2016), em seu título direcionado à Ordem Econômica e Financeira, instituído a partir do artigo 170 e seguintes, externa a ordem econômica fundada, entre outros itens, na livre iniciativa, com observância de princípios, notadamente a propriedade privada e a livre concorrência, repercutindo traços do Capitalismo.

Neste cenário voltado à apropriação de capital, identificamos a inovação como elemento essencial ao crescimento econômico, refletindo, portanto, efeitos sobre a sociedade. Ampliando o espectro do raciocínio, a inovação decorre de pesquisas que levam ao desenvolvimento, por vezes tecnológico, à produção e à comercialização.

No que tange a inovação atrelada à pesquisa, apenas 27% dos pesquisadores encontram-se na iniciativa privada, de acordo com dados extraídos da Revista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), datada do ano de 2016. A relevância do número de pesquisadores dentro do regime público justifica a busca por conhecimento sobre a regulação

da inovação para Administração Pública, objetivo do presente estudo, consolidado por meio de uma revisão integrativa (RI) e distribuído na introdução, métodos, resultados, discussão e considerações.

MÉTODOS

O capítulo foi consolidado por meio de uma revisão integrativa (RI) com a busca voltada para estudos acerca da regulação da inovação na Administração Pública, visando elucidar instrumentos existentes para a proteção do pesquisador dentro da seara pública, resguardando seu interesse econômico decorrente do contexto Capitalista.

Conceitualmente, a RI refere-se a método de pesquisa de dados secundários, em que os estudos relacionados a determinado assunto são sumarizados, permitindo-se obter conclusões gerais a partir da reunião de vários estudos, sendo que o método pode combinar dados de literatura teórica ou empírica (GALVÃO, MENDES, SILVEIRA, 2010).

Acerca dos procedimentos metodológicos pertinentes à RI, seis são as etapas, a saber: (1) identificação do tema e seleção da hipótese ou questão de pesquisa para a elaboração da RI; (2) estabelecimento de critérios para inclusão e exclusão de estudos/amostragem ou busca na literatura; (3) definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados/categorização dos estudos; (4) avaliação dos estudos incluídos na RI; (5) interpretação dos resultados; e (6) apresentação da revisão/síntese do conhecimento. (MENDES, SILVEIRA E GALVÃO, 2008).

A questão pertinente de pesquisa e norteadora para o presente estudo foi assim identificada: dentro o ordenamento jurídico brasileiro, quais são as normas disciplinadoras e os instrumentos utilizados para a transferência do conhecimento, tecnologias e inovações gerados no ambiente de instituições públicas, com a tutela do interesse financeiro de todos os envolvidos na relação?

Já na segunda etapa, após a identificação dos Descritores em Ciências da Saúde (DeCS), a busca pelos artigos foi realizada no dia 05 de novembro do ano de 2019, utilizando-se um DeCS “administração pública” e duas palavras-chave “regulação” e “inovação”, as quais reportam significativamente ao objeto de estudo. Empregou-se

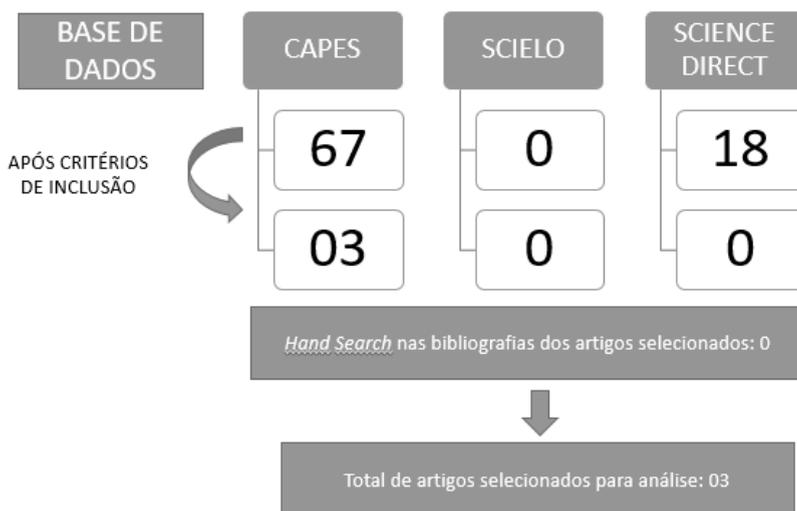
o operador booleano *AND*, na base eletrônica Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), *Science Direct* e *Scientific Eletronic Library Online (Scielo)*, por um único pesquisador.

Os critérios de inclusão foram artigos originais publicados entre 1º de janeiro de 2016 à 05 de novembro de 2019, disponíveis eletronicamente na íntegra, no idioma português (brasileiro), já que se pretendeu analisar dados dentro do território nacional brasileiro.

Em razão do diminuto número de artigos localizados e com o objetivo de ampliar o resultado, bem como a credibilidade do estudo, aplicou-se a técnica denominada *hand search*, que se refere à busca manual, pelos pesquisadores, de artigos correlatos, dentro dos critérios de inclusão e mencionados na bibliografia dos artigos encontrados. No entanto, não houve resultado positivo, decorrentes desta tentativa de ampliação dos achados.

O resultado das buscas está especificado na figura abaixo colocada.

Figura 1 – Fluxograma da coleta de dados para RI sobre regulação para inovação na administração pública



Fonte: elaborada pelos autores, a partir dos dados da pesquisa, *power point*, 2019.

Finda as buscas por artigos, tendo alcançado o número total de três estudos, iniciaram-se a leitura e a extração de informações pertinentes, especificamente indicadas no Quadro 1, conforme orientação do terceiro passo.

Cumprir destacar a importância da identificação do nível de evidência de cada estudo, posto que determina a confiança no uso dos resultados e a fortalece as conclusões que gerarão o estado do conhecimento atual do tema investigado (POLIT, BECK, 2006), sendo que a análise detalhada dos estudos abrange a quarta etapa da revisão.

Com efeito, o nível de evidência, a partir dos ensinamentos adaptados de Stetler *et al*, classifica os estudos pelos números romanos de I a VI, sendo I - metanálise de múltiplos estudos controlados; II - estudo experimental individual; III - estudo quase-experimental com grupos único, não randomizados, controlado, com pré e pós- teste, ou estudos tipo caso controle; IV - estudo não experimental como pesquisa descritiva correlacional, pesquisa qualitativa ou estudo de caso; V - relatório de casos ou dados obtidos sistematicamente de qualidade verificável, ou dados de programas de avaliação; VI - opinião de autoridades respeitadas, baseadas na experiência ou a opinião, incluindo suas interpretações de informações não baseada em pesquisa (STETLER *et al*, 1998).

RESULTADOS

Esta RI, de acordo com os critérios de inclusão preestabelecidos resultou em três artigos na base de dados Capes (100%), inexistindo, via *hand search*, trabalhos a serem incluídos na pesquisa. Em relação ao ano de publicação, um artigo é do ano de 2016 (33%) e dois são de 2017 (66%). Neste específico, cumpre destacar que o critério de inclusão referente ao ano restou estabelecido pela vigência da Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, denominada como o novo marco legal da ciência, tecnologia e inovação, nada obstante, ainda com a legislação recente, não foi identificada relevante produção científica neste íterim.

Ademais, a escolha do idioma materno decorre da busca em específico por regulação pátria, o que justifica o uso do português na integralidade dos artigos (100%). Entretanto, como já alertado

alhores, constata-se lacuna no conhecimento do tema buscado, posto que os estudos selecionados não tratam, especificamente, da regulação da inovação na administração pública, tampouco abarcam a identificação de instrumentos jurídicos essenciais à tutela do interesse econômico.

Quanto ao nível de evidência acima mencionado e conceituado, verificou-se o predomínio de artigos com nível VI, já que não foram encontradas pesquisas empíricas robustas.

No quadro abaixo foram indicadas as informações de interesses, em que há descrição do título, autoria, ano de publicação, base de dados, nível de evidência, instrumento usado, palavras chave, síntese dos resultados e conclusão (URSI, 2005).

Quadro 1 - Apresentação da síntese dos artigos incluídos na RI. Catalão, GO, 2019.

Título	Autoria/Ano	Base de Dados/Nível de Evidência	Palavras-chave/ Instrumento Utilizado	Síntese dos Resultados e Conclusão
Ciência, tecnologia e inovação no Brasil: poder, política e burocracia na arena decisória	OLIVEIRA, Joelmo Jesus de. 2016	Capes VI	Poder Executivo; atores e instituições; burocracia e políticas; ciência, tecnologia e inovação; CNPq.	A trajetória política e institucional do setor de ciência e tecnologia no Brasil teve a marca do insularismo burocrático nos anos de 1970 e do argumento de expertise nos tempos atuais. Ambos terminam por servir ao mesmo propósito: a blindagem da arena decisória a interesses e opiniões que expressem de forma ampla as prioridades sociais.
Inovação e Empreendedorismo: políticas públicas e ações privadas	FREIRE, Carlos Torres. MARUYAMA, Felipe Massami. POLLI, Marco. 2017	Capes VI	Inovação; Empreendedorismo; Políticas públicas. Pesquisa exploratória.	Apesar da diversificação do ambiente para inovação no Brasil, tanto em termos de políticas públicas como de ações privadas, ainda há um longo caminho a se percorrer em busca de resultados melhores, incluindo também aperfeiçoamentos no marco legal, no fortalecimento de uma indústria de capital ríscio e na interação entre IctS e empresas, já que o desempenho brasileiro permanece insatisfatório nos indicadores de inovação, fraco tanto no número de startups brasileiras em rankings internacionais, quanto no de patentes depositadas, na sofisticação tecnológica das exportações ou no volume do investimento privado em p&D.
O novo marco regulatório das organizações da sociedade civil e uma nova agenda de pesquisa sobre as relações entre os órgãos de controle, as organizações da sociedade civil e os gestores públicos	MEDEIRO, Rogério de Souza; MACHADO, Nírive Fonseca. 2017	Capes VI	Sociedade civil. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Gestão Pública. Órgãos de controle.	A criação de dois mecanismos diferentes, o Termo de Colaboração e o Termo de Fomento, tiveram, na concepção da nova lei, o propósito de diferenciar claramente as ações que, por um lado, derivam de políticas já claramente delimitadas – que são parte de um campo de políticas públicas com parâmetros bem definidos – daquelas que, por outro lado, devem contar com a criatividade e a inovação dos atores da sociedade civil para a sua execução.

DISCUSSÃO

A partir da Revolução Industrial o desenvolvimento tecnológico subsidiou amplamente o processo de acumulação de capital na ideia de substituição de trabalho por máquinas. A competição entre empresas exigia a constante renovação dos métodos produtivos, de forma a reduzir custos de produção e introduzir novos produtos (TIGRE, 2006). Nesse contexto, o entendimento de como a pesquisa, desenvolvimento e tecnologia afetam a economia é vital para a compreensão do crescimento da riqueza dos países e dinâmica das sociedades contemporâneas (CAMPANÁRIO, 2002).

A inserção das empresas, e conseqüente manutenção, no mercado competitivo exige a utilização da inovação, remontando um cenário circular em que a inovação é posta no mercado, a empresa inovadora garante a absorção dos frutos daquela inovação, restringindo o mercado para si, até que outra empresa implemente a tecnologia, dissolvendo o monopólio da empresa inovadora, até então existente, de modo que, para manter-se competitiva no do mercado, a empresa necessita de um item inovador. Em outras palavras, o bloco de inovações define um novo paradigma tecnológico que termina por se constituir em um padrão tecnológico que gera imposições para as empresas, sendo o processo de busca por inovação é permanente (CAMPANÁRIO, 2002).

Com efeito, o contexto da inovação ganhou novos contornos, mas ainda gera inúmeros impactos sociais, além de ser a mola propulsora da economia ou, nas palavras do mestre “as inovações desempenham o papel de mola propulsora do fenômeno do desenvolvimento com crescimento econômico”. (CAMPANÁRIO, 2002). Sob outra ótica, o contexto da inovação também pode ser externado como um processo fechado, conforme segue:

Utilizando aqui um recurso de estilização do contexto da inovação no século XX, seria possível simplificar e descrevê-lo como um processo de certo modo fechado, realizado por grandes empresas, com seus laboratórios internos de pesquisa e desenvolvimento (P&D), caracterizado por ciclos longos de desenvolvimento de produtos, com necessidade de grande

aporte de recursos próprios ou públicos, mediante encomendas estratégicas e financiamentos ou subsídios robustos. (FREIRE, MARUYAMA, POLLI, 2017, p. 52).

A tecnologia alterou significativamente as trocas de informações e permitiu, inclusive, o acesso às informações de modo rápido e barato, permitindo aquisição de conhecimento e, como decorrência, maior capacidade de gerar alternativas tecnológicas, sendo que vivemos o que fora denominado, por alguns, de “revolução informacional, a qual contribui para formação de uma nova sociedade (LEMOS, 2000, p. 163).

Deste modo, o artigo resultado da RI e intitulado “Inovação e Empreendedorismo: políticas públicas e ações privadas” discute a inovação e o empreendedorismo sob a ótica das *startups*, apontando os benefícios das políticas públicas, atrelados à iniciativa privada, os quais resultaram em casos de sucesso como, por exemplo, o aplicativo *Airbnb*, utilizado para compartilhamento de hospedagem.

Conquanto o estudo seja dedicado a tratar das políticas públicas das *startups*, há a indicação da organização do apoio à inovação em *startups*, consubstanciada em três dimensões, a seguir delimitadas:

A primeira se refere a investimento e capitalização: recursos públicos não reembolsáveis (subvenção econômica); os fundos de capital semente e de *venture capital*; fundos públicos e de investimento público-privado; *crowdfunding*; e investimento direto corporativo em participação (*corporate ventures*). A segunda dimensão se refere a treinamentos, serviços de apoio e fomento ao ambiente empreendedor: os espaços para estímulo a inovação e desenvolvimento tecnológico, como incubadoras e aceleradoras; redes de empreendedores, investidores e clientes; eventos, cursos e *workshops*; além dos desafios tecnológicos públicos ou privados. Por fim, a terceira dimensão está relacionada ao marco regulatório, constituída pelo arcabouço normativo para investimento; regulação de incentivos fiscais a investidores em inovação e a empresas iniciantes; simplificação e modernização de processos administrativos para empresas inovadoras e iniciantes. (FREIRE, MARUYAMA, POLLI, 2017, p. 55).

Observa-se, deste modo, que o terceiro pilar de sustentação da inovação é o marco regulatório, motivo pelo qual a sua análise sob o ponto da inovação, na administração pública, mostra-se imprescindível.

Analisando os fatos, de acordo com as considerações tecidas, a inovação revela-se como peça fundamental da competitividade, desencadeadora de efeitos econômicos e sociais, cuja importância é fundamental. Constatou-se que grande parcela das pesquisas, conforme dados da pesquisa anteriormente citados, são, dentro do território nacional, desenvolvidas no ambiente de instituições públicas, regidas por princípios constitucionais, entre eles o da legalidade, o que gera, salvo melhor juízo, o desencontro da produção e do desenvolvimento tecnológico intelectual, dentro das instituições públicas, bem como os instrumentos legais para fomentar e incentivar os avanços das pesquisas e desenvolvimento tecnológico, o que inclui inovação.

Apesar das relevantes informações trazidas pelos textos obtidos nesta RI, notamos diminuta produção científica no que tange a regulação brasileira das produções dos pesquisadores públicos, acarretando insegurança jurídica nas relações públicas.

A Lei da Inovação, datada de 2004, alterada pelo denominado Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, teve como escopo incentivar a parceria entre o setor público e o privado, trazendo, *a priori*, maior segurança ao pesquisador público.

Trata-se, em verdade, de lei fomentadora, utilizada para disciplinar parcerias entre universidade e instituições privadas e, ampliando sua extensão, disciplinar a inovação na administração pública, a rigor do inciso V, do artigo 1º da Lei da Inovação, o qual prevê, dentre os princípios trazidos, a “promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas” (BRASIL, 2004).

Tendo em vista o objetivo voltado à inovação, necessário trazer o conceito de inovação trazido pela lei, o qual refere-se a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos. Amparado por esta primeira parte do inciso IV, do artigo 2º, da Lei de Inovação, necessário mencionar a dicotomia do conceito de inovação, posto que a literatura aponta a existência da inovação radical e da inovação incremental,

salvo melhor juízo, ambas abarcadas pela letra da lei, ao passo que o conceito também denomina inovação a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2004).

Com efeito, o conceito trazido pelo artigo 2º, da mencionada lei, em seu inciso V, é de suma relevância, posto que define o que se compreende por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT), vejamos:

órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos. (BRASIL, 2004).

Neste diapasão, as instituições públicas estão claramente identificadas pelo conceito trazido pela Lei de Inovação e consequente Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, entretanto, vemos certa timidez das instituições, e até mesmo seus pesquisadores, no que tange a utilização das regras que beneficiam sobremaneira os pesquisadores.

A preocupação dos pesquisadores vinculados às instituições públicas é compreensível, ante a necessidade de efetivamos dentro da administração pública o princípio da legalidade traduzido na possibilidade de fazer apenas aquilo que a lei prevê, entretanto, há lei prevendo diversas possibilidades para o pesquisador público.

Deveras, a inovação ganhou contornos relevantíssimos para a economia mundial e, dada a relevância social do tema, a Lei da Inovação deverá ser utilizada da forma mais abrangente possível dentro da Administração Pública.

Como dito, trata-se de lei de fomento e, por assim ser, o artigo 4º, a título de exemplo, combinado com outros dispositivos da Lei de Inovação, prevê a possibilidade das instituições, no caso ICT, firmarem contratos ou convênios, com contrapartida financeira para a instituição

e, de suma relevância, para o pesquisador, mesmo que este servidor esteja sob o regime da dedicação exclusiva. Isto porque, o inciso III, do artigo em comento externa a possibilidade do uso do capital intelectual da instituição em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

O dispositivo mencionado possui inúmeros desdobramentos benéficos às instituições pública, mas a possibilidade de haver remuneração é essencial para o crescimento das pesquisas.

Ademais, seguindo na mesma linha de incentivo, o pesquisador público poderá ser afastados para prestar colaboração para outra ICT, desde que a atividade na instituição de destino seja compatível com a natureza do cargo de origem.

Ora, o sistema capitalista prima pelo retorno financeiro, ao passo que qualquer intenção de coibir ou diminuir os retornos monetários do estudioso acarretaria, sem sombra de dúvidas, desestímulo ou, nos piores dos cenários, fraudes.

Analisando, portanto, o pilar de sustento da inovação, sob a ótica da legislação já mencionada, notamos a existência de amplo rol de possibilidades, notadamente a transferência de tecnologia, instrumento de suma importância, mas que não é o único possível.

O artigo 19, parágrafo 2ºA, da Lei de Inovação, elenca inúmeros instrumentos de estímulos à inovação, como por exemplo, a encomenda tecnológica, mas, ainda mais importante que a previsão de inúmeros instrumentos pela lei, a menção expressa de que se trata de rol meramente exemplificativo, ao constar a expressão “entre outros”, permite a utilização de todos os aparatos jurídicos previstos em nosso ordenamento, visando fomentar a inovação e tecnologia, fato que amplia demasiadamente as possibilidades para que a instituições públicas e seus pesquisadores aproveitem ao máximo cada detalhe da lei.

Pelo exposto, nota-se a existência de leis voltadas ao incentivo da inovação nas instituições públicas, com a possibilidade e retorno financeiro, mas baixo índice de utilização, demandando estudos na área. Inclusive, os Estados poderão criar regulamentos para melhorar a amplitude da lei, previsão legal pouco utilizada e que, na prática, traria maiores subsídios para a legalidade necessária, bem como segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES

O cenário econômico, a globalização e a troca acelerada de informações trouxeram desafios às empresas para permanecerem competitivas.

Desse modo, a inovação possui papel de destaque, caracterizada, entre inúmeros outros atributos, por trazer vantagem competitiva, de modo que os incentivos por pesquisas revelam a chave do sucesso de inúmeros “achados”, principalmente tecnológicos.

Nesse cenário, notamos, de acordo com o senso comum, a existência de elevado número de pesquisas nas universidades públicas, no entanto, baixo índice de patentes, por exemplo. Diversos são os motivos dos baixos índices, no entanto, corriqueiramente tem-se notado a falta de interesse do pesquisador público, ante a suposta impossibilidade de retorno financeiro para si.

Entretanto, a Lei de Inovação trouxe inúmeros instrumentos legais utilizáveis para tutelar o interesse financeiro da instituição pública e do pesquisador, garantindo o ganho monetário.

A pesquisa em tela pretendia analisar estudos sobre a aplicabilidade da regulação existente nas instituições públicas, a qual, em verdade, revelou grande lacuna no conhecimento, dentro da metodologia utilizada.

Portanto, apesar de a inovação figurar como essencial para o desenvolvimento econômico de um país, por assim ser, novos estudos desta natureza devem ser empreendidos com fins de apreciar a discussão em torno da aplicabilidade dos instrumentos jurídicos trazidos pela Lei da Inovação atrelados ao fomento da pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988): texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão no 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais no 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. 2016. ed. Brasília (DF): Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

CAMPANÁRIO, M. de A. Tecnologia, Inovação e Sociedade. Innovación Tecnológica, Economía y Sociedad, patrocinado pela

Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) y el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología de Colombia (Colciencias). Anais... In: TECNOLOGIA, INOVAÇÃO E SOCIEDADE. Colombia: OEI, 2002. Disponível em: <<https://www.oei.es/historico/salactsi/milton.htm>>, Acesso em: 17 dez. 2019.

FREIRE, CARLOS TORRES; MARUYAMA, FELIPE MASSAMI; POLLI, MARCO. INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO: POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES PRIVADAS. *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 51-76, novembro de 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002017000300051&lng=en&nrm=iso, Acesso em 25 set. 2019.

LEMOS, C. A inovação na era do Conhecimento. In: *parcerias Estratégicas* n. 8, maio 2002, p. 157-180. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/104/97. Acesso em: 28 set. 2019.

MEDEIRO, Rogério de Souza; MACHADO, Nínive Fonseca. O novo marco regulatório das organizações da sociedade civil e uma nova agenda de pesquisa sobre as relações entre os órgãos de controle, as organizações da sociedade civil e os gestores públicos. *Revista Ciências Sociais*, nº46, jan/jun de 2017. p. 23-47. Disponível em <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/politicaetrabalho/article/view/32616/19351>> Acesso em 26 set. 2019.

OLIVEIRA, Joelmo Jesus de. Ciência, tecnologia e inovação no Brasil: poder, política e burocracia na arena decisória. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 24, n. 59, p. 129-147, Sept. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000300129&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 Set. 2019.

DE LA PANDEMIA Y OTROS DEMÔNIOS: APRENDIZAJES DE LO INDIVIDUAL PARA CONTEXTOS SOLIDARIOS EN AMÉRICA LATINA

Édgar Hernán Fuentes-Contreras

“El “sálvese quien pueda” no sólo es inmoral, sino que tampoco alcanza”.

Ernesto Sábato, *La Resistencia*.

En momentos donde afloran los Estados de Emergencia, no por poco, surge una visión de exacerbación a lo individual. No obstante, el ejercicio de las mismas puede llevar a posturas radicales y dicotómicas: con sustento, hablar de Estados de Emergencia en los contextos democráticos y constitucionales apunta a discursos de la *nazificación* (como riesgo) o de a la *obediencia absoluta* para evitarlo (como exceso). En cualquiera de los casos, puede ser visto como un reflejo de la política del miedo⁵⁵ y una afectación ficcional a lo que se asumió, mitológicamente, como real desde la teoría del contrato social.

Es en ese entorno que se hace posible analizar, inclusive, la pretensión de reducir a las obras constituyentes a la consignación no precisa y modificada del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre

55 Cfr. GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. *La lucha contra el terrorismo: Entre el Miedo y el olvido*. En: *Estudios de Derecho*, Vol. 61, No. 138 (2004); págs.142-159.

y el Ciudadano⁵⁶, es decir, a un texto que contiene en él la garantía de los derechos y la separación de poderes; y que, además, instauró, con credibilidad, una contraposición entre la ciudadanía y el Estado, mientras se vigorizó un mandato expansivo de la libertad individual.

De ahí que el diagrama ideológico del contrato social clásico⁵⁷ hizo una apuesta instrumental sobre el Estado y que, si bien no podía ser de otra manera como lo demostró el período entre guerras en el siglo XX, en muchos aspectos validó la figura de un ser humano que vive en sociedad, pero no siempre en su sentido cívico⁵⁸: lográndose que el precio de la protección de las individualidades puede ser la instrumentalización del otro.

Ciertamente, si se explora la lógica contractual, es fácil asegurar que nadie firma un contrato que traiga pérdida para sí, por esto, la presunta mezquindad del particular, naturalmente concebida, también validó darle prerrogativas exorbitantes al Estado en la protección del interés general, mientras prescribía libertad humana como el espacio que deja la ley para la actuación de los particulares⁵⁹ y a los derechos como elementos limitados solo, en principio, al inicio de aquellos que tienen los otros.

Justo, si así se razona, independiente de lo negativo o positivo que se le atribuya, se hace comprensible que las 2 primeras generaciones de derechos humanos sean de carácter individual y que solo después

56 Originalmente establecida así: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”, con el paso de los años fue modificada para aludir a la “constitution” (verbo) como “Constitution” (sustantivo). Sobre el tema: FUENTES-CONTRERAS, Edgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional*. En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?: Diálogos jurisdiccionales y constitucionales*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020. Págs. 731-746.

57 A diferencia, en algún sentido, de posturas de autores como las de Robert Dahl y el propio John Rawls. Ver, entre otros: DAHL, Robert. *La igualdad política*. México, D.F.: FCE; 2009; RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México; D.F.: FCE; 2006.

58 Cfr. LLANO, Alejandro. *El humanismo cívico y sus raíces aristotélicas*. En: *Anuario Filosófico*, No. 32 (1999); págs. 443-468; LABORDA, Xavier. *Aristóteles y su concepción lingüística de un entorno cívico*. En: *Revista de estudios filológicos*, No. 34 (2018); págs. 1-32; BUENO, María. *Aristóteles y el ciudadano*. En: *Tópicos*, No. 54 (2018); págs. 11-45.

59 Sobre el concepto de libertad previo ver, por ejemplo: SKINNER, Quentin. *La libertad antes del liberalismo*. Traducción de Fernando Escalante. Madrid: Taurus; 2004.

de casi 2 siglos aparezca con suficiencia el colectivo y la preocupación intergeneracional.

Pese a que son muchos los motivos que pueden presentarse para explicar dicha dilación, lo cierto es que, en el tríptico revolucionario, la fraternidad no tuvo la misma suerte que sus colegas⁶⁰; situación que produjo que su devenir histórico haya sido menos favorecido por las erudiciones y consagraciones normativas.

Por el contrario, su uso puede ser admitido como un peligro y un riesgo no virtual: las medidas que obligan a pensar en el otro suelen valorarse como propias de estructuras autocráticas y hostiles a los derechos constitucionales, violatorias a las democracias y como medidas represivas radicalizadas. De ahí que se asuma que la histeria siempre será colectiva y la intervención innecesaria. Empero, no hay que engañarse, si el liberalismo enseñó a desconfiar del poder, también enseñó a desconfiar de nosotros mismos: Ni el Leviatán existe ajeno al colectivo, ni actúa por cuenta propia sin él, so pena a su desnaturalización como modelo político.

Es esta la razón de que no haya una ausencia plena del colectivo en el discurso liberal. Solamente que este aparece cuando lo necesita para su obra, de resto se convierte en una masa supeditada racionalmente, amante de la pasividad, no pensante, deshumanizada y susceptible al engaño⁶¹.

Dicha paradoja refuerza nociones como biopolítica, anatómopolítica, cuerpos dóciles, el control, lo disciplinario, entre otras, y pese a que no sería nada saludable estructurarlas como ficciones exageradas, en mucho, como diría el mismo Deleuze, no son más que el reflejo del deseo y el poder una enfermedad del mismo⁶².

60 "Es así como libertad e igualdad han conocido una evolución que las ha llevado a convertirse en verdaderas categorías políticas, capaces de expresarse no sólo como principios constitucionales, sino también como ideas-guía de movimientos políticos". BAGGIO, Antonio M. *El principio olvidado: la fraternidad. En la política y el derecho*. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006. Pág. 26.

61 Ver: SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*. Traducción de Germán Cano. Valencia: Pre-textos; 2009.

62 DELEUZE, Gilles. *Deseo y placer*. 2ª Edición. Córdoba: Alción, 2006.

Por esta razón, se corre el riesgo de acudir a extremos o visiones apocalípticas, desde las sobre-interpretaciones de lo real, de lo simbólico y de lo imaginario⁶³, que hoy como antes suelen ser más atractivos.

Así, en tiempos de propagación del SARS-CoV-2 y del Covid-19 (popularmente Coronavirus) como enfermedad, empiezan a crearse avales literarios de tipo alarmistas tanto a la propagación como frente al propio Estado; y si bien muchos de ellos fundamentados histórica y teóricamente, se dispersan, penosamente, ante el exceso de información y una pretensión de inmediatez. Ahora, en medio de esas posiciones, parece oportuno acudir a lo evidente, es decir, al contexto, el cual ya mucho ha dejado.

Justamente, siendo solo el inicio, el virus ha enseñado cosas que ya se sabían: la brecha social, la incapacidad de muchas de las políticas públicas, la fragilidad de la economía, entre otras, mientras, de igual forma, sacó a flote otras que no se querían reconocer: Hemos equivocado el propósito de lo colectivo⁶⁴, solo que no exclusivamente en lo económico.

Si bajo esa óptica se acude a lo normativo vigente, no resulta equivocado asegurar que lo fraterno, lo solidario y los deberes son asuntos que carecen de extensión tanto en su consagración como su abordaje. Basta con examinar, por ejemplo, en comparativo, cinco de las Constituciones latinoamericanas: en ellas lo “solidario” o la “solidaridad” aparece, con un carácter denotativo, así: Ecuador 39 veces, Bolivia 20, Colombia 10, Argentina y Brasil 2 veces, respectivamente, solo que, de modo esencial, para hacer referencias a la salud, la seguridad social y la economía. Dicha limitación se extiende, también, al empleo del vocablo “deber(es)”, el cual comparativamente con el uso del término “derecho(s)”, reacciona en una relación 1 a 5 en Brasil, a 1,7 en Colombia, a 2,9 en Argentina, a 5,2 en Ecuador y a 3,5 en Bolivia. Siendo la que más usa el término “derecho(s)” la

63 Cfr. LACAN, Jacques. *Lo simbólico, lo imaginario y lo real*. En: *Revista Argentina de Psicología*, 22 (1977); págs. 11-27.

64 “Hay algo profundamente erróneo en la forma en que vivimos hoy. Durante treinta años hemos hecho una virtud de la búsqueda del beneficio material: de hecho, la búsqueda es todo lo que queda de nuestro sentido de un propósito colectivo”. JUDT, Tony. *Algo va mal*. Madrid: Taurus; 2010. Pág. 17.

Constitución de Ecuador, por demás la más extensa de las 5 valoradas con 444 artículos (389 veces), mientras la que más emplea la expresión “deber(es)” es la de Colombia, siendo la tercera obra más extensa después de la de Bolivia (130 ocasiones).

Con todo, lo cierto es que ese porcentaje puede ser engañoso —ya que puede ser menor—; sobre todo en lo referido a deberes, dado que estos se imponen más a los órganos estatales que a la propia ciudadanía: en concreto, solo 3 de las Constituciones cuentan con artículo recopilatorio y expreso para la ciudadanía (art. 95 para Colombia, 83 para Ecuador, 108 para Bolivia). Si bien debería considerarse integrados los deberes prescritos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶⁵, por el concepto de bloque de constitucionalidad en dichos países⁶⁶, sigue existiendo un desnivel en los usos, argumentos y atención de estas 2 nociones en lo normativo como lo doctrinal: Al final, es que ni siquiera hablando de derechos colectivos se encumbra una visión demasiado distinta, porque si se observan dichas prerrogativas muchas de ellas coinciden con grupos sociales y no con la colectividad en sí misma. Lo que exhibe un proceso distanciado entre el rol que ejerce la ciudadanía, individualmente considerada, y el carácter cívico que debería ser ejercido.

Esa concepción de lo cívico al no ser innata como sí lo son los derechos naturales, deberá ser objeto de aprendizaje: tal como asumió verbigracia Rousseau⁶⁷.

65 Dicha declaración cuenta con un total de 10 artículos. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, solo cuenta una referencia expresa en el artículo 29.1., al señalar: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

66 Ver, por ejemplo: FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2010.

67 Situación que incluso no es ajena a una perspectiva diferente de la sociedad como la rescatada en el pensamiento aristotélico. En el caso de Rousseau destaca su obra “Emilio” donde señala la fragilidad del ser humano al nacer y la necesidad de potencialidad mediante la educación proveniente de la naturaleza, de la sociedad y del quehacer de las cosas. Ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio o de la educación*. Traducción de Luis Aguirre Prado. Madrid: Edaf; 1985. En sentido similar, pese a la diversidad de autores, es posible citar entre otros: NUSSBAUM, Martha. *Crear Capacidades*. Madrid: Paidós; 2012; KENNEDY, Duncan. *La enseñanza del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno; 2014.

Esta realidad conduce a preguntarse ¿qué “situaciones de mejora” existen entonces? Pues bien, en un ámbito donde lo normativo no alcanza lo esperado, será la cultura la que se abra un espacio necesario. Y es que si se advierte con ligera atención, pareciera que se educa para no estar en sociedad, sino para competir, envidiar y ser egoístas: Ciertamente es que donde la “malicia” y la “astucia” son virtudes “golpear, si me golpean”, “aprovechar si no me ven”, “no dejarme de los demás” se convierten en las directrices recurrentes que se adhieren al inconsciente y favorecen después a procesos mancomunados, bajo la ansiedad de alcanzar una meta.

Como consecuencia, se ha creado una sociedad asocial, en ocasiones sociópata, que no soporta la diferencia, sino la homogeniza, y no ha aprendido a pensar en el otro como un “nosotros”: los ellos y vosotros abundan, incluso el yo y la ridiculización de las reivindicaciones individuales, en un excesivo intento de masificar y/o fragmentar, según el momento; volviéndose importante que, cualquiera que sea la opción asumida, se garantice que no se es directamente responsable. Así el otro aparece como estrategia justificadora de las acciones propias o como víctima de la acción estatal, pero donde, con evidencia, la empatía es más crítica que práctica.

En ese panorama, 2 elementos desbordan la discusión sobre si le va mejor a Corea del Sur, China, Italia, Estados Unidos o España con las medidas que ha tomado para parar la pandemia en sus territorios. [Dado que en el fondo las “buenas medidas” como las “buenas ideas” son aquellas que funcionan, solo que no siempre se saben por anticipado, por más planificación y buena fe que se tenga]: Por un lado, y en un primer momento, está al *ejercicio de lo cívico* de la solidaridad y los deberes ciudadanos, ya no solo como una sugerencia constitucional o como un modelo de “buena” ciudadanía, sino como una obligación de interacción política que cambie la visión de deudas a reciprocidades sociales y, que, por consiguiente, se opte por la sociedad como representación de una idea formativa donde “si lo hace el otro, no lo hace por se bueno, ni tampoco me genera derecho”. Por tanto, se tome que el poder es un asunto de identidad, solo valorado en mi relación con las otras personas⁶⁸.

68 En términos de Mouffe, el poder no sea visto “como una relación externa que tiene lugar entre dos entidades previamente constituidas, sino más bien como un elemento

Por su parte, en segundo momento, será el *admitir el papel limitado que tiene el Derecho*: esto es que ni el Derecho ni el aparato estatal por sí mismo, podrán lograr que se cambie fácil y plenamente una perspectiva que se tiene arraigada; más cuando, en algunas sociedades, la fobia a la producción normativa magnifica la imaginación para hacer, en muchos casos, actos ajenos a la ley, sin ser ilegales. Si la función del Derecho es la perduración de la sociedad, su evasión se vuelve un ejercicio autodestructivo y favorece a la interpasividad⁶⁹. Pareciese, por ende, que el Derecho solo es democrático cuando promueve beneficios, en caso contrario se avizora como tóxico o viral, mostrando, por consiguiente, la vitalidad de la conveniencia y lo forastero de la responsabilidad.

Así las cosas, ante una nueva convocatoria para arrogarse una forma distinta de la narrativa y práctica social, queda una apuesta que se aleje a la avaricia ante lo solidario, al tiempo que tampoco roce a la confianza extrapolada en la labor estatal. [Debido que no se puede suponer, ingenuamente, que la solidaridad reemplazará a los controles políticos y constitucionales que deban hacerse]. El ejercicio dinámico de lo cívico debe ser una expresión empática y sostenida del control, en la cual se es consiente que ni lo colectivo se soluciona con la suma de las individuales ni de grupos y que la supervivencia va más allá de lo biológico e incluso de lo social. En contraste, se entrelaza, más bien, con esa sensación de incertidumbre, por encima del miedo, derivada de aquello que poéticamente se ha nominado como esperanza, En otras palabras, todo aquello que abone al reconocimiento de lo intergeneracional como elemento sensato y propio para obtener y compartir el calificativo de humanidad⁷⁰. Lo restante serán soluciones

constituyente de las propias identidades". MOUFFE, Chantal. La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea. Barcelona: Gedisa; 2000. Pág. 39.

69 Ver: ŽIŽEK, Slavoj. En defensa de la intolerancia. Madrid: Sequitur; 2012.

70 Artículo XXXV. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. ARTÍCULO 108 Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 11. Socorrer con todo el apoyo necesario, en casos de desastres naturales y otras contingencias. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución

provisorias y eventuales, que, cuando se tenga una nueva “normalidad”, volverá tristemente tolerable lo sintomático, como ha pasado con otras crisis de atención inmediata como el dengue, tuberculosis, el desplazamiento, la desigualdad, el desempleo, entre muchos otros: Así cíclicamente hasta que el “sálvese quien pueda”, no salve a nadie.

Referencias bibliográficas

- BAGGIO, Antonio M. *El principio olvidado: la fraternidad. En la política y el derecho*. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006.
- BUENO, María. *Aristóteles y el ciudadano*. En: Tópicos, No. 54 (2018); págs. 11-45.
- DAHL, Robert. *La igualdad política*. México, D.F.: FCE; 2009.
- DELEUZE, Gilles. *Deseo y placer*. 2° Edición. Córdoba: Alción, 2006.
- FUENTES-CONTRERAS, Edgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional*. En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?: Diálogos jurisdiccionales y constitucionales*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020. Págs. 731-746.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2010.
- GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. *La lucha contra el terrorismo: Entre el Miedo y el olvido*. En: *Estudios de Derecho*, Vol. 61, No. 138 (2004); págs.142-159.
- JUDT, Tony. *Algo va mal*. Madrid: Taurus; 2010.

y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir. CONSTITUCIÓN DE ECUADOR. Artículo 95. [...] Son deberes de la persona y del ciudadano: 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA.

- KENNEDY, Duncan. *La enseñanza del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno; 2014.
- LABORDA, Xavier. *Aristóteles y su concepción lingüística de un entorno cívico*. En: *Revista de estudios filológicos*, No. 34 (2018); págs. 1-32.
- LACAN, Jacques. *Lo simbólico, lo imaginario y lo real*. En: *Revista Argentina de Psicología*, 22 (1977); págs. 11-27.
- LLANO, Alejandro. *El humanismo cívico y sus raíces aristotélicas*. En: *Anuario Filosófico*, No. 32 (1999); págs. 443-468.
- MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*. Barcelona: Gedisa; 2000.
- NUSSBAUM, Martha. *Crear Capacidades*. Madrid: Paidós; 2012.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México; D.F.: FCE; 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio o de la educación*. Traducción de Luis Aguirre Prado. Madrid: Edaf; 1985.
- SKINNER, Quentin. *La libertad antes del liberalismo*. Traducción de Fernando Escalante. Madrid: Taurus; 2004.
- SLOTERDIJK, Peter. *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*. Traducción de Germán Cano. Valencia: Pre-textos; 2009.
- ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur; 2012.

**ARTIGOS – HISTÓRIA DO
DIREITO E DAS INSTITUIÇÕES
JURÍDICAS**

BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS E A IMPORTÂNCIA DO REGRESSO CONSERVADOR PARA A MANUTENÇÃO DA MONARQUIA UNITÁRIA E INTEGRIDADE NACIONAL

Livia Chaves Leite

1 INTRODUÇÃO

As revoluções oitocentistas repercutiram e deram ensejo a diversas mudanças político-sociais no século XX. Nesse período de transformações, o Brasil tornou-se independente e iniciou um processo de formação e de delimitação de seu Estado. Poucos temas ensejaram tantas discussões quanto a questão da centralização e da descentralização política e administrativa.

A partir de Ato Adicional de 1834, uma significativa alteração institucional tentaria quebrar o modelo antigo que comprimia a autonomia administrativa regional no Brasil. Era a recepção da experiência americana, favorável à descentralização política, transferindo-se às províncias o controle sobre a polícia, o judiciário local e o direito de legislar sobre atribuições de interesse local.

Era uma “experiência republicana”. Para os conservadores, porém, sob o pretexto de eliminar resquícios absolutistas, o governo acabara tão enfraquecido pelas reformas liberais que se passara a sofrer do mal oposto: a “anarquia”.

Assim, o movimento do Regresso, capitaneado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, que agregou moderados e corcundas, teve papel na contenção dessas pretensões federalistas e descentralizadoras. Essa busca pela ordem e pela centralização do poder se deu principalmente a partir da regência de Pedro Araújo Lima, em 1838, e com o ministério das capacidades e as grandes medidas do Regresso Conservador, como a lei de interpretação do Ato Adicional em 184.

Este trabalho pretende estudar referido período regencial em que se discutiu sobre a organização do Estado, com ênfase na descentralização e na influência do Regresso para a manutenção da ordem e integridade nacional, utilizando como referência para esta pesquisa o pensamento do conservador Bernardo Pereira de Vasconcelos.

2 A TRAJETÓRIA POLÍTICA DE BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS

Denominações como “Mirabeau do Brasil”, “Orador Brilhante”, “Pai do Parlamentarismo”, “Nabucodonosor”, “Fundador do pensamento conservador no Brasil”, demonstram a importância de Vasconcelos no processo de formação de um Estado brasileiro. Conforme Nabuco (1975, p. 11), a palavra de Vasconcelos tinha a solidez e força que nenhum artifício era capaz de substituir, sendo a ferramenta simples, mas poderosa, que definiria o primeiro esboço do sistema parlamentar brasileiro.

Vasconcelos carregou a alcunha de *Proteu*, personagem mitológico grego que mudava de forma, atribuída pelos opositores. Um caminho “proteiforme” que remete à própria história do País, no serpenteado político de suas primeiras décadas (SILVA, 2011, p. 2). Nascido em 27 de agosto de 1795, na cidade de Vila Rica, Minas Gerais, descendia de uma família de advogados.

Foi deputado geral de 1826 a 1837; Ministro da Fazenda de 1831 a 1832; Ministro da Justiça e do Império de 1837 a 1839; e do Império em 22 de julho de 1840, no seu famoso “ministério das nove horas”, quando do golpe da maioria. Ingressou no Conselho de Estado em 1842, tendo ainda ocupado diversos cargos no governo de Minas Gerais (CARVALHO, 1999, p. 10).

Vasconcelos iniciou sua jornada na vida pública como um Liberal, defensor de um liberalismo moderado: compactuava com a manutenção da monarquia constitucional, com limites ao poder do imperador (VASCONCELOS, 1999b, p. 53). Em 7 de abril de 1831, Dom Pedro I abdicou. Em 17 de junho, a Assembleia elegeu a Regência Trina Permanente (PIÑEIRO, 2014, p. 430). O período regencial foi um dos mais agitados da história política do país, apinhado de vicissitudes políticas. Naqueles anos esteve em jogo a unidade territorial do Brasil e o centro do debate político foi dominado por temas da centralização ou descentralização do poder e do grau de autonomia das províncias e da organização das Forças Armadas (FAUSTO, 2018, p. 140).

À legislatura de 1834-1838 foram conferidos poderes especiais para reformar vários artigos da constituição outorgada por D. Pedro I em 1824, o que se daria com o Ato Adicional de 1834 (CARVALHO, 1999, p. 22; SOUSA, 2015, p. 147). Vasconcelos teve papel determinante em sua elaboração. Várias foram as críticas e emendas apresentadas. A descentralização estabelecida no projeto não iria até a federação, mas não se limitava ao aspecto administrativo, avançando mesmo no político. Vasconcelos repelia a ideia de conceder às Províncias poderes constituintes para se organizarem.

Os impulsos revolucionários no Rio, no Maranhão, no Pará, em Minas, e que continuariam em outras províncias, eram sintomáticos. O figurino americano já em 1834 enfeitiçava os nossos legisladores: os “avançados”, os “exaltados”, queriam transplantar, mal traduzidas, as instituições americanas, e ninguém se opôs mais a isso do que Vasconcelos. E, como redator do projeto de reforma à constituição, parece que não ficou satisfeito com o texto final após as emendas feitas (SOUSA, 2015, p. 151). De fato, com o Ato Adicional, Vasconcelos demonstrou sua repulsa aos saltos bruscos e perigosos, já esboçando traços de seu pensamento conservador.

Percebe-se claramente neste pensamento a força do argumento conservador de suportar somente mudanças naturais, definidas pelo tempo. Tal argumento, há que de se dizer, era contrário à Revolução Francesa, e foi exposto por um dos mais significativos adversários daquela Revolução, Edmund Burke (1975, p. 275).

Depois da promulgação do Ato, Vasconcelos afasta-se do chamado “campo liberal”. Diante dos espetáculos das dissensões, das lutas,

de ameaças permanentes de desagregação e de anarquia, distanciava-se progressivamente dos seus antigos aliados. Abriram-se as válvulas às Províncias, intensificando-se a instabilidade política, com revoltas em diversas províncias. Essa situação colocava em perigo a “unidade do Império” e demonstrava que a afirmação de uma dominação, a nível nacional, ainda não se consumara (PIÑEIRO, 2014, p. 433).

Diante desse cenário descentralizador, Vasconcelos assume postura conservadora, observada de forma mais intensa a partir da abdicação de Feijó e da assunção da regência por Pedro Araújo Lima, em 1837, quando se iniciam as grandes medidas do chamado Regresso. Apesar das variações evidentes de rota, é o Vasconcelos regressista e conservador o predominante na historiografia e na memória política nacional, confundindo-se, a partir de um certo momento, sua trajetória com a trajetória do Regresso Conservador (SILVA, 2011, p. 2).

3 IMPÉRIO, REGÊNCIA E DE DESCENTRALIZAÇÃO: “A EXPERIÊNCIA REPUBLICANA”

Após o processo de emancipação de Portugal, aspectos basilares de uma cultura política com a constituição de uma consciência política, social e cultural podem ser observados no Brasil por meio de embates ideológicos entre aqueles que detinham pensamentos e posturas liberais e aqueles mais conservadores (BENTIVOGLIO, 2010, p. 538).

A experiência colonial deixou um legado de descentralização ao Brasil, em decorrência do sistema de capitânicas hereditárias, debilmente unidas entre si – sistema que sobreviveu à sua extinção formal. Uma vez inviabilizada a união com Portugal, a solução da independência colocou a elite política diante do desafio de construir o Estado brasileiro (FERREIRA, 1999, p. 23). Costa (1999, p. 32) observa que, às vésperas da Independência, várias províncias tinham laços mais fortes com a Europa do que entre si.

Na Constituinte de 1823, o argumento centralizador foi vitorioso e a Constituição Outorgada de 1824 guardou fortes traços unitários. Esta Constituição trazia uma posição de reforço à unidade territorial, tratando da inadmissão da federação ou qualquer união que ponha em risco sua independência. Mostra um claro receio de secessão entre

as provinciais, mormente em razão das ideias do federalismo à época (BUENO, 1958, p. 20).

A Constituição do Império estabeleceu as bases do sistema político imperial, prevendo uma monarquia constitucional, hereditária e unitária, dividindo o território em províncias cujos presidentes seriam nomeados pelo imperador. Instituiu, ainda, os Conselhos Legislativos, os quais não tinham competência própria e definitiva, dependendo, ao fim, do governo ou do parlamento (BASTOS, 1996, p. 80; FERREIRA, 1999, p. 23).

A outorga da Constituição, todavia, não fez cessar o argumento federalista, despertando a revolta em muitas regiões do país, com destaque para a Província de Pernambuco, onde eclodiu a Confederação do Equador, primeiro movimento após a independência que defendia, além do republicanismo, a causa federativa. Outro momento em nossa história em que o federalismo foi destaque ocorreu à época da abdicação de D. Pedro I, com o consequente Período Regencial. Nenhum dos movimentos, sejam durante a luta pela Independência ou na condição de Império, nenhum deles tocava na abolição da escravidão, com exceção da Inconfidência Baiana de 1798. A Confederação do Equador quedou-se silente quanto à escravidão.

Em 7 de abril de 1831, com a abdicação de Dom Pedro I e com a impossibilidade do herdeiro de assumir o trono, o país foi governado por uma regência eleita. Tal situação radicalizou o que seria a “Revolução Brasileira” (TORRES, 1968, p. 43). Uma “revolução” nacional que tentaria quebrar o modelo antigo do Brasil e recepcionar a experiência americana (BASTOS, 1996, p. 79; FAUSTO, 2018, p. 161).

A ideia era de que as Províncias deveriam ter liberdade para cuidar dos seus interesses. O Código Criminal de 1830 e o Código do Processo Criminal de 1832 tinham como objetivo substituir os processos de cunho inquisitorial por uma forma nos moldes do liberalismo oitocentista (COSER, 2008; FAUSTO, 2018, p. 140; FLORY, 1975; 1981).

Nessa toada de projetos de cunho descentralizador, Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentou o anteprojeto do que seria a Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834, o Ato Adicional à Constituição de 1824. Por outro lado, Vasconcelos comparava a situação brasileira com o federalismo norte-americano, mostrando as diferenças históricas entre os

dois países e alertava sobre o perigo de copiar as instituições daquela república, uma vez que lá já eram estados independentes e soberanos e tudo estava harmonização para estabelecer o melhor sistema federativo possível. Vasconcelos demonstra preocupação com emendas ao seu projeto, com o excesso de descentralização e com a ampla autonomia conferida às províncias.

Conforme Justiniano José da Rocha, o projeto do Ato Adicional de 1834 escrito por Vasconcelos sofreu tantas emendas que o tornaram defeituoso (ROCHA, 1848, p. 389). A reforma constitucional tinha como principais disposições: 1) supressão do Conselho de Estado, embora mantivesse o Poder Moderador e o Senado Vitalício; 2) transformação dos Conselhos Provinciais em Assembleias Legislativas Provinciais, com capacidade legislativa, especialmente sobre a criação e provimento de cargos, podendo nomear e demitir funcionários públicos, instituir impostos, cuidar da organização judiciária e policial; e 3) transformação da Regência Trina em Una, temporária e eleita por sufrágio direto, dentro das normas eleitorais vigentes na Constituição.

Vasconcelos, referindo-se ao Ato, disse não se opor “ao movimento do século”, mas que, nem por isso, dever-se-ia dar saltos tais que, em vez de produzir os efeitos que a civilização espera, ensejariam retrocesso. Em tais matérias, o mais conveniente era seguir a experiência sem tais saltos, procedendo progressivamente com diferenças quase imperceptíveis, pois a experiência mostra que todas as vezes que se tem adotado tais saltos os efeitos têm sido sempre desgraçados (VASCONCELOS, 1999a, p. 223).

A desconcentração do poder, aliada à vulnerabilidade econômica e aos movimentos liberais que emergiam cada vez com maior intensidade, provocou insatisfação em determinadas camadas sociais de algumas províncias, resultando em outros movimentos como a Revolução Farroupilha (1836-1845), Rio Grande do Sul; a Sabinada (1837-1838) na Bahia; a Cabanagem (1835-1840) no Pará; e a Balaiada (1838-1840) no Maranhão. Os motivos das insatisfações locais eram, em sua gênese, as mais diversas. Mas todas elas convergiam para solução desses problemas, a instauração de um regime federativo. O Brasil vivia um momento inédito: uma “experiência republicana” (CASTRO, 1978, p. 9).

Com as revoltas regenciais, a polêmica em torno do Ato Adicional se acirrou. Os conservadores, como Paulino José Soares de Sousa, Visconde de Uruguai e Bernardo Pereira de Vasconcelos, associavam a eclosão das revoltas às medidas descentralizadoras (ROCHA, 1848, p. 389). E não só Vasconcelos via com bastante preocupação aquele cenário. Outro conservador que defendia o freio para o “carro da revolução” foi Visconde de Uruguai. E, nessa condição, posicionou-se de modo contrário às mudanças trazidas pelo Ato Adicional de 1834 pelo fato de acreditar que o Brasil não estaria preparado ainda para mudanças tão bruscas como aquela (PONTE; OLIVEIRA, 2014, p. 130).

Destarte, a evolução do Estado brasileiro foi, ao mesmo tempo, marcada pelas disputas entre o poder central e as oligarquias regionais, o que resultou num movimento pendular, alternando-se entre a centralização e a descentralização (REGIS, 2009, p. 1). Todavia, em sua maior parte, o Brasil viveu uma organização unitária e centralizadora.

Movimentos de rebeldia foram registrados em várias partes do País, mas não lograram efeito imediato (BONAVIDES, 2004, p. 361-362). Os impulsos descentralizadores e federalistas haveriam de ser interrompidos no decurso de 1840 quando das grandes medidas do chamado Regresso Conservador, principalmente com a promulgação da lei de Interpretação do Ato Adicional, lei nº 105, em 12 de maio de 1840 (SALDANHA, 2009, p. 358).

4 O REGRESSO CONSERVADOR E A MANUTENÇÃO DA UNIDADE NACIONAL

Conforme Rodrigues (2016, p. 27), durante muito tempo o movimento do Regresso permaneceu esquecido, sendo pouco estudado pela historiografia, ainda que fundamental para a construção do Estado brasileiro, mormente para a vitória e consolidação de diretrizes centralizadoras e ordenatórias. Tendo como um de seus principais idealizadores Bernardo Pereira de Vasconcelos, o chamado Regresso Conservador pretendia reestruturar a autoridade e a ordem que se tinha perdido nos embalos da “experiência republicana”. Era preciso deter o “carro da revolução” (TORRES, 1968, p. 57).

Aconteceu entre fins do período regencial e começo do segundo reinado, quando os conservadores passaram a dar o tom na trama

política imperial. O programa dos conservadores que realizara a obra do Regresso consistia em reforçar a autoridade monárquica e restabelecer o equilíbrio político e a centralização político administrativa, para cessar a “anarquia” do período regencial e as ameaças à unidade territorial. Não à toa, a maior parte dos antigos restauradores aderira ao movimento regressista (RODRIGUES, 2016, p. 30).

Vasconcelos defendia que as revoluções tendem a exagerar todos os princípios e que o progresso não restou isento disso. Que ideias revolucionárias tendem a querer destruir tudo o que existe só porque existe, e que este mal invadiu terras brasileiras, afirmando que, sempre que entre o povo domina tal espírito, infalivelmente o paradeiro do progresso assim entendido é o abismo. Só na calma das paixões é que a opinião merece culto como a rainha do universo. Explica que o Regresso significa:

[...] não demolir tudo o que existe só porque já existe; proceder com circunspeção; esclarecer e ilustrar a opinião pública para reformar as leis quando aquela estivesse calma e tranquila; e, talvez acima de tudo, o governo merecendo a confiança do país e organizado constitucionalmente. (VASCONCELOS, 1999c, p. 238).

No dia 19 de setembro de 1837, o regente Feijó renunciou ao cargo de regente do Império, e o Regresso – antes oposição – tornou-se situação, depois da eleição de Araújo Lima. A Regência organizou o novo Ministério, chamado “Ministério das capacidades”, tirando-o todo da oposição que constituía a maioria parlamentar. Bernardo Vasconcelos, enquanto Ministro da Justiça e Império, escreveu em 20 de setembro, uma circular aos presidentes das províncias brasileiras expressando os princípios e o programa do novo governo, em que dizia:

[...] guardar e fazer guardar a Constituição, o Ato Adicional e a Leis, sendo a condição devida de qualquer administração brasileira, ocioso se torna dizer que será a do atual Governo. Mas para que as instituições produzam os esperados frutos, para

que resulte na Liberdade e na Ordem, o governo deve ter a necessária força para atuar, devendo achar em seus delegados a obediência necessária, a mais ativa cooperação e execução dos deveres. (VASCONCELOS, 1999e, p. 252).

Dizia, ainda que “a ninguém se esconde que debelar e escarmentar a Rebelião é um dever de todos os Brasileiros” e que “a verdadeira liberdade está ligada à união e integridade do Brasil, e o governo não poupará as calamidades dos fanáticos de ideias avessas”, referindo-se à Farroupilha (VASCONCELOS, 1999e, p. 253).

Estava em curso o movimento do Regresso Conservador, e a sua consolidação se operou numa série de grandes medidas adotadas na década de 1840, entre as quais: 1) a chamada Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1841; 2) o restabelecimento do Conselho de Estado; e 3) a reforma do Código de Processo Penal. O pensamento centralizador estabelecia uma contraposição entre vontade nacional e interesses provinciais, com a necessidade de um poder central capaz de alterar os interesses provinciais, de guiá-los em direção a objetivos que não estariam presentes a partir da própria província.

O projeto da lei de interpretação do Ato Adicional foi aprovado em 12 de maio de 1840. A Lei nº 105 de 1840 trazia como ementa “interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional” e possuía, ao todo, 8 artigos que invalidavam as medidas descentralizadoras de 1834. Em seu primeiro artigo, fixou-se que a competência das Assembleias Provinciais se resumia à economia municipal e à polícia, não incluindo a polícia judiciária. Também previu que o poder dos Presidentes de Província para nomear, suspender e demitir os empregados provinciais estava limitado àqueles cuja função era legislar, não incluindo os criados por leis relativas a objetos da competência do Poder Legislativo geral (NOGUEIRA, 1999, p. 90).

A Lei nº 261 de 03 de dezembro de 1841, que reformou o Código do Processo Criminal, centralizou ainda mais as questões relacionadas ao âmbito da justiça. Especificamente no que diz respeito aos promotores públicos, definiu que eles só poderiam ser demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes de província. Retirou, assim, o cargo da competência da Assembleia.

Subordinava a Justiça, a Polícia e a Guarda Nacional diretamente ao Ministro da Justiça. Em cada capital de província havia agora um chefe de polícia nomeado pelo Ministro da Justiça. Obviamente, a perda de controle sobre alguns cargos públicos e sobre a magistratura acarretaram mudanças significativas no exercício do poder da instituição (OLIVEIRA, 2017, p. 5).

Nesse contexto, enquanto autor do Ato Adicional ora reinterpretado, Vasconcelos esclarece não ter mudado de opinião: “Quero o Ato Adicional entendido literalmente: só me desviarei de sua letra quando as regras da hermenêutica e o bem público exigirem, a fim de que não seja, em vez da carta da liberdade, a carta da anarquia” (VASCONCELOS, 1999e, p. 253). A recriação do Conselho de Estado pela Lei nº 23 de novembro de 1841, em que pese não restabelecesse o Conselho como instituição constitucional, significou a disposição de que fossem barradas as aventuras liberais.

Em discurso proferido na Câmara dos Deputados em 19 de maio de 1838, Vasconcelos, reagindo aos insultos de “traidor da pátria”, “*Proteu*”, “detrator do Ato” e demais alcunhas pejorativas (OLIVEIRA, 2017, p. 1), disse Vasconcelos:

[...] a diferença que há entre o ministro da Justiça de hoje e o deputado de ontem é que a experiência, a observação dos resultados de alguns atos para que ele contribuiu, algumas ideias mais que com o estudo tem granjeado, o têm convencido de que deve proceder como aconselhava Washington, autor sem nota – com pé firme, mas lento. (VASCONCELOS, 1999e, p. 253).

E, nesse contexto, apresenta uma justificativa para a sua transição, de um liberal moderado para regressista, apoiando-se na necessidade de ter os olhos abertos para os novos ventos que assolam a sociedade, não podendo, como estadista, manter-se inerte e cego quanto a isso:

[...] sou regressista [...] quem sabe se, como hoje defendo o país contra a desorganização, depois de o haver defendido contra o despotismo e as comissões militares, não terei algum dia de dar

outra vez a minha voz ao apoio e a defesa da liberdade? Os perigos da sociedade variam; o vento das tempestades nem sempre é o mesmo: como há de o político, cego e imutável, servir no seu país? (CARVALHO, 1999, p. 9).

O uso dos termos regresso/regressista serviu, naqueles anos, como arma política de um grupo que tentava desqualificar aqueles adeptos da revisão do Ato, acusando-os de tentar cercear a autonomia das Assembleias Provinciais, retornando a um tempo em que as Províncias tinham poderes limitados e pouca participação no jogo político do Império. Regresso, para esse grupo, estava na contramão do progresso, se assemelhava a retrocesso, retorno. Para aqueles, contudo, a exemplo de Vasconcelos, que empreenderam uma “política do regresso”, o termo significava o verdadeiro progresso, pois pressupunha ordem e prudência.

Nesse sentido, o movimento regressista, no Brasil, não pode ser apresentado como uma reação, entendida como partidária do absolutismo, assim como aconteceu em Portugal o miguelismo e, na Espanha, o carlismo. Os conservadores brasileiros também se achavam no interior do espectro liberal. Eles estavam empenhados no progresso, mas de forma lenta e prudente (LYNCH, 2015, p. 315).

Para outros intelectuais, não era, assim, um retorno ao passado, era uma medida necessária para um futuro de ordem e progresso. Em outras palavras, não se tratava de uma restauração – pois não se questionava a existência das Assembleias Provinciais. Dessa forma, o termo parece encontrar maior equivalência no vocabulário político “regeneração”, à medida que a proposta era reconfigurar as instituições de província (OLIVEIRA, 2017, p. 3).

Esta não era, todavia, a opinião de Vasconcelos, para quem o movimento por ele encabeçado era o portador de “verdadeiro progresso”. Ele parecia mesmo não fazer questão de nomes: “Se o nome [regresso] é mau, se o nome é odioso, não popular, não duvidaremos abandoná-lo, chamando-o ‘progresso’”. Significava a aplicação da bula das circunstâncias, o realismo político, à política brasileira, como resposta aos problemas decorrentes da transposição acrítica das teorias cênicas norte-americanas e inglesas para o contexto brasileiro (LYNCH, 2015, p. 318-323).

O Regresso constituiu-se, sim, em movimento claramente conservador. A manutenção da ordem e da prudência nada mais traduzia do que o esforço para consolidar uma unidade territorial com forte base na exclusão de largos setores da população: estrangeiro, mulheres e pobres. A objetividade do fato de que os principais regressistas eram oriundos das fileiras liberais pouco altera esta realidade subjacente: foram eles que mudaram suas mentes, e incorporaram todo o ideário conservador. Nada mais tinham de homens liberais; cujas noções abandonaram rapidamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que Bernardo Vasconcelos foi destaque intelectual no período de construção do País. Político, advogado e jornalista, iniciou seu trajeto como um Liberal, traçou reformas constitucionais em busca de mudanças progressistas e, quando percebeu-se naquilo que julgava erro, encabeçou um projeto regressista que foi implementado como uma política oficial do Estado brasileiro.

Utilizou, durante praticamente toda a sua vida, a tribuna e a imprensa a serviço de sua ação política. Enquanto jurista e agente político, colocou em pauta questões-chave para a época, como a monarquia constitucional, o absolutismo, o republicanismo, o federalismo e o liberalismo, e foi capaz formular o conservadorismo nacional, mantendo a centralização e a ordem que permaneceria durante todo o Segundo Reinado.

As ideias de Vasconcelos remetem às do irlandês Edmund Burke, conquanto aquele não seja tão lembrado quanto este o é. Burke, considerado “pai do conservadorismo moderno”, teve um eco de suas ideias no Brasil por meio do pensamento e das políticas de Vasconcelos. Em “Reflexões Sobre a Revolução na França” (1790), defende que as instituições humanas são imperfeitas, e o papel do político é melhorá-las, reformá-las, jamais erradicá-las. Políticas bem-sucedidas resultavam de reformas lentas.

Referida defesa da gradação nas mudanças e do perigo das revoluções foram descritos por Vasconcelos nos seus discursos de 1834 e 1837, por exemplo, ao defender a diminuição dos laços de centralização de um modo lento, que não se desse em um “grande salto”.

Vasconcelos foi, pois, uma lente através da qual podemos hoje enxergar a realidade brasileira. Dotado de incomum autonomia intelectual, Vasconcelos mostrou estar à altura da tarefa de compreender, a seu modo, e procurar dotar um Estado de estrutura constitucional e política.

Chamado de “traidor da pátria”, “*proteu*”, “detrator do Ato” e demais alcunhas pejorativas, foi capaz de assumir uma posição liberal e dela apartar-se quando entendeu que seria o melhor para o País, retratando o que, para ele, era “o homem de caráter firme”. Este seria aquele que, rendendo culto aos princípios assim entendidos no homem de Estado, modifica os seus princípios ao reconhecer que eles não são verdadeiros no sentido em que foram adotados, e os renuncia por reconhecer que incorre em erro.

Bernardo soube manter-se de olhos abertos para as mudanças e não se manteve inerte apenas para preservar princípios, o que, para ele, era típico apenas das facções, que não admitiam modificações alguma no espírito do homem.

Tantas glórias e honras não livraram Bernardo da crítica do “viracasaquismo” tão comum da política nacional: sua mudança de orientação constitucional e política nada mais seriam do que o apurado faro para saber em que direção, como ele mesmo disse, sopram os ventos das tempestades da política.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares. **A província**: estudo sobre a descentralização do Brasil. [Edição Fac-Similar]. Brasília: Senado Federal, 1996.

BENTIVOGLIO, Julio. Cultura política e consciência histórica no Brasil: uma contribuição ao debate historiográfico sobre a formação dos partidos políticos no Império. **Diálogos**, Maringá, v. 14, n. 3, p. 535-556, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.4025/dialogos.v14i3.36246>. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Dialogos/article/view/36246>. Acesso em: 19 nov. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958.
- BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. New York: Georg Olms Verlag, 1975.
- CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 9-34. (Coleção Formadores do Brasil).
- CASTRO, Paulo Pereira de. A experiência republicana, 1831-1840. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). **História geral da civilização brasileira: o Brasil monárquico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1978. v. 2, t. II, p. 9-67.
- COSER, Ivo. O debate entre centralizadores e federalistas no século XIX: a trama dos conceitos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 26, n. 76, p. 191-206, jun. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092011000200011>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/11.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1999.
- FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2018.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. **Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- FLORY, Thomas. **Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871**. Social Control and Political Stability in the New State. Austin:

University of Texas Press, 1981 (Latin American Monographs, n. 53).

FLORY, Thomas. Judicial Politics in Nineteenth-Century Brazil. **The Hispanic American Historical Review**, Durham, NC, v. 55, n. 4, p. 664-692, Nov. 1975. DOI: <https://www.jstor.org/stable/2511949>. Disponível em: . Acesso em: 19 nov. 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Modulando o tempo histórico: Bernardo Pereira de Vasconcelos e o conceito de “regresso” no debate parlamentar brasileiro (1838-1840). **Almanack**, Guarulhos, n. 10, p. 314-334, ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320151006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/alm/n10/2236-4633-alm-10-00314.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1975.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. Brasília: Senado Federal: CEE-MCT, 1999. (Constituições Brasileiras, v. 1).

OLIVEIRA, Kelly Eleutério Machado. “O cavalo de batalha do regresso”: a segunda legislatura da Assembleia provincial mineira e a defesa do Ato Adicional (1838-1839). *In*: ENCONTRO DE PÓS-GRADUANDOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS DO OITOCENTOS, 2., 2018, Juiz de Fora. **Anais** [...]. Juiz de Fora: Sociedade Brasileira de Estudos do Oitocentos, 2017. v. 2, p. 1-12. Disponível em: https://www.seo.org.br/download/download?ID_DOWNLOAD=90. Acesso em: 15 nov. 2019.

PIÑEIRO, Théo Lobarinhas. Bernardo Pereira de Vasconcelos e a construção do Império. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 415-438, set./dez. 2014. DOI: [DOI: http://dx.doi.org/10.5533/1984-2503-20146301](http://dx.doi.org/10.5533/1984-2503-20146301). Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4863222.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

PONTE, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. As ideias de federalismo durante o império: uma análise do pensamento constitucional brasileiro. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos; FONSECA, Ricardo Marcelo; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (coord.). **História do direito**. Florianópolis: CONPE-DI, 2014. p. 130-144. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=25>. Acesso em: 15 nov. 2019.

REGIS, André. **Novo federalismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Justiniano José da. Biografia de Bernardo Pereira de Vasconcelos. *In*: SISSON, S. A. (ed.). **Galeria dos brasileiros ilustres**. São Paulo: Martins, 1848. v. 1, p. 358-394.

RODRIGUES, LuaiadaSilva. **O Justo Meio**: a política regressista de Bernardo Pereira de Vasconcelos (1835-1839). 2016. 158 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/2037.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019

SALDANHA, Ana Claudia. Estado federal e descentralização: uma visão crítica do federalismo brasileiro. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 30, n. 59, p. 327-360, dez. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n59p327>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p327>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SILVA, Wlamir. A forma primeira de *Proteu*: as façanhas de Bernardo Pereira de Vasconcelos no reino da liberdade. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 26., 2011, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: ANPUH, jul. 2011. p. 1-15. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308142080_ARQUIVO_WlamirSilvaAformaprimeiradeProteuANPUH2011.pdf. Acesso em: 19 nov. 2019.

SOUSA, Otávio Tarquínio de. **História dos fundadores do Império do Brasil**: Bernardo Pereira de Vasconcelos. Brasília: Senado Federal, 2015. v. 3.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **Os construtores do Império**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 1º de julho de 1834. *In*: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999a. p. 218-224. (Coleção Formadores do Brasil).

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 3 de julho de 1827. *In*: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999b. p. 53-57. (Coleção Formadores do Brasil).

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 9 de agosto de 1837. *In*: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999c. p. 225-241. (Coleção Formadores do Brasil).

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 11 de maio de 1827. *In*: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999d. p. 45-48. (Coleção Formadores do Brasil).

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. Discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 19 de maio 1838. *In*: CARVALHO, José Murilo de (org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999e. p. 247-254. (Coleção Formadores do Brasil).

A MONARQUIA CONSTITUCIONAL: OS PRINCÍPIOS POLÍTICOS DA LIBERDADE E DA JUSTIÇA E O PODER NEUTRO DE BENJAMIN CONSTANT

Rodrigo Alexandre Vilela Teodoro

A Monarquia Constitucional

Durante os séculos XVI e XVII, o poder dos monarcas era soberano e absoluto, na qual concentravam toda a esfera política e de domínio, ou seja, era chefe de Estado e Governo sem nenhuma responsabilidade ou dever de prestar contas de suas decisões. Todavia, este posicionamento começou a ser questionado pela população, inclusive por pensadores políticos, filósofos e juristas da época.

Ressalta-se que, esta transformação não ocorreu de forma instantânea, pelo contrário, foi realizada paulatinamente, e inspirada no iluminismo. Sendo este um movimento ideológico ocorrido no século XVIII, na qual a comunidade europeia, que tinha como objetivo o uso da racionalidade (luz), defendia uma maior liberdade, social, econômica e política, principalmente, em face do absolutismo monárquico.

Vale lembrar que, a primeira monarquia constitucional teve sua origem em 1688, com a Revolução Inglesa. Tendo o seu vetor axiológico à burguesia, que estava em ascensão, principalmente, na economia, e se oponha aos poderes absolutos dos reis ou rainhas, bem como reivindicava maior participação nos negócios públicos do Estado.

Após a revolução, foi implantado uma nova forma de Monarquia, a Constitucional/Parlamentarista, na qual o poder deixa absoluto, e passa a ser limitado, enfeixado em uma constituição. Esta forma de governo, é representado por um chefe de Estado e um chefe de governo.

O monarca representa o chefe de Estado, sendo uma personificação Estatal, representando o poder real no país e fora dele, todavia, fica afastado de atribuições políticas e administrativas, contudo possui grandes poderes, tais como: convocar e dissolver o Parlamento, vetar leis e autorizar o uso das forças armadas, etc.

O chefe de governo é representado pelo Primeiro-Ministro, sendo o representante do Poder Executivo nas Monarquias Constitucionais. Com atribuições administrativas e de execução das políticas públicas no país determinadas constitucionalmente.

Conforme o autor Cleidison de Jesus Rocha, Constant, destaca a seguinte estrutura da monarquia constitucional:

“Para Constant, o poder, em uma Monarquia Constitucional, elabora-se a partir de cinco instâncias que são: 1) o poder real; 2) o poder executivo; 3) o poder representativo da comunidade; 4) o poder representativo da opinião; 5) o poder judiciário. O primeiro, contudo, é um poder neutro, exercido por uma autoridade superior e intermediária, sem interesse de desfazer o equilíbrio, cumprindo a função de preservá-lo ao máximo” (Disponível em: http://www2.ufac.br/edicao-1/principios-de-politica/at_download/file.pdf. Acesso em 10 de março de 2020).

Os princípios

Os princípios políticos de Benjamin Constant buscam identificar uma estrutura geral de condução de todo e qualquer forma de governo, ou seja, em uma monarquia ou na república. Para isso, nota-se em sua obra dois princípios basilares, que são: a liberdade e a justiça, sendo estes a estrutura de sustentação de todo um sistema político constitucional.

Dentro da monarquia constitucional, além da divisão de funções administrativas e determinações de competência, a maior preocupação de Constant é limitar o poder, na qual deve-se respeito as instituições

e, principalmente, a observância dos princípios, que segundo ele, são universais.

Sendo que, na sua obra, antes de desenvolver a teoria dos princípios Constant trabalha a ideia de soberania. Todavia, atualmente, tem contornos diferentes do século XVIII ou XIX.

A Soberania

A soberania constitui um poder supremo e independente. Supremo, na ordem interna, pois não está limitado por nenhum outro, ou seja, a supremacia estatal perante seus cidadãos no âmbito interno, conforme os limites constitucionais estabelecidos.

Já a independência refere-se a ordem internacional, ou seja, estão em pé de igualdade com os outros poderes supremos de outros povos, na qual um Estado não pode impor regras à outro.

A soberania está, intimamente, ligado à evolução política da sociedade, sendo que no plano interno a soberania migrou do soberano para o povo; e no plano externo à rigidez foi relativizada com o reconhecimento do Estado pela comunidade internacional.

Ressalta-se que, mesmo com o progresso, a soberania está sustentada nestes dois pilares, conforme o professor Dalmo de Abreu Dallari:

“apesar do progresso verificado, a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica” (DALLARI, 1983).

Quanto às características da Soberania, a maioria da doutrina adota os fundamentos de *Rousseau*, sendo um poder de natureza “una, indivisível, inalienável e imprescritível” (ROUSSEAU, 1996).

Una, posto que, dentro do mesmo Estado é inadmissível a existência de mais de uma soberania distinta; Indivisível, porque a soberania

não admite fragmentação dentro do Estado; Inalienável, pois não está sujeita a negociações; Imprescritível, na qual a sua superioridade não está sujeita a prazo algum de duração.

Todavia, para Constant a soberania é: “a supremacia da vontade geral sobre a vontade particular” (CONSTANT, 2005a). Portanto, a vontade de poucos ou de um só não pode prevalecer, assim sendo, a soberania ficará contaminada e tornar-se-á ilegítima, se não advir da vontade geral, ou seja, a soberania pertence ao povo e não ao monarca.

Nota-se o ponto central do pensamento de Benjamin Constant “A soberania só existe de maneira limitada e relativa” (CONSTANT, 2005a), isto é, a imprescindibilidade de estabelecer limites à soberania.

Conforme Constant, o poder se expressa de duas formas: um ilegítimo, determinado através da força; e outro legítimo, fruto da vontade geral. Entretanto, a vontade geral tem que ter limites e harmonia com os poderes. Segundo (Constant, 1968):

“encerrando a soberania em seus justos limites, nada há que temer; se arrebatada ao despotismo, seja dos indivíduos, seja das assembleias, a sanção aparente que acredita obter em um assentimento que ele dirige, já que se prova que tal assentimento, ainda que fosse real, não tem o poder de sancionar nada”.

Portanto, a soberania ilimitada constitui uma forma prejudicial, independentemente, de quem a exerça, posto que o ser humano é dotado de individualidade com vícios e tendência, o que colocaria em risco todo o edifício social.

O princípio da Liberdade

Constant, relaciona o princípio da liberdade com a soberania:

“O reconhecimento abstrato da soberania do povo não aumenta em nada a soma da liberdade dos indivíduos; e se se atribuir a essa soberania uma latitude que ela não deve ter, a liberdade pode ser perdida apesar desse princípio, ou até por causa desse princípio” (CONSTANT, 2005a).

Cabe ressaltar que, o poder legítimo deriva da soberania popular, como definido pelo Constant, fruto da vontade geral, entretanto este autor trabalha com a ideia de que a soberania é um princípio-meio, e a liberdade é o princípio-fim.

Ou seja, o exercício da soberania não pode ultrapassar uma linha muito tênue no edifício social, qual seja: a liberdade, apesar de ser princípios independentes o fim maior é a liberdade, e a soberania seria o meio para concretizá-la na sociedade, “Aos abusos da liberdade, oporia os abusos do poder” (CONSTANT, 2001)

Portanto, a soberania deve ser limitada, a preocupação de Constant, estava no fato de que a medida em que o poder soberano se expande, há uma tendência de limitar a liberdade ou até em pontos extremos extirpá-la, por isso, a constante preocupação da soberania limitada, através do constitucionalismo.

A liberdade dos Antigos e dos modernos

A liberdade dos antigos atendem mais aos aspectos coletivos do que os individuais, era a visão do todo, com o sacrifício individual em prol da coletividade, atuação coletiva nos negócios públicos, como bem define Constant:

Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo o povo, em acusa-lo de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo em que, consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo (CONSTANT, 1985).

Já a liberdade dos modernos tem o sentido contrário, pois o indivíduo exerce a sua individualidade, a vida em particular, ou seja, tem uma esfera privada preservada (intimidade). Aqui tem a premissa da

parte para o todo, os interesses individuais ou particulares tem uma posição superior aos da coletividade, sendo a principal característica dessa espécie de liberdade. Segundo, Constant: “Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres só é soberano na aparência” (CONSTANT, 1985).

Essa segunda ideia de liberdade tem um viés progressista da vida pública e da vida privada na concepção humana, o que na antiguidade a vida particular ou os interesses individuais eram sufocados/restringidos em prol do coletivo ou do governante.

No mundo antigo, os territórios eram pequenos (CONSTANT, 1997), as guerras eram os meios de aquisição (CONSTANT, 1997), a conquista era feita em nome da glória (CONSTANT, 1997); para isso, requeria-se intensa participação do coletivo. No mundo moderno, os territórios são grandes (CONSTANT, 1997), o comércio é o meio de aquisição (CONSTANT, 1997), a conquista é inoportuna e amoral (CONSTANT, 1997). “O mundo de nossa época é precisamente, sob essa relação, o oposto do mundo antigo” (CONSTANT, 1997).

Nota-se, uma linha evolutiva da liberdade, como forma de progresso no meio social, tais como: o comércio – escambo ou a própria circulação de moeda – na qual substituiu a conquista ou a imposição da força; a formação de uma estrutura social em face da usurpação ou tomada de territórios. “A guerra é anterior ao comércio. Uma é a impulsão selvagem, outra o cálculo civilizado” (CONSTANT, 1997).

A liberdade é o princípio finalístico, e a política deve propiciar meios para a sua preservação e respeito, seja na concepção antiga ou moderna.

“O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios” (CONSTANT, 1985).

Assim, é necessário delimitar a atuação estatal em face dos direitos individuais, que devem ser estabelecidos dentro de uma ordem cons-

titucional, com imposição de limites, sendo que sem esta limitação, a liberdade não poderá ser realizada. Na qual a monarquia constitucional estabelece o poder neutro, condição imprescindível para o exercício da liberdade, pois tem como objetivo a mediação entre os demais poderes.

O princípio da Justiça

A justiça para que seja equitativa deve obediência aos princípios, todavia seu conceito decorre do momento histórico e da forma em que o Estado tem a concepção do direito. Contudo, Constant relaciona à justiça, em sua essência, aos interesses em jogo das classes sociais de determinada época, sendo que para os antigos, a conquista e a usurpação eram meios legítimos, e neste sentido era considerado justo, porém não para os modernos em que o justo concentra-se nas relações comerciais. Segundo (CONSTANT, 1997):

“Diz-se todos os dias que o interesse bem compreendido de cada um o convida a respeitar as regras da justiça, não obstante as leis contra aqueles que as violam, como se verifica que os homens muitas vezes diferem do seu interesse bem compreendido”

Constant entrelaça à justiça aos interesses da sociedade, contudo faz uma crítica na concepção dos interesses, ao relatar que a população trabalhadora – dependente de terceiros ou dos detentores dos meios de produção – não participa das decisões políticas, por serem dependentes da propriedade ou da riqueza de terceiros, e não sabem reconhecer seus próprios interesses.

Neste aspecto, deve-se identificar quais os interesses dos indivíduos ou de grupos sociais, como forma de desenvolvimento das pessoas no meio social, e em atendendo estes interesses, automaticamente, há o respeito à justiça. Conforme (FALCÃO, 2011):

No ensaio *Da origem do governo*, Hume argumentou contra a tradição jusnaturalista, a que compreende que a obediência existe não por haver um contrato, mas porque é do interesse dos homens obedecerem ao poder soberano, pois este oferece as garantias suficientes para o desfrute da vida civilizada.

“Assim, Constant coloca, no lugar da obediência ao soberano, a obediência à justiça, ou, em sua nomenclatura corrente, às regras da justiça” (QUIRINO, 2005).

Ressalta-se que, os interesses são diversos dentro do edifício social, na qual a justiça é a ponte intermediária entre aqueles e os indivíduos, em havendo está correspondência ocorre o respeito voluntário da justiça.

O conceito de justiça somente se enquadra na modernidade, posto que na antiguidade ou nas repúblicas, a justiça é dispensável, ressalta-se que em governos republicanos não há variação de interesses, desta forma para Constant, a justiça não existe ou não cumpre seu papel. “Com relação aos impérios, a justiça é igualmente dispensável porque o domínio é feito pela conquista e pela usurpação” (FALCÃO, 2011).

Em síntese, na antiguidade, inexistia a justiça por dois pontos, em decorrência dos modos de aquisição: onde está é homogêneo – não se leva em conta os interesses sociais em jogo – ou seja, tem por escopo somente o coletivo, e não se leva em conta os interesses individuais; ou ocorre através da conquista –usurpação ou tomada de territórios, isto é, com o uso da força. Todavia, nestes casos o comércio é simplesmente ignorado, mas o seu reconhecimento, como forma legítima de aquisição, traz uma definição de justiça mais equânime e com preocupação de segurança e defesa da propriedade.

Portanto, para Constant, os princípios políticos da liberdade e da justiça são as vigas estruturais da monarquia constitucional, porém para funcionarem, adequadamente, precisam de duas instituições: o poder neutro e a assembleia hereditária.

O Poder Neutro e a limitação constitucional

Tendo como condição *sine qua non*, para o respeito destes princípios: a limitação do poder, que somente se verifica, no caso da monarquia, dentro de um sistema constitucional. Segundo (CONSTANT, 2005a): “De nada adianta dividir os poderes: se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável”

Sendo que, sem um poder neutro, mesmo na divisão clássica de Montesquieu, nada impede que um poder ultrapasse seus limites e

abuse deste. E ainda, na colisão destes poderes, um prevalecerá sobre o outro e perderá sua legitimidade, com a possibilidade de que um deles atue de forma ilimitada e o edifício social ruirá, e se transformará em autoritarismo de um sobre o outro.

Conforme, (CONSTANT, 2005a):

“Sem dúvida, a limitação abstrata da soberania não basta. É preciso buscar bases de instituições políticas que combinem tão bem os interesses dos diversos depositários do poder, que a vantagem mais manifesta, mais duradoura e mais garantida seja cada um permanecer dentro dos limites de suas respectivas atribuições”

Para Constant, o maior erro de quase todas as constituições foi não ter estabelecido um poder neutro. Outro viés da limitação de poder é a consciência pública da necessidade de sua contenção, através de mecanismos constitucionais, para a formação de uma soberania não absolutista, advindas das teorias do iluminismo e a necessidade de limitar os detentores do poder.

Constant tem uma preocupação constante de vigilância do poder como forma de manter o equilíbrio e a organização estatal, através do poder real, posto que nenhuma autoridade pode ser ilimitada, sob pena de ilegitimidade.

Ou seja, defende uma Monarquia Constitucionalizada com limites, para não ofuscará o princípio da liberdade, conforme estatui em sua obra *Reflexões sobre as constituições e as garantias*. “Não sei se meu desejo de ser útil ou, se quiserem, meu amor-próprio, ilude-me, mas creio que minha obra tem uma vantagem: ela demonstra que a liberdade pode existir plena e inteira sob uma monarquia constitucional” (CONSTANT, 2005b)

Salienta-se que a monarquia pode propiciar a liberdade, desde que aquela seja constitucionalizada, mostra-se também a posição liberal de Constant, todavia, para que seja possível é necessário o poder neutro e uma assembleia hereditária.

Segundo o autor Cleidison de Jesus Rocha:

A utilidade de um poder superior ao poder ministerial serve para impedir que outros se apoderem do poder (superior), e

para estabelecer um ponto fixo imune às paixões. A vantagem da Monarquia Constitucional sobre outros regimes repousa no fato de esta separar o poder executivo do poder supremo, sem “confundir” esses poderes. Ao poder ministerial compete a execução das ações diretas e das propostas, bem como zelar para que as discussões e as resistências não comprometam o chefe do Estado. Os outros poderes são assim descritos: o poder representativo da continuidade – reside em uma assembléia hereditária; o poder representativo da opinião – reside em uma assembléia eletiva; o poder judiciário – é confiado aos tribunais (Disponível em: http://www2.ufac.br/edicao-1/principios-de-politica/at_download/file.pdf. Acesso em 10 de março de 2020).

Cabe ressaltar que, as assembleias representativas, eleita pela povo, tem a função de representar os interesses da coletividade, e as aspirações das diferentes classes sociais. Salienta-se que está representatividade é exercida através do voto, como forma de garantir a participação popular na organização estatal.

Ou seja, a assembleia representaria o interesse geral, que corresponde a soma de todos os interesses particulares, e converter-se-iam em um bem comum no meio social, atendendo aos anseios da população.

Defende, Constant, que está assembleia fosse renovada de forma paulatina, pois evita a fuga dos interesses da vontade popular e o distanciamento dos parlamentares de seus ideais, como forma de preservar os interesses legítimos da sociedade, além da mutação das esperanças do povo e a rotação das expectativas de mudanças. Conforme (Constant, 1968).

“ainda que somente possa ser nomeado um terço ou um quinto, não deixam de se por em movimento todas as esperanças. Não são as múltiplas possibilidades, senão a existência de uma só, o que desperta todas as ambições; a dificuldade em que se acham as faz mais ciumentas e agressivas. O povo igualmente se agita pela eleição de um terço ou de um quinto que por uma eleição total”.

Contudo, Constant, defende que os parlamentares sejam homens de posses ou classes intelectuais da sociedade (propriedade intelectual), com exclusão de eleição de membros do povo – discurso claramente elitista –, todavia, fundamenta que afasta-se o risco que representantes populares façam da política uma profissão com busca de interesses pessoais e salariais.

Cabe salientar que, a legitimidade das assembleias, deve ser definidas pela Constituição, especificando como o parlamento se relaciona entre si e entre os cidadãos, para que os membros do legislativo não se volte contra os representados.

Como forma de equilibrar os poderes, o chefe de Estado detém o direito de dissolução das assembleias representativas, no caso de abuso ou de extrapolação no exercício de suas funções, sob pena de desarranjo entre os demais poderes.

A arma utilizada pelo poder real é o veto com o escopo de conter o avanço e a extrapolação das atividades exercidas pelas assembleias, como forma de limitar à atuação dos deputados, para que não se torne tiranos no exercício de suas funções legislativas.

Segundo (CONSTANT, 1968) “a dissolução das assembléias não é, como se disse, um ultraje aos direitos do povo; ao contrário, quando as eleições são livres, é uma chamada a seus direitos, em favor de seus interesses”.

A forma de governo é tão antiga quanto as civilizações, como na Grécia antiga em que estas eram, tradicionalmente, reconhecida como governo de um, alguns ou muitos. A tradicional tripartição de Locke e Montesquieu em legislativo, executivo e judiciário, na qual são harmônicos entre si tem o escopo de equilibrar-se mutuamente em função da soberania.

Todavia, para Constant, isso não era bastante, sendo necessário um poder superior e neutro que servia como forma de contensão entre os outros poderes, segundo o autor:

sua ideia de poder neutro, diz ele em 1802, é uma ideia de origem monárquica, e, como tal, independentemente de suas íntimas preferências republicanas, a monarquia não o perturba, previstas na constituição, as prerrogativas do monarca devem

ser estritamente confiáveis ao exercício do poder neutro que, de todas as maneiras, ele julga indispensável. (GAUCHET, 1997).

O monarca no exercício do poder neutro não será responsabilizado pelos seus atos, posto que é o chefe da nação, para que não desvie de sua função, e não tenha temor em estabelecer os interesses da ordem e da liberdade.

Apesar de sua condição humana, o monarca deve ser incorporado como um poder neutro e abstrato, todavia tão entendimento decorre de uma ficção, mas imprescindível para os interesses do Estado.

Tem como características principais: a vitaliciedade e a hereditabilidade, para que haja com independência, atuando acima dos outros poderes e não dependa de outra força política.

Vale lembrar que, atua de maneira à moderar os outros poderes, com o escopo de que não saiam de suas engrenagens e permaneçam nos trilhos originais, ou seja, dirige a atuação política sem participar dela, portanto, disso resulta a sua inviolabilidade. (CONSTANT, 2005b), preceitua que:

“A monarquia constitucional tem grande chance de criar esse poder neutro na pessoa do rei, já cercada de tradições e lembranças, e revestida de uma força de opinião que serve de base à força política”

Devido a estas características, o rei atua como um regulador dos demais poderes, pois não tem interesses próprios, não há instabilidade na sua instituição, desta forma despidido de pessoalidade, não tender-se-ia a declínios ou favorecimento pessoais, sua vigilância seria o cumprimento dos limites preestabelecidos, e o pleno funcionamento das engrenagens constitucionais. “A monarquia constitucional nos oferece, como já disse, esse poder neutro, tão indispensável a toda liberdade regular” (CONSTANT, 2005b).

Além do poder neutro na pessoa do monarca, Constant trabalha em suas obras um outro eixo central de grande relevância – a assembleia hereditária –, e o trata como uma força política que não pode ser atacada pelas partes, politicamente, rotativas do Estado,

sendo esta integrante do poder real e parte da estrutura da monarquia constitucional.

A implantação da assembleia hereditária tem o objetivo de garantir a funcionalidade dos princípios na monarquia constitucional, e o poder neutro, como um elo para garantir a estrutura social.

Para Constant o problema não está na hereditariedade, mas o não cumprimento dos princípios e a falta de um poder neutro, conforme (CONSTANT, 1997):

“Mas, enfim, a república caiu. Assim, apliquei todas as faculdades de meu espírito para descobrir como conciliar a monarquia e a liberdade. Eu me convenci de que a conciliação não era impossível, e com a neutralidade completa, e o poder real formalmente reconhecido, uma monarquia constitucional não se opunha a esta liberdade, que é particularmente desejada em nossos tempos modernos”

A monarquia constitucional, na qual a soberania é limitada e em conjunto com o poder neutro acima dos outros poderes, tem a função ululante de evitar abusos dos demais poderes, e permitir a governança dentro dos parâmetros traçados na Constituição do Estado.

Esta é uma das críticas que Constant destina às repúblicas, ou seja, sem este poder superior, os demais poderes – legislativo, executivo e judiciário – tendem a se perder, posto que não permitem a atuação de um poder superior, e não há garantias de que não iram avançar em seus limites de atuação previstos na Constituição, ou seja, não há garantias de sua limitação.

Ressalta-se que a república, na ótica de Constant, vive um paradoxo, pois não permitem um poder neutro e, inexoravelmente, não garante à limitação dos poderes. “As repúblicas são forçadas, portanto, a tornar responsável o poder supremo. Mas então a responsabilidade torna-se ilusória” (CONSTANT, 2005a).

Na república um questão de grande preocupação de Constant é a responsabilização, posto que neste ponto, esta forma de governo se opõe à monarquia. Contudo, responsabilidade e poder, em regimes republicanos, se mesclam se torna-se quase indissociáveis, devido a este fato o governo popular torna-se instável e volátil, pois os detentores do

poder tornam-se irresponsáveis por seus atos ou meramente ilusória. Segundo, o pensador político Constant:

“O monarca não pode ser responsabilizado, porque é o poder neutro, como nas repúblicas não há monarcas, a responsabilidade recai sobre o governo. Desse modo, “Um governo republicano precisa exercer sobre seus ministros uma autoridade mais absoluta que um monarca hereditário” (CONSTANT, 2005a): “Nada semelhante ocorre numa república, onde todos os cidadãos podem chegar ao poder supremo” (CONSTANT, 2005b).

Entretanto, na república ocorre de maneira contínua uma colisão entre autoridade e a instabilidade, e que acaba de ser resolvido entre os próprios atores que deveriam ser responsabilizados, na qual a atuação política da população, nestas questões, é ínfima ou sem nenhuma expressão.

Ou seja, somente a divisão de poderes não é suficiente, para garantir a estabilidade institucional destes e a responsabilização em caso de abuso do poder, sendo que na monarquia constitucional seria suprido pelo poder neutro e assembleia hereditária. No prefácio de sua obra Constant escreve:

Temi, no entanto, que se reimprimissem obras em que desenvolvia os meios de conciliar a liberdade que convém às nações modernas com formas republicanas demasiado marcadas até aqui pelas lembranças da antiguidade, iriam emprestar-me intenções que não são as minhas, pois creio que a monarquia constitucional, quando o poder ministerial é bem separado do poder real, contém todas as garantias de liberdade desejáveis (CONSTANT, 2005).

O esforço de Constant em reescrever os princípios de 1815 se deve ao fato de que pretende estruturar um regime de monarquia constitucional que garanta a liberdade e a justiça, daí se compreende a necessidade de inovações como a do poder neutro e a da assembleia hereditária.

Conclusão

A monarquia constitucional é uma forma de governo estruturada em oposição ao poder soberano e absolutista dos monarcas que impera-

vam nos séculos XVI e XVII. Durante o período das monarquias absolutistas não havia limitação ao poder, pensadores políticos, tais como: Constant, Montesquieu e Rousseau (dentre vários outros) questionavam esta estrutura organizacional, e proponham outras forma de funcionamento estatal.

Sendo este movimento fruto de ideais iluminista que pregavam o uso da racionalidade (luz), com o escopo de uma maior abertura política, econômica e social em face do absolutismo monárquico. Trata-se de um liberalismo político, com origem no constitucionalismo, tem como ponto central, que o Estado e a organização dos poderes devem estar enfeixados em uma carta constitucional, que estruture os limites, pois sem estes, a liberdade ficará comprometida.

Ressalta-se que, a principal preocupação era a limitação de poder do monarca, é teve uma divisão na monarquia constitucional, onde o monarca – rei ou rainha – é o chefe de Estado e a função de chefe de governo é dirigida aos ministros ou uma assembleia, cuja os poderes devem estar expressos na constituição, ou seja, estruturados em lei.

Tendo em vista este cenário Benjamin Constant – pensador político liberal –, em sua obra *Os Princípios de Políticas*, desenvolveu os princípios aplicáveis a todos os governos – universais –, dentre eles, as vigas mestres de sustentação constitucional: a liberdade e a justiça.

Entretanto, a soberania consiste no poder supremo (ordem interna) e independente do Estado (ordem externa), sendo que decorreu de uma evolução política, na qual este poder supremo migrou do soberano para o povo, e a independência foi relativizada devido à expansão da comunidade internacional.

Para Constant a soberania deve ser limitada, bem decorrer da vontade geral, sob pena de ser ilegítima – fruto da vontade de um ou poucos, bem como imposta pela força –, já a legítima, repita-se, advém da vontade geral dos membros de determinada sociedade. Ressalta-se que a liberdade é o princípio fim, e a soberania é o princípio meio, sendo que a soberania deve ser limitada e vigiada para que não ultrapassa o limite da liberdade.

Dentro do princípio da liberdade, Constant trabalha com a ideia da liberdade dos antigos, que consiste em uma liberdade em prol da coletividade, com o escopo do todo, onde os indivíduos devem sacri-

ficar-se em nome do coletivo; e a liberdade dos modernos em prol do individualismo, ou seja, respeito à vida privada (intimidade), na qual os interesses particulares tem uma posição superior aos coletivos.

Já o princípio da justiça trabalha a questão dos interesses no edifício social, na qual para os antigos a conquista e a usurpação eram meios legítimos e justos, o que não ocorre mais entre os modernos em que o legítimo decorre das relações comerciais. Constant relata ainda, que a justiça deve atender aos interesses dos indivíduos ou grupos de indivíduos para o desenvolvimento social, em havendo correspondência estará, automaticamente, atendendo a este importantíssimo princípio.

Portanto, o respeito a estes princípios, torna-se fundamental para a limitação do poder em um sistema monárquico constitucional, e conforme Constant é através do poder neutro – ressalta-se aqui a crítica deste autor que o erro das constituições foi o não estabelecimento deste poder – que concretiza os ditames constitucional, e para que nenhum dos outros poderes saiam de suas engrenagem pré-estabelecidas em uma constituição.

Para Constant a tripartição clássica de poderes não é suficiente para manter o equilíbrio harmônico entre os poderes, na qual o pensador político inclui o poder neutro exercido pelo monarca – chefe de Estado – e a assembleia hereditária como forma de vigilância constante do poder com o escopo de manter a engrenagem dos poderes políticos caso extrapolem suas competências.

Referências Bibliográficas:

CONSTANT, Benjamin. *Da força do governo atual da França e da necessidade de apoiá-lo*. Revista de História da USP, número 146, 2001.

_____. *Da liberdade dos antigos Comparada à dos Modernos*. Filosofia Política, vol. 1, pp. 9-25, 1985.

_____. (1814). *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*. In: GAUCHET, Marcel (org.). Paris: Gallimard, 1997.

_____. *Princípios de política*. In: QUIRINO, Célia Galvão (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005a. pp.3-192

_____. *Princípio de Política*. Madrid: Aguilar, 1968.

_____. *Reflexões sobre as constituições e as garantias*. In: QUIRINO, Célia Galvão (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005b. pp. 193-315

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Sarai-va, 1983. p.74.

FALCÃO, Luis. *Benjamin Constant: os Princípios e as Repúblicas*. Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política, n 3, pp. 190-221, 2011.

GAUCHET, Marcel (org.). CONSTANT, Benjamin. *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.

QUIRINO, Célia Galvão (org.). CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Cleidison de Jesus. *Princípios de Política – o estado segundo Benjamin Constant*. Disponível em: http://www2.ufac.br/edicao-1/principios-de-politica/at_download/file.pdf. Acesso em 10 de março de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de António de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VITIMOLOGIA UMA ABORDAGEM HISTORIOGRÁFICA

Euller Xavier Cordeiro Soares

1) Introdução

Nomeadamente a inclusão da temática da vítima nos manuais e mesmo nas monografias fundamentadas nas tradicionais e por vezes inquebrantáveis “introduções históricas” ou retomadas históricas dos institutos que visaram prestigiar ou possibilitar a participação da vítima

Deste modo os livros de Ciências Criminais que se dedicam a uma abordagem do estudo para com a vítima costumam afirmar que esta ocupou três posições no evolver histórico. Dividindo a preocupação que o direito penal tem com as vítimas em três fases; a primeira chamada de fase da vingança privada ou idade de ouro da vítima, na qual a retribuição ao delito cometido partia da própria vítima ou mesmo de seu clã; a segunda marca a neutralização que a vítima sofre com a assunção do *jus puniendi* pelo Estado e a terceira fase assinala o “redescobrimiento da vítima”, outros autores falam em “novo protagonismo” ou mesmo em “nova idade de ouro” da vítima no direito penal.

De algum modo parece mesmo inegável que a vítima tenha passado por essas fases no curso histórico, mas o que se pretende aqui é demonstrar que essas afirmações ainda que guardem uma devida conexão com realidade são feitas de maneira menoscabada de colocar um fenômeno complexo, como o fenômeno criminal em uma linha cartesiana de evolução. Essa abordagem histórica positivista acarreta certos problemas quando transportados para a realidade hodierna, principalmen-

te quando se coloca o redescobrimiento da vítima como consequência normal do devir histórico.

Estabelece-se um rompimento com o plano cartesiano do positivismo jurídico-historiográfico repudiando qualquer tentativa de compreensão da figura da vítima nas Ciências Criminais que estabeleça uma evolução linear desta, evitando-se assim todos os tipos de distorções oriundas de tal análise, como por exemplo, a mera reprodução de institutos jurídicos utilizados na história que pouco ou quase nada guardam em comum com a sua utilização atual, exemplo de tal fato seria colocar em relativa igualdade a reparação do dano no antigo direito germânico e a reparação do dano do atual ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma pretende-se romper com uma descrição da questão da vítima que coloque seu intitulado redescobrimiento como um necessário e inevitável desenvolver histórico.

E a partir dessa premissa ponderar que a afirmação de “redescobrimiento” ou “nova idade de ouro” da vítima devem ser sopesadas uma vez que a vítima que emerge na atual dogmática não é mesma do direito primitivo e que seus institutos e as razões de seu atual protagonismo não guardam nenhuma correspondência com os modelos da intitulada idade de ouro da vítima.

A doutrina aponta em uníssono como marco teórico para o nascimento da vitimologia, isto é do estudo orientado e sistemático da vítima, os fenômenos relacionados com o martírio sofrido pelos judeus na II Guerra Mundial. A partir desta ocasião, começaram a ser elaborados os estudos sobre as vítimas de crimes, discutindo-se uma nova abordagem criminológica denominada vitimologia a qual terá por escopo enfocar o papel desempenhando pelas vítimas na ocorrência do fato típico, bem como a questão da assistência judicial, moral, psicológica e terapêutica para os vitimizandos. É, portanto o objetivo de o presente trabalho demonstrar que uma abordagem linear da participação da vítima não pode ser tomada de forma cartesiana baseada em um historicismo positivista.

2) A problemática da vítima na historiografia tradicional

Ao longo da história do Direito Penal podemos visualizar algumas tendências que demonstram que a vítima ocupou três posições durante

este período. Assim, os penalistas costumam dividir a preocupação que o Direito Penal tem com as vítimas em três fases; a primeira pode ser chamada de fase da vingança privada ou idade de ouro da vítima, onde a retribuição ao delito cometido partia da própria vítima ou mesmo de seu clã; a segunda marca a neutralização que a vítima sofre com a assunção do *jus puniendi* pelo Estado e a terceira fase assinalam o “redescobrimto da vítima” pelo direto penal.⁷¹

Ainda que tal assertiva esteja correta o problema encontra-se na apropriação desse discurso, tratando dessa evolução da figura da vítima como um processo natural do devir histórico as várias correntes que tratam do “redescobrimto” da vítima fazem por vezes uma leitura que não se sustenta perante uma análise histórica que poderíamos chamar de revisionista que empreenderemos no próximo tópico.

Neste trabalho usaremos como sinônimas expressões como história tradicional, história positivista ou história antiga para definirmos aquela historiografia que se apresenta de forma linear em que as continuidades e rupturas históricas pouco ou quase nada são levadas em consideração.

Analisando a história tradicional percebe-se haver um consenso na afirmação de que áreas como história do direito, histórias das instituições e história das ideias ou do pensamento jurídico, são normalmente identificadas com um pensamento formalista, conservador, fruto de uma verdade extraída dos grandes textos jurídicos e com formulações avessas a qualquer manifestação desburocratizada, e que de uma forma ou de outra visam à justificação da ordem social e jurídica vigente fundamentando tal ordem no espírito nacional ou de que esta é resultado do processo de progresso do espírito humano. (WOLKMER, 2003, p.15-16)

Ricardo Marcelo Fonseca (2011, p. 43-50) ao fazer uma análise das características da história positivista percorre um caminho que passa pelas premissas epistemológicas do positivismo e pelos pressupostos do positivismo nas Ciências Humanas e a partir desses desígnios constrói com fundamento em Leopold von Ranke as características da história positivista.

71 De acordo com Shecaira, “Mesmo que tais períodos encontrem um certo questionamento, essa classificação é aceita pela maioria dos autores.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 2004, p. 50

Na historiografia positivista: 1) é vedada qualquer forma de interdependência entre o historiador e o fato histórico que se pretende conhecer, ou seja, o historiador deve ficar totalmente esvaziado de qualquer valoração social para o conhecimento da história; 2) a partir da existência objetiva do fato histórico esse pode ser reconstruído de forma fiel em todas as suas vicissitudes; 3) Nesse pressuposto fica explícita a “teoria do reflexo” em que fica patente que a histórica não deve ser recriada segundo o ponto de vista do autor do estudo, mas sim deve o historiador refletir exatamente aquilo que se apresenta como realidade esvaziada de qualquer conteúdo subjetivo; e 4) o historiador não pode em hipótese alguma estabelecer qualquer julgamento do passado e nem tão pouco servir de guia aos seus contemporâneos, mas restringir-se a analisar somente o que se passou. (FONSECA, 2011, p.51-53).

No Direito e mais precisamente quando se fala da vítima nas Ciências Criminais a abordagem histórico-positivista encontra outro fator que contribui para as retomadas históricas descontextualizadas de qualquer gneologia, que é o fato de algumas codificações históricas ou antigos códigos de condutas chegarem até nós atualmente. Na verdade o uso de leis antigas, isto é, o uso de fontes primárias não é em si um fato desabonador, ocorre, contudo, que a mera utilização destes para justificar qualquer utilização da figura da vítima contemporânea não é salutar uma vez que a vítima do passado distante não é mesma que emerge atualmente, há na verdade todo um contexto jurídico, social e político diverso, que no desenvolvimento cartesiano de fases por qual a vítima passou não é levado em consideração.

Alguns exemplos podem nos dar uma melhor ideia do que se está falando, é comum a justificativa de que a reparação do dano é algo usado desde o antigo direito penal germânico tendo como traço característico que quando do cometimento do delito a persecução criminal caberia à vítima ou a alguém de seu clã e, era exercida tendo por escopo a expiação social ou reparação privada. Ocorre que até chegar à chamada *compositio* obrigatória. A sanção a ser aplicada baseava na vingança de sangue e na perda da paz e que mesmo após o estabelecimento dessa composição obrigatória o direito de castigar o outro subsistia caso ocorresse o inadimplemento da obrigação. (cf. CÂMARA, 2006, p.35).

Outro exemplo oportuno para mencionar sobre a problemática dessa evolução linear, ou que se aproveitando de fontes primárias utilizando-as de forma despreocupada com a realidade social na qual esta inserida, é o atual caso da Lei de Execuções Penais (LEP), que ao estabelecer o trato que o condenado deve ter do sistema penitenciário (Estado) em nada guarda verossimilhança com a realidade do sistema carcerário brasileiro. Essa lei brasileira se analisada de forma descontextualizada da realidade parece atingir o mais alto grau de humanização no tratamento do condenado.

Está história positivista será uma história que exatamente por acreditar que os fatos podem ser isolados do sujeito que os confronta (o historiador) e podem ser percebidos em seus contornos precisos, terá a capacidade de descrever a verdade sobre os *fatos históricos* (que a este ponto constituem, para o positivismo, a própria História), pois a análise do objeto pode ser assimilada pela ciência (aquela ciência que é metodologicamente bem informada – isto é, a ciência positiva) sem que haja qualquer perda ou redução: o saber histórico tem a capacidade de reproduzir fielmente os fatos históricos. É por isso que esse tipo de história não raro assume contornos de “história universal”, “história geral” ou outras pretensões totalizantes do gênero, pois a potência do saber (alimentado pelo otimismo científico do sec. XIX) dá também aos historiadores a impressão de poder abarcar todo o passado humano. E, sobretudo, será uma historiografia que se pretende “objetiva” e “neutra”, uma historiografia que segue o princípio da ‘neutralidade axiológica’ das ciências humanas, pois ela acredita que qualquer influxo de subjetividade contaminará o objeto e, portanto, invalidará a pesquisa. (FONSECA, 2011, p. 57)

A história positivista, o positivismo filosófico e mesmo o positivismo jurídico guardam uma ligação que derivam de suas bases epistemológicas comuns e no que concerne ao mundo jurídico, a mais visível é a negação de qualquer critério valorativo por parte do sujeito em relação ao objeto resultando assim no grande mito positivista no campo

da ciência jurídica “a neutralidade do processo cognitivo do direito”. (MACHADO, 2000, p.96).

Normalmente a leitura positivista da vítima no direito tendo como meta seu atual “redescobrimento” ocorre ou pela negação peremptória de qualquer valorização desta na dogmática penal ou por uma glorificação da participação desta na dogmática jurídico penal, em claro festejo ao passado que é redescoberto, ou seja, sendo uma fonte de um passado glorioso, a vítima deve novamente ser prestigiada na dogmática penal.

Seja fruto das poucas pesquisas que têm por objeto a vítima de crime (numa perspectiva historiográfica mais acertada) ou mesmo fruto do positivismo jurídico que como já dissemos é intrinsecamente ligado com a história positivista, o direito penal ou mesmo a criminologia não se interessaram por estudos profundos sobre essa temática esse fato resta claro ao balizarmos as chamadas Escolas Penais como veremos a seguir.

A escola Clássica responsável pela introdução do ideário humanista tinha como objetos de seu estudo o crime, a pena e o método. Muitos autores questionam, inclusive, se realmente pode se falar em uma Escola Clássica, assim, para Luis Jiménez de Asúa esta escola só existe por contradição com a Escola Positiva, uma vez que é formada por tendências muito ecléticas. Ainda assim, podemos identificar alguns traços comuns como, por exemplo, o método racionalista, a imputabilidade baseada sobre o livre arbítrio e a culpabilidade moral. O delito era tido como um ente jurídico e a pena como um mal, porém meio idôneo à tutela jurídica. Essa escola nega qualquer estudo em relação à etiologia criminal.

A importância desta escola se deve a fato de assumir o legado liberal, racional e humanista do iluminismo, projetando o homem como ser racional e livre. Com fundamento na teoria do pacto social, propôs formar uma concepção utilitária do castigo provida inclusive de valor ético. (MOLINA, 2000, p.161.) Deve ser realizada aqui a necessária menção de que para Foucault, opinião a qual compartilhamos, que a transição da Justiça Penal do Antigo Regime para a Justiça Penal Moderna não significou a transição da barbárie para a humanização (cf. FOUCAULT, 2004).

A Escola Positiva focalizou seus estudos na figura do delinquente e tem como seu traço mais marcante que ecoa até os dias de hoje a contestação de Lombroso sobre o livre arbítrio do homem como fator determinante para a ocorrência do crime. Para este autor, fundador da escola positiva, o crime ocorre por caracteres hereditários, ou seja, pelo atavismo. Assim, em contrapartida à Escola clássica de método dedutivo, a Escola Positiva parte da observação de alguns crimes e criminosos para generalizações e posteriores classificações como, por exemplo, a dos criminosos natos.

Outras Escolas Penais ainda podem ser referenciadas, contudo estas pouco se afastam das ideias das duas escolas supracitadas. Na verdade, as outras escolas ora se apresentam como uma forma de fusão dos pensamentos das primeiras ora enfocam aspectos pouco explorados por estas.

Poucas referências são encontradas à figura da vítima nessas Escolas, desta maneira, quando esta é considerada, quase sempre ocorre de maneira incidental e leva-se a problemática para o campo responsabilização civil, corroborando a afirmação de que a vítima como uma das protagonistas do fato penal foi esquecida pelas Escolas Penais. (1998, p. 22.)⁷²

E ainda fazendo uma leitura linear da vítima na história podemos ver que alguns autores tratam de compreender esse período que marca a subtração da vítima da resolução do conflito como uma forma de aplicação serena, proporcional, igualitária, imparcial e institucionalizada tendo em vista o princípio da legalidade. (Cf. SÁNCHEZ, 2001, e GOMES e MOLINA, 2000.)

Como pontua Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999, p.54.) o esquecimento dogmático da figura da vítima embora não totalmente compreensível é até certo ponto tolerável, mas diversamente é incompreensível e de se estranhar que a criminologia, como ciência de vocação para análise empírica do fenômeno criminal e de seus fatores também tenha incorrido no mesmo erro.

72 Embora a doutrina possa divergir se houve ou não um esquecimento total pelas escolas penais da figura da vítima o certo e ponderável até o momento é que uma sistemática e real análise da figura da vítima dentro da dogmática penal e política criminal só podem ser visualizadas após a vitimologia.

Antonio García-Pablos de Molina (2000, p.203) divide a criminologia em pelo menos três fases: a pré-científica, representada pela Escola Clássica, a etapa científica, representada pela Escola Positiva e a Moderna criminologia em que se sobressaem diversos modelos teóricos que por sua vez podem ser categorizados em Biologia criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal.

A Biologia Criminal tenta estabelecer no homem delinquente fatores responsáveis pela sua conduta criminosa, esses fatores podem ser fisiológicos, endócrinos, bioquímicos e genéticos. Atualmente, embora um tanto desacreditada, essa corrente tem recebido certo revigoramento com as modernas pesquisas de sequenciamento genético e cromossômico que tentam encontrar alguma explicação para o crime nesses fatores, dando azo, inclusive, para o levantamento de estudos que questionam se seria o criminoso responsável pelos seus atos ou vítima de um estado doentio. Nessa teoria, parece ser inegável sua comparação com as construções lombrosianas uma vez que trabalham com a mesma matriz ideológica, isto é, partem da referência de que existem pessoas criminosas e não criminosas. Pode-se afirmar que está teoria pouco teve de repercussão para um enfoque sobre a figura da vítima nas ciências criminais.

O enfoque psicológico na criminologia que gerou a chamada Psicologia Criminal busca na vida psíquica do indivíduo as razões pela sua delinquência. Este enfoque tem em *Freud* um de seus principais contribuidores por meio da sua teoria de níveis de consciência (*id*, em que se encontra os instintos mais primários cuja tendência é a sobrevivência; *ego*, que representa o sujeito enquanto membro de uma sociedade e, *superego*, em que se instauram os controles de natureza cultural e social). O delinquente seria aquele incapaz de frear seus impulsos mais primitivos (*id*), essa incapacidade teria várias razões, todas elas de certa forma relacionadas com sua vivência e a interiorização desta em seu subconsciente. No que tange à vítima, a psicologia avançou um pouco ao destinar atenção à prevenção e tratamento dos delinquentes e das vítimas. (MAÍLLO, 2004, p. 165-167).

A Sociologia Criminal é sem dúvida o modelo que mais contribuiu para um maior aprofundamento do estudo sobre a figura

da vítima, ainda que de forma incipiente, no âmbito das ciências criminais. Essa teoria criminológica encara o crime como um fenômeno normal em uma sociedade e aborda a delinquência sobre diversos enfoques, entre eles a ecologia criminal, a estrutura funcionalista, a subcultura delinquente, as teorias do conflito, a criminologia crítica e as teorias interacionistas. O traço característico da sociologia criminal é conceber o crime como um fenômeno social e a partir desse elemento o questionamento central passa a ser não o porquê da delinquência, mas sim o porquê determinado comportamento é dito por contrário ao ordenamento jurídico.

As teorias sociológicas podem ser agrupadas em pelo menos três grupos. A primeira visão, de corte funcionalista, também denominada como teorias da integração ou do consenso, na qual se encontra a chamada Escola de Chicago e, a teoria da associação diferencial, a teoria da subcultura delinquente. A segunda visão trata das teorias do conflito representadas pelas teorias do *labelling* e teoria crítica de fundo marxista. Ainda que uma ou outra escola possa ter contribuído para um estudo sobre a vítima, podemos afirmar que nenhum modelo criminológico ou escola criminológica dedicou-se a um estudo sistemático sobre a vítima. (SHECAIRA, 2004, p.134).” Exceção talvez a criminologia crítica.

Frente a essa problematização que acabamos de ver não podemos coadunar com qualquer uma dessas tentativas que visem estabelecer uma evolução linear da figura da vítima no âmbito das Ciências Criminais seja como fator de coesão social, tentativa de humanização do sistema penal ou mesmo de sua criação incipiente nos moldes similares aos que conhecemos hoje como o conhecemos hoje, mas sim que na verdade as fases da vítima nas Ciências Criminais perpassam na verdade por questões muito mais sérias e delicadas que não podem ficar atreladas a mera retomada histórica da figura da vítima estabelecida normalmente de forma acrítica e descontextualizada de qualquer referencial, econômico, cultural ou das relações de poder envolvendo seu protagonismo, subtração e posterior “redescobrimto”.

Uma vez considerados os inconvenientes de uma elaboração linear da vítima como também das consequências da formulação

do positivismo jurídico, que dispensou qualquer atenção a ela nas Ciências Criminais, estamos aptos a estabelecer um rompimento com o historicismo jurídico positivista da vítima e por consequência a abordagem positivista que essa tem recebido.

3). Tentativa de uma abordagem da vítima na historiografia revisionista

Dentro dessas fases que estamos falando sobre as quais a vítima transcorre na dogmática jurídico penal a sua neutralização ou em outros termos a expropriação do conflito por parte do Estado ocorre dentro de um período de tempo muito grande que se insere na passagem do Antigo Regime para a Modernidade. Período esse que Paolo Grossi (2007) finca como da transição entre o Medievo e a Modernidade de onde resultam várias mitologias jurídicas da modernidade.

O vocábulo história revisionista tomamos emprestado de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p.190). Para quem as histórias revisionistas concentram-se em três abordagens principais: o enfoque materialista-marxista, materialista político-econômico ou funcionalista tendo por escopo recontar a história oficial da ótica do poder, do controle e da dominação.

Concentraremos-nos aqui na materialista político-econômica que tem sua fundamentação nas obras de Foucault, para quem:

A reforma iluminista e a fundação do sistema penal moderno que dela decorreu não resultam unicamente de transformações das ideias, mas de transformações no sistema social, e suas funções declaradas ocultam exigências e funções latentes. O discurso declarado é ideológico. ANDRADE, 2003, p. 191).

A afirmação que a vítima viveu sua idade de ouro só pode ser tida por verdadeira se considerarmos que as manifestações que permitiam à vítima ou a seu grupo assumirem a persecução criminal não tomavam formas individuais, mas sim a demonstração comum de todo um agrupamento de pessoas e, por esta razão, pode ser tida como expressão coletiva, ainda que tivesse como característi-

cas “reações espontâneas, ajurídicas e não estatais” (ANDRADE, 1980, p.50). O argumento a *fortiori* de relevo da vítima diz respeito a manifestações que visavam, ou não, à vingança limitada, e quase sempre a preocupação em auferir uma compensação financeira como resultado da ofensa, havendo, dessa maneira, na ocorrência do delito, uma nítida violação a um direito subjetivo, o qual, por vezes, poderia repercutir também na esfera coletiva.

Nesse período que costuma se denominar como idade de ouro da vítima, o direito penal se consubstanciava em uma espécie de justiça privada, mas que nem por isso não se encontrava regada por costumes, leis e comportamentos esperados da comunidade pelo ofendido.

Assim, é válido lembrar que em alguns delitos (isso no antigo direito penal germânico), como a traição na guerra, deserção, perjúrio e homicídio poderiam incidir sobre o autor do delito a perda da paz, pena esta que poderia ser aplicada por qualquer um da comunidade e não apenas pela vítima e seu clã. A perda da paz significava a dissolução de todo e qualquer vínculo social e familiar, alcançando tanto a pessoa como seus respectivos bens, e em alguns casos poderia ser remida pelo pagamento de uma multa. (CÂMARA, 2006, p. 35).

Gradualmente, as penas de multas e as ofensas foram reconhecidas não em favor de uma vítima ou de um clã, mas sim, em favor de um soberano que cada vez mais concentrava o poder em suas mãos. Nesse sentido, alguns fatos são esclarecedores para demonstrar a contínua abstração da vítima da resolução do conflito penal, como por exemplo, o surgimento de uma figura até então desconhecida, o procurador que assume o lugar da vítima num misto de representante desta e do soberano.

É com a formação dos Estados que a vítima de fato se torna personagem lateral do conflito penal. Isto ocorre inicialmente de forma não muito precisa com a instauração da Paz de Westfália que traçou os contornos do Estado Moderno e possibilitou o fortalecimento do monarca e a concepção das monarquias nacionais em que “o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atin-

gido pelo crime” (FOUCAULT, 2004, p. 43). Com isso, a reação ao crime passa de uma expressão individual para o controle estatal.

Mas é preciso salientar que na verdade essa abstração da vítima se deu de maneira lenta e de forma não linear, ou seja, não podemos precisar em que regiões ou que momento podemos falar de uma total neutralização desta. Como bem salienta Alessi com fundamento em Hespanha que para o príncipe do antigo regime não era importante castigar cotidianamente, mas estrategicamente, pois:

bastava para a justiça real intervir o suficiente para recordar a todos que lá no alto estava, meio adormecida, mas sempre latente a suprema punitiva potestas do rei. Como Supremo Juiz, o rei reintegrava aos equilíbrios naturais da sociedade o trabalho de instaurar a ordem social. (ALESSI, 2011, p. 176).

A partir deste momento, a vítima é colocada em segundo plano pelo Direito Penal, não somente na persecução criminal como também no plano do direito material. Esta passa a participar como elemento informador para o Estado sobre eventuais lesões a bens jurídicos sofridos, passando de protagonista da resolução do fato delituoso a objeto material do delito. Tendo isto em vista, Hassemer pontua que com monopólio do *jus puniendi* pelo Estado, surge o Direito Penal estatal trazendo como uma de suas características a neutralização da vítima, uma vez que a reação penal passa a pertencer ao Estado e não mais ao indivíduo. (HASSEMER, 1992, p. 92-93).

Nesse período em que a reação da tutela penal cabia ao rei, a justiça ainda guardava forte traço de vingança desmedida e desproporcional; eram as chamadas penas de suplício. Essas penas desumanas e cruéis geraram protestos durante a segunda metade do século XVIII entre os filósofos, juristas, magistrados e políticos os quais acreditavam que era preciso respeitar a humanidade do criminoso na punição. (FOUCAULT, 2004, p. 63).

Deveras são várias as características da reforma penal que tem início no século XVII e muitas dessas características podem ser buscadas na obra de FOUCAULT, algumas delas sobressaem-se como a mudança da diminuição dos crimes de sangue e o aumento

de crimes contra a propriedade e conseqüentemente um arrefecimento das punições no corpo.

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova “economia política” do poder de punir. Compreende-se então por que essa “reforma” não teve um ponto de origem único. (FOUCAULT, 2004, p. 68).

A reforma do sistema penal na visão de Foucault não foi obra de simplesmente dos iluministas ou de uma geração de magistrado, mas sim de todo um corpo social que na realização de um poder obtiveram as resultantes necessárias de conjuntura para a implementação da reforma, sobretudo, fruto da acumulação de capital, desenvolvimento da produção e do crescimento demográfico.

Essa reforma possibilitou a formação de um corpo social técnico com papéis definidos e que tinham por escopo aplicação da lei a todos os membros da sociedade independente de qualquer tipo de privilégio. E nesse sentido e nos moldes mais jurídicos vemos que com a formação dessa Justiça e a ideia de que o crime não gera um dano social, mas sim uma ofensa ao soberano e a comunidade.

A partir daí não é desarrazoado afirmar que ocorreu concretização do modelo de bem jurídico, precisamente o bem jurídico-penal, estabeleceu-se pelo abandono do ponto de partida individual do delito como lesão de um direito subjetivo em favor de uma ampliação a um bem jurídico não necessariamente subjetivo, por meio de um progressivo processo de abstração da vítima individual. Este fato se operou ao se conceber a vida ou a propriedade da vítima concreta como objeto de ação, entendendo o bem jurídico “vida” e “propriedade” de modo meramente abstraído e institucionalizado em detrimento da vítima concreta. Desta maneira, o bem jurídico já não era algo que poderia corresponder ao indivíduo e se converteu em um princípio global, conjuntamente com os distintos bens jurídicos considerados valiosos, em mera abstração trans-individual. (ESER, 1998, p. 38).

Essa abstração do conceito de vítima individualmente considerada em detrimento de bem jurídico sem referência individual, teve como consequência a correspondente espiritualização do conceito de injusto, partindo de uma lesão individual e chegando a uma lesão institucional (onde o Soberano e a Justiça Penal são os lesionados), defendida na manualística mais moderna, sem tanto ver uma posição mais consciente de seu caráter problemático, assim, chegou-se a uma relação entre bem jurídico e vítima a uma exaltação daquele frente a esta. (ESER, 1998, p. 38)

4) Considerações Finais

Esperamos ter deixado claro que um desenvolvimento linear da vítima na dogmática jurídico penal não se sustenta perante uma análise historiográfica que se pretende menos positivista.

A vítima depois de ter sua importância na fase inicial foi paulatinamente abstraída até sua completa neutralização, contudo essa neutralização não se realizou como mera forma de evolução da Justiça Penal, mas sim foi consequência de uma reorganização dos processos e procedimentos adotados nas práticas punitivas que encontram na mudança da positividade do poder sua nova forma de punir.

Deixamos consignado ainda no texto à relação entre o positivismo jurídico e a história positivista uma vez que ambas partem da idéia de

que é possível conhecer um objeto ou mesmo sua descrição livre de qualquer valoração axiológica. O positivismo jurídico e o historicismo jurídico tendo influências e similitudes que devem ser superadas de igual forma, ou seja, por uma postura crítica seja do historiador do direito seja do construtor prático/teórico do dia a dia jurídico.

Na historiografia jurídica, portanto deve ser abandonada a idéia de desenvolvimento linear ou evolucionista do direito que tem como implicações estratégicas a naturalizadora e progressista ideia de sacralizar o direito atual por meia da utilização da história onde as matérias históricas relevantes são identificadas a partir do leque dos conceitos e problemas jurídicos contemporâneos levando a uma perspectiva deformada do campo histórico, onde os objetos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber o passado realizando uma leitura deste através de categorias, problemas e angustias atuais perdendo, assim sua espessura e especificidade. (HESPANHA, 2005, p. 30). Esse fato fica evidente quando se tenta fazer uma leitura da participação da vítima na dogmática jurídico penal atual através de categorias e análises de civilizações passadas onde não havia a noção, por exemplo, de respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito a criminologia Manuel da Costa Andrade aponta dois fatores pelos quais se pode falar em um “redescobrimto da vítima”, o primeiro, exógeno às ciências criminais, mas que exerce influência sobre elas, diz respeito às variadas formas de vitimizações que a sociedade atual congrega, tais como as catástrofes, crises e erupções de violência, o medo e o pânico coletivo face o crime e, as reivindicações trazidas por movimentos feministas os quais criticavam a cultura e o ambiente social que privilegiavam a agressão à mulher. O segundo fator, intrínseco às ciências criminais, é produto do rompimento com a criminologia clássica marcado pela superação do modelo positivista de orientação unidimensional; voltada ao delinqüente destaca, sobretudo, a perspectiva interaccionista ou o *labelling approach* o qual teve como principal característica demonstrar que as instâncias de controle social podem exercer um papel fulcral na seleção, estigmatização e vitimização, além disso, ao enfrentar a vitimização como um

processo entre duas pessoas ou grupos sociais abria uma porta para a consideração do papel da vítima. (ANDRADE, 1980, p. 60).

É precisamente na criminologia crítica que devemos centralizar nossas análises para melhor podermos compreender os atuais fenômenos de redescobrimento da vítima, uma vez que da análise realizada pela criminologia crítica podemos perceber três posições bem delineadas que tratam de formas diferentes a questão da vítima; os neo-realistas de esquerda defende uma criminologia voltada para as explicações etiológicas do delito tendo por escopo uma vitimologia baseada na proteção dos vulneráveis, já os abolicionistas ao entenderem o caráter criminógeno do cárcere e entender que a vítima muitas vezes se mostram bem menos vingativa do se supunha pregam a utilização cada vez maior de modelos alternativos de resolução dos conflitos, como por exemplo os modelos de justiça restaurativa, por fim os criminólogos críticos que assumem uma postura garantista veem tanto na ideia do aprofundamento do estudo da etiologia criminal quanto dos mecanismos de solução alternativos de conflitos sérias ameaças as garantias constitucionais. E, portanto esse a panorama pelo qual deve ser posta a questão da vítima seja como superação do seu historicismo jurídico positivista seja do seu positivismo jurídico.

Referências

Alessi Georgia. **O Direito Penal moderno entre retribuição e o reconciliação**. In: DAL RI JR. Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do Direito Penal entre Medievo e Modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. In GROSSI, Paolo. Mitologias Jurídicas da Modernidade. 2a. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASÚA, Luis Jiménes de. **Tratado de direito penal**. Tomo II Buenos Aires: Losada, 1964, p.65.

- CÂMARA, Costa Guilherme. **Programa de política criminal**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ESER, Albin, Sobre **a exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.
- GROSSI, Paolo. Mitologias Jurídicas da Modernidade. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Direito Penal**. Barcelona: Editora Bosch, 1982.
- HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. São Paulo: RT, 2004.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público: democracia e ensino jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.
- MOLINA, Antonio García – Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2000.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro Forense, 2003.

OS EFEITOS CIVIS DOS CASAMENTOS ACATÓLICOS NO IMPÉRIO BRASILEIRO

Daniel Machado Gomes

Raphaella Abud Neves

Tiago da Silva Cicilio

INTRODUÇÃO

“A existência de uma religião do Estado não tolhe que sejam regulados e garantidos todos os direitos civis dos que n’elle residem pertencentes a outra religião”, preconizava um edito francês de 1787, citado por Joaquim Nabuco em *Um Estadista do Império* (1897, I, p. 295), para se referir ao pensamento de seu pai, o Ministro Nabuco de Araújo. Foi à luz dessa perspectiva que transcorreram os debates acerca dos efeitos civis dos casamentos mistos e entre acatólicos levados ao Conselho do Estado, durante o período em que Nabuco de Araújo atuou como Ministro da Justiça. Entretanto, o problema esteve presente, com maior ou menor intensidade, na pauta das discussões ao longo de todo o Segundo Reinado, especialmente, pela necessidade de se atrair imigrantes para o território brasileiro e pela resistência da Igreja Católica diante de uma possível secularização do Império do Brasil.

O incremento da imigração no período imperial brasileiro, especialmente na segunda metade do século XIX, trouxe consigo demandas pelo exercício dos direitos civis dos acatólicos em um contexto no qual o catolicismo era a religião oficial do Estado. Assim, surgiu a

necessidade de se conferir validade aos casamentos não católicos e mistos, uma vez que o Estado só reconhecia efeitos jurídicos aos enlaces matrimoniais celebrados de acordo com o rito tridentino. O presente texto tem o objetivo de apontar algumas das diferentes tentativas de atribuição de efeitos civis aos casamentos acatólicos no século XIX e, além disso, o trabalho se propõe a expor o debate em torno do tema que mobilizou os atores responsáveis pela cena política, indicando, por fim, a resistência exercida por forças conservadoras refratárias à atribuição de direitos civis aos protestantes. Vale lembrar que a questão configurava um desdobramento do preceito constitucional que preconizava a liberdade religiosa e que havia sido inserido na Constituição de 1824 por influência do liberalismo na concepção política das elites do Império.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho examina documentos históricos para investigar o discurso dos atores que conduziam a cena política no século XIX. O estudo tem como fontes primárias documentos jurídicos como o texto constitucional de 1824 e obras de doutrina do século XIX. O método da pesquisa considera a perspectiva de Koselleck (1997, p. 93), segundo a qual, além de abordar inevitavelmente um estado não-textual de coisas, o estudioso da História deveria situar os conflitos sociais e políticos do passado em suas respectivas fronteiras conceituais. A partir daí, deve-se buscar a relação com a continuidade ou não das estruturas políticas, econômicas e sociais.

O texto que segue está dividido em duas partes, a primeira dimensiona a questão do casamento não católico no contexto da Constituição de 1824, que estabelecia a união do Estado com a Igreja, ao mesmo tempo em que também previa a liberdade religiosa. A segunda seção do texto versa sobre as diferentes tentativas de atribuição de efeitos civis aos casamentos de imigrantes não católicos, durante o século XIX.

1 CASAMENTO ACATÓLICO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Com o objetivo de povoar o território brasileiro e de substituir a mão de obra cativa, um grande contingente de imigrantes protestantes desembarcou no Brasil, na segunda metade do século XIX. A reboque deste movimento de imigração, surgiram demandas pelo reconhecimento dos direitos civis destas minorias que não professavam a

religião oficial do Império. É neste contexto que se insere a questão da validade dos casamentos acatólicos e mistos, já que a legislação só conferia efeitos jurídicos ao casamento religioso celebrado de acordo com o catolicismo. Assim, ao longo do oitocentos instalou-se um debate em torno da atribuição de efeitos civis aos enlaces matrimoniais entre protestantes, bem como aos casamentos em que um dos cônjuges fosse protestante e o outro católico.

A matéria ostentava cunho constitucional, como lembrou João Marcos Leitão dos Santos (2018, p.10), uma vez que a liberdade religiosa foi estabelecida pela Constituição nos termos artigo 179, V: “Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública”. Além disso, o artigo 5º da Constituição de 1824 afirmava que a religião católica continuava a ser a religião do Império e que todas as outras religiões eram permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma exterior de templo.

Desde o período joanino vigorava no Brasil certa tolerância dirigida às demais religiões acatólicas, por conta da assinatura dos Tratados de Aliança e Amizade e de Comércio e Navegação, firmados em 1810 com a Inglaterra. A legislação de 1810 estabelecia que “vassalos de Sua Majestade Britânica” residentes nos territórios portugueses não seriam

perseguidos, perturbados, inquietados, perseguidos, ou molestados por causa de sua religião, mas antes terão perfeita liberdade de consciência e licença para assistirem e celebrarem o serviço divino e honra do Todo-Poderoso Deus, seja dentro de suas casas particulares, quer nas suas igrejas e capelas (*apud* FEITOSA, 2012, p. 19).

Há, portanto, uma linha de continuidade entre o teor das normas que tutelavam a liberdade religiosa no período do Reino Unido e a proteção deste direito na Constituição de 1824. As limitações impostas aos ingleses pelos Tratados relacionavam-se à aparência dos templos que deviam assemelhar-se às casas de habitação, não podendo ter campanários, bem como à proibição ao proselitismo, visto que não podiam anunciar nem fazer propaganda de sua religião aos brasileiros (FEITO-

SA, 2012, p. 19). Dessa forma, não houve alterações substanciais na Constituição do Império em relação ao que já vigorava, salvo pelo fato de que o proselitismo deixou de ser proibido. No texto constitucional de 1824 permaneceram, todavia, as restrições à exterioridade dos cultos e aos direitos políticos dos praticantes de religiões acatólicas.

Os termos em que se concebeu a liberdade religiosa no Brasil expressam a ideia de uma permissão estatal à crença e ao culto dos não católicos, pois o art. 5º *in fine* da Constituição dispõe que todas as “outras” religiões (fora a Católica) serão permitidas. Casamasso explica que os verbos distintos empregados no enunciado do art. 5º obedecem a uma lógica: “o verbo continuar será a senha para o reconhecimento de um autêntico direito; o verbo permitir corresponderá, antes, a uma autêntica concessão do poder estatal, e não propriamente ao reconhecimento de um pleno direito” (CASAMASSO, 2010, p. 6170).

Em comentários sobre a religião oficial do Império e a tolerância a outros cultos, o marquês de São Vicente (1857, p. 23) distingue o culto exterior do culto interior. Este último é definido como a fé, ato privativo da consciência cuja liberdade é um dos direitos mais invioláveis da sociedade: “nem um poder político tem acesso, e menos imperio dentro desse santuario; quando fosse possível exercê-lo, seria offender a divindade, que reservou para si este domínio” (BUENO, 1857, p. 23). No entanto, quando o culto passa ser externo com a manifestação pública da crença pelo ensino, por cerimônias, ritos ou preces em comum, o marquês de São Vicente (1857, p. 24) defendia que a questão ingressa no campo da liberdade do culto, sendo legítima a intervenção do Estado para manter e defender a sociedade, para tolerar ou não o culto e seus ministros.

Dissertando acerca do inciso V, do artigo 179, o marquês de São Vicente reafirma que “a liberdade da consciência está acima do poder social, é a liberdade do pensamento moral, o sentimento íntimo, a crença, o culto interior que não pode ser constrangido” (BUENO, 1857, p.397). Neste sentido, mesmo que o culto se revelasse exteriormente, mas por modo puramente particular, a sociedade não teria o direito de impedi-lo senão quando houvesse ofensa a moral ou ordem pública, aos cidadãos ou aos direitos sociais. De acordo com Pimenta Bueno (1857, p. 397), o culto externo particular deve em regra ser tão livre como a própria crença, mas, quando se torna público, a lei pode restringi-lo segundo as considerações que a ordem política demandar,

O autor sustenta que seria uma iniquidade perseguir alguém por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a ordem pública: “constranger o homem a renunciar suas inspirações sinceras a esse respeito é desconhecer a diversidade dos espiritos, das idéas, da intelligencia humana; persegui-lo seria exercer uma tirannia amaldiçoada pela Divindade” (BUENO, 1857, p. 397).

Na visão de Pimenta Bueno, a Constituição de 1824 não era apenas tolerante com as religiões acatólicas, mas reconhecia verdadeiramente o direito de liberdade religiosa. O autor assevera que: “nossa disposição constitucional não só garantiu uma justa tolerância, mas concedeu a liberdade essencial, o culto não só doméstico, mas mesmo em edifícios apropriados e para isso destinados, não devendo somente ter formas exteriores de templos” (BUENO, 1857, p. 398). Entre os argumentos levantados para defender a liberdade religiosa estava um de ordem utilitária: a necessidade de mão de obra estrangeira para o Brasil. Pimenta Bueno afirma que “esta liberdade é tanto mais preciosa quanto é certo que uma das primeiras necessidades do Brazil é a de uma numerosa colonização, que venha desenvolver e fecundar o trabalho, as fontes de riqueza que nosso paiz contém” (BUENO, 1857, p. 398).

Todavia, na prática, a união entre o Império e a Igreja Católica repercutia diretamente no exercício dos direitos civis, restringindo-os, como era o caso da ausência de efeitos legais aos casamentos acatólicos e mistos. Havia também limitações aos direitos políticos dos não católicos, por exemplo, a Constituição de 1824 vedava expressamente a possibilidade de eleição de acatólicos para a Assembleia Geral, já que o art. 95, inciso III estabelecia que todos os eleitores eram considerados habilitados para serem nomeados deputados, com exceção dos que “não professarem a Religião do Estado”. O art. 141 da Constituição impedia também que os acatólicos participassem do Conselho de Estado, enquanto a legislação ordinária proibia sepultamento em cemitérios municipais, reafirmando que os casamentos deviam seguir as ordenações tridentinas, para terem efeitos civis.

Neste contexto, a união do Estado com a Igreja soava uma ameaça para se atrair estrangeiros não católicos para o Brasil que servissem de mão de obra, razão pela qual se impunha uma ampliação dos efeitos da liberdade religiosa. Em outras palavras, se por um lado o Brasil necessitava da força de trabalho estrangeira para crescer, por outro, a legislação precisava estar adaptada para receber aqueles que não professavam a religião oficial. Dentre os diversos entraves jurídicos que existiam para

o exercício de direitos civis e políticos pelos protestantes, a questão dos casamentos acatólicos e mistos mobilizou o debate público, conforme veremos abaixo.

2 TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DAS UNIÕES NÃO CATÓLICAS

Apesar da união entre o Estado e a Igreja durante o Império, ocorreram diversas tentativas de se atribuírem efeitos civis aos casamentos acatólicos e mistos, ao longo do oitocentos. Em alguns casos, chegou-se mesmo a discutir a possibilidade de ser instituído o casamento civil, o que se sabe só viria a ocorrer com a advento da República. De acordo com Ítalo Domingos Santirocchi (2012, p.101), o primeiro projeto de lei sobre o reconhecimento de garantias civis ao casamento religioso de qualquer culto foi apresentado em 7 de agosto de 1847, pelo Barão de Cotegipe. Apesar das calorosas discussões em relação ao casamento misto e de acatólicos, esse projeto não foi levado a frente.

Posteriormente, em uma consulta do Conselho de Estado feita em 1854, os Viscondes do Uruguai e Maranguape e o Marquês de Abrantes apontaram a condição na qual se encontravam os imigrantes acatólicos em relação aos seus casamentos, enfatizando, assim, que a lacuna legislativa que os mantinham na clandestinidade se restringia “à antiga e intolerante legislação portuguesa, onde o casamento civil se prova pela certidão do pároco católico, e quem não foi casado ou batizado por ele não tem prova legal” sustentando ainda a “intolerância com que a Constituição exclui o brasileiro que não for católico do direito de ser sepultado” (NABUCO, 1897, I, p. 295-296).

O Conselho do Estado não viu oportunidade para uma proposição de instituição do matrimônio civil, tendo em vista não haver nenhum tipo de preparo para tal. No entanto, em uma contraproposta, em relação aos fatos apontados sobre os imigrantes, propuseram regular os casamentos dos protestantes entre si e com católicos, o registro e a

prova desses casamentos e nascimentos de acatólicos, e, por fim, regular o exercício e administração dos cultos permitidos, não mencionando nada a respeito do que foi ventilado sobre brasileiros não católicos terem direitos reconhecidos e legitimados.

Insatisfeito com o parecer dado pelo Conselho do Estado, o ministro da justiça Nabuco de Araújo elaborou um segundo projeto de lei que visava a instituição do casamento civil entre os protestantes e os de mista religião, os argumentos que sustentavam esse projeto miravam na necessidade de colonizar o interior do Brasil e as dificuldades impostas a esses imigrantes. Uma das medidas propostas era:

Art. 1º. O casamento evangélico e o misto entre católicos e protestantes considera-se distinto, como civil e religioso:

§2º. Verificado o contrato pela forma determinada no regulamento do governo, o casamento ainda mesmo não seguido do ato religioso, surtirá todos os efeitos civis que resultam do casamento contraído conforme o costume do Império (NABUCO, 1897, I, p. 298).

Porém, na Seção de Justiça do Conselho de Estado, mesmo ficando evidenciado que o Conselho não fazia oposição a instituição do casamento civil para aqueles que não eram católicos, foi deliberado que o assunto careceria de intervenção Papal (SANTIROCCHI, 2012, p.105). Nesta ocasião, Nabuco de Araújo enviou à câmara um relatório do Ministério da Justiça que dispunha:

A respeito, porém, das pessoas que professam as outras religiões, são urgentes as essenciais providências legislativas para que sejam eles recebidos no Império, para que tenham todos os efeitos civis que pela nossa legislação competem ao casamento católicos, tendo eles como este a cláusula de indissolúvel (NABUCO, 1897, I, p.303).

Em resposta ao relatório, Monsenhor Massorini sinalizou que a posição defendida pela Igreja em relação ao casamento era

1º Que não existe Matrimônio entre os cristãos senão quando for Sacramento e, em consequência disso, quando não tem Sacramento não existe matrimônio, mas sim concubinato; 2º Diz respeito somente a Igreja determinar sobre a validade dos matrimônios entre cristãos, tendo o Estado direito de regular, se assim quiser, os efeitos civis, porém sempre em harmonia com a validade, ou invalidade, do Matrimônio como é determinado pela Igreja (AES, Br. Officio Riservato *apud* SANTIROCCHI, 2012, p.106).

Diante das considerações feitas em relação ao projeto apresentado por Nabuco de Araújo, o próprio Conselho do Estado achou por bem fazer um projeto substitutivo. Esse terceiro projeto de lei foi apresentado em 1858 pelo então ministro da Justiça Diogo Pereira de Vasconcelos, e logo foi submetido a Seção de Justiça do Conselho de Estado e ao Imperador. Com a apresentação do projeto à Câmara, Mons. Massorini prontamente enviou ao Ministro a declaração de oposição da Santa Sé, uma vez que entendia que o projeto contrariava a Igreja. Ainda, após escutar a posição de D. Pedro II sobre o matrimônio civil, e as diferentes medidas adotadas pela Santa Sé em relação ao Brasil e outros países, como a França, o Monsenhor justificou cada argumento do monarca em defesa da Santa Sé, e obteve como resposta do Imperador que

*[...]faz muito tempo que ele desejava apresentar ao Papa estes seus sentimentos, e que esperava que o papa teria compreendido e aceitado a necessidade da suspensão das Ordens Religiosas e teria tolerado as leis sobre os matrimônios civis [grifos do original]. Merece a devida atenção a frase que foi repetida algumas vezes por S.M. “a demasiada intransigência (dureza) de Roma às vezes serve para justificar o governo, que age por si mesmo (entende-se unilateralmente) (AES, Br. Officio *apud* SANTIROCCHI, 2012, p. 110).*

O pronunciamento da Santa Sé em relação a posição de D. Pedro II continuava condenando a separação entre contrato e o sacramento, e se ateu na defesa de que o matrimônio civil, ainda que apenas para os mistos e aqueles que não fossem católicos, afrontava a Igreja,

podendo ser considerado como um precedente para que os limites canônicos fossem ultrapassados. Esse embate entre Igreja e o Governo corroborou com os entraves acerca da instituição do casamento civil e do reconhecimento de legitimidade dos casamentos que continuavam clandestinos. Ainda assim, as Comissões de Justiça e Eclesiástica, reconhecendo a necessidade de legalização desses casamentos, elaboraram um novo projeto de lei substitutivo, discutido por todo ano de 1860.

Certo é que a Igreja apresentava resistência significativa em relação ao casamento civil por conta de esse ser visto como uma verdadeira ameaça aos preceitos religiosos, já que o Poder Civil não poderia se desvincular da Autoridade da Igreja, que só conferia validade ao sacramento (SANTIROCCHI, 2012, p.106). Nesse momento, o Ministro da Justiça, objetivando conferir direito civil ao casamento ao menos dos acatólicos, anunciou a concordância do governo com o projeto das comissões, e após passar pela Câmara e o Senado, a Lei nº 1.144 de 1861 conferia o registro civil dos casamentos, do nascimento e do óbito para aqueles que não professavam a religião oficial do Estado.

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das leis do Imperio serão extensivos:

1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fôra do Imperio segundo os ritos ou as leis a que os contrahentes estejam sujeitos.

2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fôrma que determinado fôr em Regulamento (BRASIL, 1861).

A Lei 1.144 representou um avanço considerável em termo de liberdade religiosa, entretanto, na prática, ainda era uma medida insuficiente pois os casamentos dos acatólicos e os casamentos mistos continuavam a depender de uma regulamentação complementar. Essa regulamentação veio com o Decreto nº 3.069 de 1863, que determinou que os escrivães e juízes de paz seriam os competentes para regular as provas e os registros do casamento civil e, posteriormente, com o Decreto nº 5.604 de 1874, que também determinou que os juízes de paz eram os competentes para os registros. No entanto, nenhum desses decretos contaram com execução prática durante o período imperial.

No ano de 1866, Nabuco de Araújo chegou a preparar um novo projeto que defendia que o casamento por parte de um católico e um acatólico podia ser celebrado por escritura pública, configurando um casamento misto civil, no entanto, esse projeto não chegou a ser apresentado. Nos anos seguintes, mais dois projetos de lei chegaram as comissões e jamais retornaram, esses buscavam, respectivamente, a realização do casamento misto por escritura pública e a realização por meio de ato civil de todos os casamentos. Posteriormente, foram ainda apresentados mais quatro projetos de lei sobre casamento civil, sendo um deles de autoria do Ministro do Império, Barão de Cacequi, em 1884.

A respeito do projeto do Ministro, o Mons. Rocco constatou que “o projeto é como todos os outros, mas este tem a particularidade de reconhecer o matrimônio puramente religioso dos católicos em todos os seus efeitos civis, sob certas formalidades” (AES, Br. Offício *apud* SANTIROCCHI, 2012, p.119). Diante das incansáveis tentativas do governo em instituir o casamento civil, em 1887 foi apresentado o último projeto de lei, de autoria de João da Mata Machado, esse projeto ostentava semelhanças com os que até então tinham sido apresentados e do mesmo modo, não foi aprovado.

Com os entraves entorno do Estado e da Igreja, a maior parte dos projetos de lei não foram aprovados, e o período do Brasil Império continuou sem a devida regulamentação do casamento civil. Portanto, o notório avanço que a Lei 1.144 de 1861 concedeu ao matrimônio dos imigrantes não católicos foi um passo importante para ampliação da liberdade religiosa no Brasil e para a instituição do casamento civil que foi feita em 1890, após a Proclamação da República.

CONCLUSÃO

O artigo demonstrou que, durante o século XIX, houve intenso debate sobre a atribuição de efeitos civis aos casamentos acatólicos e mistos, em razão do aumento de imigrantes protestantes que vieram para o Brasil, por causa da escassez de mão de obra e a necessidade de povoar o território brasileiro. A questão se inseria na discussão sobre o sentido atribuído à liberdade religiosa, prerrogativa que constava entre os direitos civis previstos na Constituição de 1824. Todavia, embora a Constituição reconhecesse as liberdades de culto e de crença, na prática, existiam diversas restrições ao exercício de direitos pelos não católicos. É neste contexto que se inseria a questão da validade do casamento não católico, porque só produziam efeitos jurídicos os casamentos celebrados segundo rito tridentino. Além disso, existiam ainda limitações ao registro de nascimento e óbito dos que não professavam o catolicismo.

Houve diversas tentativas de se atribuírem efeitos civis aos casamentos acatólicos e mistos, ao longo do oitocentos. Em alguns casos, chegou-se mesmo a discutir a possibilidade de ser instituído o casamento civil, como foi defendido no projeto do ministro da justiça Nabuco de Araújo, no Segundo Reinado. Outro marco legislativo importante foi a promulgação da Lei 1.144, de 1861, que trouxe o reconhecimento de efeitos civis aos casamentos realizados nos termos das religiões toleradas pelo Estado. Entretanto, dificuldades de ordem prática na criação de serventias e cartórios continuaram a mitigar as declarações de direitos que constavam na legislação. A ausência de um instrumento burocrático que conferisse eficácia fática às normas mantinha, na prática, as restrições aos direitos civis e políticos dos que não professavam a religião oficial do Estado.

Por todo exposto, foi percebido que a questão da validade dos casamentos acatólicos integrou a pauta do debate político, durante o Império brasileiro, sobretudo, devido à grande quantidade de imigrantes não católicos que aqui se estabeleceram neste período. Conclui-se que o movimento para atribuição de efeitos civis aos matrimônios não católicos ajudou a ampliar o sentido do preceito constitucional que reconhecia a liberdade religiosa, ainda que com muitas dificuldades

concretas para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

FONTES PRIMÁRIAS

BRASIL, Decreto nº 1.144, de 11 de Setembro de 1861. Brasília: Câmara dos Deputados, 1861.

BRASIL. *Atas do Conselho de Estado*. Segundo Conselho de Estado, 1823-1834. (Direção: José Honório Rodrigues). Brasília: Senado Federal, 1973.

BRASIL. *Diário da Assembleia Geral, Legislativa e Constituinte do Império do Brasil* (1823). Tomo III (edição fac-símile). Brasília: Senado Federal, 2003.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C., 1857.

BUENO, José Antonio Pimenta, *Considerações relativas ao beneplácito, e ao recurso a Coroa em matérias do culto*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1873.

NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Vol. 1. Rio de Janeiro: H-Garnier Livreiro Editor, 1861.

BIBLIOGRAFIA DE APOIO

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e Liberdade Religiosa na Constituição Política do “Império do Brasil”, de 1824. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>. Acesso em 29/03/2020

FEITOSA, Pedro Barbosa de Souza. “*Que venha o Teu Reino*”: estratégias missionárias para a inserção do protestantismo na sociedade monárquica (1851–1874). Dissertação (Mestrado em História).

Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

KOSELLECK, Reinhart. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, I. C.E. De la Universidad Autonoma de Barcelona, 1997.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. O matrimônio do império do Brasil: uma questão de Estado. *Revista Brasileira De história das religiões*, v. 4, n. 12, 11.

SANTOS, João Marcos Leitão dos. Ordem Jurídica, religião, direitos civis e a constituição do Império do Brasil. *Topoi*. Revista de História, Rio de Janeiro, v.19, n.37, p.6-32, jan./abr. 2018. Disponível em: www.revistatopoi.org. Acesso em: 9/03/2020

O FIM DA CENSURA PRÉVIA NO IMPÉRIO PORTUGUÊS E A LIBERDADE DE IMPRENSA NO BRASIL

Daniel Machado Gomes

Tiago da Silva Cicilio

Raphaela Abud Neves

INTRODUÇÃO

Ao final do período do Reino Unido, poucas matérias revelam tão bem a complexidade das ligações Brasil-Portugal quanto a vedação à censura. Em 1820, a Revolução do Porto levou à instauração das Cortes Portuguesas, dando origem a um emaranhado de normas criadas tanto em Portugal quanto no Brasil que buscavam proteger a liberdade de imprensa. Percebe-se que, entre 1821 e 1822, múltiplas normatidades vigoraram no Brasil a respeito da censura prévia, entrelaçando-se normas de alcance global no Império português com normas restritas à esfera local brasileira. O presente artigo tem o objetivo de apontar como se deram as interrelações destas duas esferas normativas (global-local) no Brasil, indicando as contradições e os efeitos que não eram inicialmente previstos pelos cálculos dos atores políticos ligados ao movimento vintista.

Para tanto, o texto que segue está dividido em três seções. A primeira trata do surgimento da imprensa no Brasil, bem como do vínculo entre o conteúdo das notícias e os interesses do poder, que era sustentado pelas normas que vigoravam no período. A segunda parte do artigo se ocupa da trajetória, durante a Revolução do Porto, até a abolição da censura prévia no Império Português. Por fim, a terceira e último seção cuida das normas brasileira sobre a liberdade de imprensa que surgem a partir do juramento das Bases da Constituição Política Portuguesa feito por D. Pedro, em 5 de junho de 1821. A metodologia

empregada será qualitativa, valendo-se de fontes primárias – documentos jurídicos e periódicos – e de fontes secundárias que analisam as normas sobre a liberdade de imprensa que se entrecruzam no Brasil entre 1821 e 1822.

1. IMPRENSA ÁULICA NO PERÍODO JOANINO: A GAZETA DO RIO DE JANEIRO

Conforme aponta Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 9), durante o período colonial, a Coroa não considerava conveniente a existência de prelos no Brasil, todavia a vinda da Corte portuguesa para cá em 1808 fez surgir uma nova realidade, transformando o Rio de Janeiro no epicentro das decisões do Império lusitano. O ineditismo do transplante de uma corte europeia para os trópicos operou uma total inversão de papéis e fez com que as ordens partissem da Colônia para a antiga Metrópole. O Rio de Janeiro viveu, portanto, um desenvolvimento exponencial impulsionado pela Corte e de todo aparato administrativo que veio a se somar à população da cidade, aumentando o número de escravos e o fluxo de estrangeiros.

Foi neste contexto que um Decreto Real de 13 de maio, de 1808 estipulou a primeira oficina tipográfica do Brasil com nome de Imprensa Régia e cujas funções envolviam: imprimir exclusivamente todos os papéis ministeriais e diplomáticos do real serviço, de todas as repartições, da Secretaria de Negócios Estrangeiros e da Guerra; imprimir obras de particulares e produzir e, sobretudo, fazer circular o primeiro jornal institucional do Brasil que receberia o nome de *Gazeta do Rio de Janeiro* (MEIRELLES, 2008, p. 65). Durante o período joanino, a *Gazeta* se tornou o meio de comunicação oficial da Coroa, consolidando a prática da imprensa no Brasil, a partir do formato padrão dos jornais estrangeiros.

O periódico instituído no Brasil por ordem da Coroa se assemelhava em todos os aspectos à *Gazeta de Lisboa*, que era a folha oficial em Portugal desde 1715. A *Gazeta* brasileira publicava notícias oriundas da Europa, via comunicação marítima, que normalmente tinham teor político e eram atinentes ao Império Português no período joanino, como, guerras napoleônicas, elevação do Brasil a Reino Unido, Revoluções no solo brasileiro. Nelson Werneck Sodré (1966, p. 52) explica

que, neste momento, não há liberdade de imprensa, já que esta não interessava inicialmente nem ao poder vigente nem à classe dominante colonial. Na visão do autor (1966, p. 52), o que existia no período joanino era uma imprensa áulica.

De fato, no início do século XIX, o trabalho do redator do periódico se entrelaçava aos interesses políticos da realeza portuguesa, pois, mantendo a tradição portuguesa, o periódico era monopólio da Coroa ou da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra, um privilégio exclusivo dos ministros do monarca. Por essa razão, D. João VI implementou o periódico brasileiro como propriedade desses oficiais no Brasil. A preocupação com o conteúdo do que era publicado fez com que fosse instituída a Junta Diretora, que se reunia duas vezes por semana, para deliberar sobre o conteúdo que seria publicado na *Gazeta do Rio de Janeiro*, censurando tudo que fosse contra a religião, o governo e os bons costumes.

Segundo Juliana Meirelles (2008, p. 70), a Junta era formada por homens de confiança de d. João VI, dentre eles se destaca José Bernardes de Castro, que foi diretor da Imprensa Régia no período joanino, deputado das mesas de inspeção do Rio e da Bahia e colaborador da revista literária fluminense *O’Patriota*, fundada em 1813. Meirelles (2008, p. 69) explica que, depois da ‘revisão’ realizada pela Junta, o redator tinha a função de ler, resumir, traduzir e inserir as notas, sendo que as escolhas editoriais tinham especial importância nas questões políticas do Império português.

A respeito da configuração da *Gazeta do Rio de Janeiro*, Juliana Meirelles (2008, p. 68) explica que o jornal estava dividido em duas seções: noticiosa e de anúncios, sendo o ‘Setor Noticioso’ destinado ao redator que selecionava artigos jornalísticos europeus, cartas de militares e políticos, informações burocráticas (balancete financeiro) e o cotidiano da realeza: “das graças do monarca para seus súditos civis e militares como, por exemplo, da distribuição de títulos de nobreza às diversas festividades do calendário real, como os aniversários do príncipe regente e as peças de teatro” (MEIRELLES, 2008, p. 68). Enquanto o ‘Setor de Anúncios’ focava na prestação de serviços, incluído nessa parte conteúdo relativo à cultura local: informações marítimas, saída de correio, venda de livros e periódicos, mapas, venda de escravos e

imóveis, leilões etc. Assim, para além de informar peculiaridades sobre os príncipes europeus, a Gazeta foi um importante meio de institucionalização da imprensa, entre outras razões, por causa dos anúncios particulares. A Gazeta fluminense foi se construindo como veículo de comunicação ao longo dos anos, “que, por mais que mantivesse vínculos estritos com o poder, apresentava seus objetivos que extrapolavam a simples veiculação de informes restritos aos interesses reais nos dois lados do Atlântico” (MEIRELLES, 2008, p. 72).

Comparada com a Gazeta de Lisboa que tinha um estilo meramente informativo, a Gazeta do Rio de Janeiro contradizia o modelo português pelo perfil opinativo que foi seu marco desde o lançamento. Entretanto, foi mantida a mesma oficialidade, pois o jornal pertencia ao alto escalão do governo. Ainda que as notícias fossem construídas como informações isentas e imparciais, informando sobre a vida do monarca, o falecimento de nobres cortesões portugueses, a chegada de militares, a Gazeta do Rio de Janeiro não publicava qualquer nota a respeito de manifestações opositivas à Coroa ou sinais de tensão social contra o poder, assim como a Gazeta portuguesa.

Uma curiosidade apontada por Juliana Meirelles (2008, p. 74) é o fato de que da primeira à última edição a identidade do redator permaneceu em sigilo, assim como era de praxe a ausência da assinatura do jornalista nos comentários editoriais. Mas sabe-se que a Gazeta do Rio de Janeiro teve três redatores: frei Tibúrcio José da Rocha (1808-1812); Manuel Ferreira de Araújo Guimarães (1812-1821); Francisco Vieira Goulart (8/1821-12/1821). Com o passar do tempo, a *Gazeta* foi-se alterando e se enraizando no cotidiano brasileiro – fato que indica o interesse editorial por questões internas. Assim, em março de 1817 foi criada a seção intitulada *Brazil*, que se destinava apenas a notícias nacionais que abrangiam dois principais assuntos: assuntos privados da monarquia e episódios políticos da Bahia e Pernambuco (MEIRELLES, 2008, p. 76).

Segundo Nelson Werneck Sodré (1966, p. 52), o modelo de imprensa áulica que, durante o período joanino, refletia a união entre os interesses do poder real e da elite brasileira começou a se esgotar, quando surgia a ameaça de regresso ao regime de monopólio (pacto colonial), risco que ficou evidenciado pelo retorno de D. João VI a Portugal. Com isso, estavam em perigo as conquistas do Brasil ao longo de cerca de uma década com presença de El Rey no Rio de Janeiro.

Mas, como se sabe, o perigo une. “Para unir é preciso mobilizar. Para mobilizar é preciso despertar a opinião. Para despertar a opinião, é preciso imprensa” (SODRÉ, 1966, p. 53). A Revolução do Porto trouxe, portanto, consequências favoráveis ao desenvolvimento da imprensa no Brasil, não tardando também a introduzir entre nós discussões em torno da censura prévia.

2. A REVOLUÇÃO DO PORTO E A ABOLIÇÃO DA CENSURA PRÉVIA

“Quando em uma nação aparece nova ordem de coisas política, efeito de comoção popular, é impossível determinar as combinações que resultarão de sucessos imprevistos” - anunciava, em outubro de 1820, o redator de o *Correio Braziliense*, mensário português publicado em Londres, que circulou entre 1808 e 1822. O excerto da notícia trata dos acontecimentos iniciados em agosto daquele ano em Portugal, que resultaram na Revolução Liberal do Porto, movimento que reuniu em torno de si as elites políticas que haviam permanecido em Portugal e as que haviam retornado após a derrota napoleônica. Movidos pelo sentimento de que Portugal tinha se tornado “colônia de uma colônia”, diferentes setores da nobreza e da burguesia “requisitavam o retorno da família real portuguesa ao lugar que seria o legítimo centro do Poder no Império ultramarino português, Lisboa”, conforme aponta Jônatas Gomes (2018, p. 26).

Propondo a regeneração do Reino de Portugal, o movimento de 1820 pretendia um novel pacto político, a partir do que Vantuil Pereira (2010, p. 61) definiu como “novos parâmetros concernentes ao período de desenvolvimento das ideias Ilustradas e constitucionalistas do início do Oitocentos”. Sob inspiração dos princípios de liberdade que sacudiam a Europa, nesta moderna ordem que se delineava, a soberania pertenceria à nação e o rei seria o primeiro dos cidadãos. Assim, dentre outras providências, foi instaurado um novo governo encarregado de dar encaminhamento à eleição das Cortes Constitucionais.

O movimento revolucionário gerou resistências de setores da sociedade, como militares que propunham manter os antigos administradores portugueses e membros do clero superior que defendiam os ideais da Santa Aliança. Por isso, não tardou para que os revolucio-

nários começassem a sentir pressão do corpo militar organizado pelos governadores. O quadro era agravado pela divulgação de artigos na *Gazeta de Lisboa* contrários aos movimentos, ressaltando que suas ações e falas eram insidiosas falsidades (MEIRELLES, 2008, p. 182). A *Gazeta de Lisboa*, imprensa oficial portuguesa, passou a divulgar os fatos relativos ao movimento revolucionário no Porto como horrendos crimes contra o poder, feito e aderido por poucos indivíduos e que esses buscavam e poderiam influenciar os chefes de tropas para tomar a cidade e constituir um governo com título de Governo Supremo do Reino (MEIRELLES, 2008, p. 180).

A *Gazeta* portuguesa procurava construir uma versão negacionista dos fatos contrários à Coroa e demonstrar a fidelidade dos governadores ao monarca, além de incitar a contenção da rebeldia e a não submissão a ideias subversivas. Entretanto, tudo mudou quando os governadores do Reino instituíram um governo interino, acatando a exigência dos rebeldes. Foi então que a *Gazeta de Lisboa* passou “a defender o desejo de ‘toda a nação’, em uma clara referência à liberdade que possuíram para dirigirem os destinos do Reino” (MEIRELLES, 2008, p. 182).

Na edição de 15 de setembro de 1820, dia em que se comemorava a Restauração de Portugal e o livramento do jugo francês, o redator encerrou com considerações inimagináveis até o momento, como explica Meirelles: “o gazeteiro escancarava todo o processo de censura que ele próprio considerava perverso, colocando em xeque a confiabilidade das notícias produzidas na *Gazeta de Lisboa* até então” (MEIRELLES, 2008, p. 183). A matéria sentenciava ao final que, com o fim da censura, a prática de imprensa mais livre possibilitaria o alcance das ‘luzes’. Uma semana depois, no dia 21 de setembro de 1820, ratificou-se portaria que rompia com a censura e facilitava a liberdade de imprensa, desde que fosse respeitada a religião, o rei e a dinastia, os bons costumes, entre outros (MEIRELLES, 2008, p. 183). Assim se delinavam as incipientes reflexões que culminaria nas acirradas discussões dos limites sobre a liberdade de imprensa em Portugal em 1822.

No Porto, por exemplo, a tônica da retórica do principal periódico, o *Correio do Porto*, era o novo futuro regenerador, o que significava muito para a tão almejada liberdade. Essa regeneração foi considerada por muitos da elite ilustrada e dos revolucionários de Portugal como um resgate ao constitucionalismo da monarquia lusitana. Um abandono

tista. Isso porque, como lembra Vantuil Pereira, a Revolução Vintista estava concebida “como recuperação e autorrepresentação das antigas Cortes de Lamego” (PEREIRA, 2010, p. 61), enfatizando o pacto celebrado entre o rei e o povo.

Em 19 de dezembro de 1820, a *Gazeta de Lisboa* noticiava que D. João VI anunciara anistia geral, autorizando as Cortes a darem cabo ao plano da constituição, o redator sustenta a lealdade dizendo que findo o procedimento, teriam os portugueses o rei ou um de seus filhos. A Revolução do Porto e sua repercussão ocasionou uma nova cultura política que, por sua vez, desaguou na reestruturação da imprensa pelo governo interino em Lisboa. A *Imprensa Régia* passou a ser chamada de *Imprensa Nacional*, sob a justificativa de ser a imprensa uma propriedade da nação, e *Gazeta de Lisboa* mudou para *Diário do Governo* (MEIRELLES, 2008, p. 188). Neste contexto inovador para a produção tipográfica periódica, a atividade jornalística deu um salto, passando a existir 17 jornais políticos em fevereiro de 1821 em Lisboa.

Em tal conjuntura, o direito de liberdade de imprensa passou a integrar a pauta de reivindicações da Revolução Vintista, tornando-se alvo de muita discussão entre os deputados que trabalhavam na composição de temas para a constituição de Portugal. A urgência em disciplinar a matéria fica evidente com o projeto de decreto sobre a liberdade de imprensa, cujo conteúdo era extraído em boa parte do regulamento espanhol, e que foi apresentado em 05 de fevereiro de 1820, pelo deputado Soares Franco, que tinha atuado como redator da *Gazeta de Lisboa* no período das guerras napoleônicas (TENGARRINHA *apud* MEIRELLES, 2008, p. 188).

Nesta mesma época surgiu a legislação emanada da Coroa portuguesa sobre a liberdade de imprensa, às vésperas de Dom João VI deixar o Brasil. No dia 2 de março de 1821, ainda no Rio de Janeiro, o rei decretou a abolição da censura prévia e regulou a liberdade de imprensa até que fosse elaborada uma nova regulamentação. O decreto não terminou efetivamente com a censura, mas alterou a maneira de exercê-la, sendo aplicada nas provas impressas, e não sobre os originais manuscritos. Assim, trocou-se o nome censura prévia que foi, oficialmente, declarada suspensa, todavia foram estabelecidas normas que equivaliam na prática à sua permanência. É neste contexto que ocorre

a aprovação em 9 de março de 1821 das *Bases da Futura Constituição Política*, documento cujo objetivo precípua era apresentar os princípios em que se assentaria a substituição das velhas leis fundamentais pelo novo pacto social, introduzindo imediatamente um regime liberal.

As *Bases* se iniciavam com uma declaração de direitos nos moldes das primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos de 1787, conhecida como *Bill of Rights*, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Assim, ficava estabelecido no artigo 8º que “Todo o cidadão pode, conseqüentemente, sem dependência de censura prévia, manifestar suas opiniões em qualquer matéria, conquanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade, nos casos e na forma que a lei determinar”. O artigo 9º determinava a nomeação pelas Cortes de um Tribunal Especial para proteger a liberdade da imprensa e coibir os delitos resultantes do seu abuso. O artigo 10 preconizava que nos casos de abuso da liberdade de imprensa em matérias religiosas ficava “salva aos Bispos a censura dos escritos publicados, sobre Dogma, e Moral” e que o Governo auxiliaria os mesmos Bispos para serem castigados os culpados.

Passados alguns meses da aprovação das *Bases*, foi decretada em 4 de julho de 1821 a Lei da Liberdade de Imprensa pelas Cortes Constituintes, em Portugal. O documento apresentava certa ambivalência, por reafirmar punições aos atos atentatórios aos interesses da Igreja Católica e do Estado no exercício de liberdade expressão, ao mesmo tempo em que permitia o surgimento de uma nova estrutura política e social sustentada na garantia de direitos individuais como limitação do poder do Estado. Em que pese o fato de a legislação da época estabelecer limites temáticos e a punição dos abusos, a Lei da Liberdade de Imprensa é um marco importante na garantia do direito fundamental de liberdade de expressão e do fim da censura prévia em Portugal e no Brasil. Este acontecimento contribuiu decisivamente para a proliferação de periódicos neste período e permitiu a ampliação do debate e a veiculação de ideias que contribuíram para processo de independência do Brasil.

3. ECOS DO VINTISMO NO RIO DE JANEIRO

Após o regresso de D. João a Portugal, a estrutura administrativa do Reino Unido assegurava certa autonomia ao Brasil cujo governo era exercido pelo príncipe regente D. Pedro, que tinha competência para regular no âmbito local as normas gerais do Império luso. Os documentos jurídicos votados pelas Cortes portuguesas revelam nas entrelinhas princípios liberais que reverberaram no Brasil, produzindo um efeito contrário às pretensões da metrópole. A ambiguidade deste quadro político gerou efeitos colaterais que fugiram ao cálculo inicial dos portugueses, pois a proibição da censura prévia pelas Cortes levou D. Pedro a regulamentar a liberdade de imprensa no Brasil, medida que abriu caminho para o surgimento de uma multiplicidade de periódicos responsáveis por mobilizar a opinião pública em favor do processo da emancipação política brasileira, culminando com a independência do Brasil.

Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 11) defende que o decreto assinado por João VI em 02 de março de 1821 deu o primeiro passo na criação de uma nova ordem de coisas, ao abolir a censura prévia. O autor lembra, porém, que o documento submetia a liberdade de imprensa a regulamentação futura, o que fez com que na prática permanecessem normas que equivaliam a manutenção da censura. Segundo Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 11): “O impressor era obrigado a mandar à autoridade competente dois exemplares das provas que se tirassem de cada folha na imprensa, sem suspensão dos ulteriores trabalhos”. Os censores verificam se o conteúdo atentava “contra a religião, a moral e os bons costumes, contra a constituição e pessoa do soberano ou contra pública tranquilidade”. Em caso de violação destes preceitos, suspendia-se a impressão até que uma comissão de árbitros analisasse a prevenção dos censores (BARBOSA LIMA SOBRINHO, 1973, p. 11).

A situação no Brasil só começa efetivamente a mudar em 5 de junho de 1821, com o juramento das *Bases da Constituição Política Portuguesa* feito por D. Pedro, no Rio de Janeiro. Aprovadas em Portugal em 9 de março de 1821, as *Bases* compunham-se de um documento que assentava os princípios liberais do novo pacto social. A reboque do juramento do príncipe regente, surgiram as primeiras normas locais sobre a liberdade de imprensa no Brasil. Em 28 de agosto de 1821, no Rio de Janeiro, uma decisão do Ministério do Reino considerava

injusta a manutenção da censura prévia no território brasileiro após sua abolição em Portugal e mandava que não se oferecesse empecilho à publicação de obras, obedecendo as Cortes (NUNES, 2010, p. 38).

Na mesma data (de 28 de agosto de 1821), D. Pedro fez publicar um Aviso em que reafirmava a liberdade de imprensa, direito que já fora jurado anteriormente junto com as *Bases da Constituição* aprovadas pelas Cortes Portuguesas. Na interpretação de Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 11), o Aviso publicado por D. Pedro reconhecia, indiretamente, que na prática existia burla à vedação da censura. O autor comenta que, em razão deste Aviso, criaram-se exigências burocráticas para dificultar a liberdade de imprensa: “a Junta Diretora da Imprensa Régia recomendava... que não fizesse imprimir manuscrito algum que não viesse assinado pelo autor ou editor, sendo o nome reconhecido pelo tabelião público, declarando este ter visto fazer a dita assinatura” (BARBOSA LIMA SOBRINHO, 1973, p. 12).

Apesar da manobra criada pela Junta Diretora da Imprensa Régia, observa-se uma correspondência entre a edição do Aviso de 28 de agosto de 1821 e o surgimento da folha periódica *Revérbero Constitucional Fluminense*, em 15 de setembro do mesmo ano, conforme notou Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 12). O *Revérbero* foi um importante jornal que cooperou vivamente com o processo emancipatório brasileiro, tendo como redatores Januário Cunha Barbosa e Joaquim Gonçalves Ledo, representantes das camadas liberais médias e urbanas, que se autointitulavam “dois brasileiros amigos da nação e da pátria”.

Dentre os diferentes veículos de imprensa que surgiram no ano de 1821, o *Revérbero Constitucional* se destacou como formador da opinião pública em relação aos acontecimentos que levaram ao rompimento político com Portugal. Nelson Werneck Sodré (1966, p. 62) descreve o jornal como “o órgão doutrinário da independência brasileira” e explica que o periódico durou treze meses, de 15 de setembro de 1821 a 08 de outubro de 1822. Já nos primeiros números o *Revérbero Constitucional* começaria almejando “um governo liberal e permanente” e agradecia à revolução portuense pela liberdade, mas advertia vaticinando que:

obtivemos de vós tudo quanto desejávamos e em vós tudo confiamos, porque uma parte da nação não há de querer escravizar a outra...

se a metade da família quiser tudo para si...a desunião e a guerra entrarão entre elas, e a separação e inimizade serão inevitáveis (REVÉRBERO apud SODRÉ, 1966, p. 62).

No período que se seguiu, o *Revérbero* combateu medidas emanadas de Lisboa, como, por exemplo, a ordem do regresso de D. Pedro, e aplaudiu eventos que se desenrolaram no Brasil, como o Fico (SODRÉ, 1966, p. 62). Seguindo a mesma linha editorial do *Revérbero Constitucional*, surgiu em dezembro de 1821, *A Malagueta*, de Luiz Augusto May, outro periódico que também pertencia à imprensa doutrinária e que agitou o primeiro reinado. Vale lembrar que, por dificuldades de ordem técnica, *A Magueta* acabou sendo o primeiro jornal a se ocupar do Fico, que teve lugar em 09 de janeiro de 1822, pois o *Reverbero* noticiou o acontecimento apenas na edição do dia 22 daquele mês. Rizzini explica que o atraso se deve ao fato de que a tipografia consumia oito dias para compor e imprimir as doze páginas do periódico (RIZZINI apud SODRÉ, 1966, p. 63).

Em razão da vigência de normas que apoiavam a liberdade de imprensa no Brasil, proliferaram tipografias, folhetos e periódicos, a maioria anônimos - fato que levou D. Pedro a proibir o anonimato das obras em 15 de janeiro de 1822. Quatro dias após, houve um retrocesso da decisão, para evitar que a portaria fosse interpretada como violação à liberdade de imprensa. A questão do anonimato renderia muitas discussões entre os que defendiam uma concepção mais abrangente da liberdade de expressão e os que defendiam a regulação do seu exercício. A questão foi solucionada com a publicação, em 18 de junho de 1822, de um novo decreto que previa a responsabilização pelos abusos da imprensa e que valeu até o ano de 1823, quando passou a vigorar o projeto de lei sobre a liberdade de imprensa da Assembleia Constituinte brasileira.

A respeito do decreto de 18 de junho, Barbosa Lima Sobrinho (1973, p. 14) afirma que, quanto à responsabilidade penal, o seu conteúdo era essencialmente reafirmar a proibição do anonimato. Tassia Nunes (2010, p. 43), entretanto, enfatiza o caráter processual deste decreto, que regulamentava o procedimento a ser seguido para a investigação de delitos por abuso da liberdade de imprensa. A autora menciona que o decreto foi responsável pela introdução do Tribunal do Júri

no Brasil, pois previa que o julgamento dos crimes de imprensa por um corpo de jurados, a exemplo do modelo francês.

A fórmula jurídica do decreto de 18 de junho corresponde à percepção das elites daquele período que professavam um ideal de liberdade sem anarquia. Por esta razão, Kátia Carvalho explica que D. Pedro afirmava a “liberdade de imprensa como um dos mais firmes sustentáculos dos governos constitucionais, mas que era necessário “justas barreiras” a essa liberdade”. A autora informa que:

baseada na lei portuguesa, a legislação brasileira diferia dela quanto ao julgamento, pois enquanto a lei portuguesa garantia um tribunal especial para questões de imprensa, a carta de lei brasileira estabelecia o julgamento pelo júri, cabendo aos tribunais ordinários dos distritos conhecerem as apelações. Esta lei adotou o sistema de responsabilidade sucessiva do autor, tradutor, impressor e estabelecia os abusos puníveis (CARVALHO, p. 1).

É possível perceber no decreto de 18 de junho de 1822 a orientação política que, mais tarde, acabaria definindo o modelo do constitucionalismo nacional no século XIX: a conjugação entre as conquistas jurídicas do liberalismo e a manutenção de traços do Antigo Regime. Segundo esta concepção, os direitos civis e políticos eram garantidos pelo poder, sem que isso implicasse em um estado de coisas anárquico. Vale lembrar que, na mesma época, este ideário político também vigia em França, onde estava em curso a Restauração promovida por Luís XVIII.

Conectado com o espírito de seu tempo, D. Pedro proíbe a censura prévia, mas não deixa de reprimir os abusos no exercício da liberdade de expressão, o que favoreceu o desenvolvimento da imprensa, permitindo a mobilização da opinião pública em torno dos projetos políticos do Príncipe Regente, sendo o principal deles a independência do Brasil.

CONCLUSÃO

O texto discutiu as interrelações entre as esferas normativas global-local no Brasil, indicando as contradições e os efeitos que não eram

inicialmente previstos pelos cálculos dos atores políticos ligados ao movimento vintista. O trabalho foi apresentado em três seções, na primeira tratou-se dos primórdios da imprensa no Brasil, na segunda parte foi indicado o percurso da abolição da censura prévia no Império Português. Ao final, a terceira seção do artigo expôs a criação das primeiras normas brasileira sobre a liberdade de imprensa.

Como resultado foi percebido que a liberdade de imprensa no Brasil veio a reboque da Revolução Vintista, movimento que propunha a regeneração de Portugal sob o paradoxo modernizar o reino pelo liberalismo político e, ao mesmo tempo, retornar ao pacto colonial. Conclui-se que o reconhecimento dos direitos civis e políticos pelas Cortes portuguesas reverberaram no Brasil de modo inverso ao que era esperado pela metrópole, pois a proibição da censura prévia em Portugal levou à regulamentação da liberdade de imprensa no Brasil, mobilizando a opinião pública em favor do processo da emancipação política que culminou com a independência do Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA LIMA SOBRINHO, Alexandre José. A Ação da Imprensa em Torno da Constituinte. In: SENADO FEDERAL. *A Constituinte de 1823*. Brasília: Senado Federal, 1973.
- CARVALHO, Kátia de. Imprensa e informação no Brasil, século XIX. *Ciência da Informação*, V. 25, número 3, p. 1-6, 1996.
- GOMES, Jônatas Roque Mendes Gomes. A revolução liberal do Porto e as concepções de pacto social no parlamento brasileiro (1826-1831). *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: vol. 10, no1, p. 24-42, janeiro-abril, 2018.
- MEIRELLES, Juliana Gersuelli. *Imprensa e Poder na Corte Joanina: A Gazeta do Rio de Janeiro (1808-1821)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2008.
- NUNES, Tássia Toffoli. *Liberdade de Imprensa no Império Brasileiro: Os Debates Parlamentares (1820-1840)*. Dissertação de Mes-

trado. USP. 2010.

PEREIRA, Vantuil. *Ao Soberano Congresso: Direitos do Cidadão na Formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1831)*. São Paula: Alameda, 2010.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

RESUMOS

VIRTUALIZAÇÃO DOS DISCURSOS POLÍTICOS: DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

Carolline Leal Ribas

O presente trabalho⁷³ tem como intuito estabelecer um cotejamento entre a questão da esfera pública e a ascensão das redes sociais na tentativa de se atribuir legitimidade à participação política mobilizada por novos atores sociais. Na sociedade moderna e multicultural, o surgimento de novas subjetividades sociais (grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) mostra-se inevitável, e, junto com esses novos atores, também nascem novos direitos inspirando a produção de novas normas sociais. (WOLKMER, 2007, p. 102).

Para construir este raciocínio, inicialmente, pretende-se proceder uma breve análise da emergência de plataformas online, como Facebook, Instagram e Twitter, que possibilitaram o intercâmbio de pensamentos e valores, inclusive no campo da política, com fulcro no cenário das manifestações de 2013 no Brasil. Como é próprio da pesquisa acadêmica, optou-se por uma metodologia essencialmente bibliográfica e documental, por meio do estudo de obras especializadas (físicas e eletrônicas). No contexto de realidade tecnológica, a chamada “alfabetização digital” será certamente cada vez mais indispensável

73 O presente trabalho foi realizado com o apoio do Programa Institucional de Extensão da ESTÁCIO BH observando as disposições contidas nas Leis: 9.610/98 (Direitos Autorais), 9.279/96 (Marcas e Patentes) e 9.609/98 (Programas de Computadores)

para questões de articulação política, de presença social, de proposição cultural, de inovação estética, de ordenação jurídica, de criação identitária no futuro imediato. Montreal (2007, p. 09) já previa que “neste futuro ciberdigital, neste espaço híbrido, as comunidades virtuais terão importância fundamental na questão política, social, cultural, étnica e mesmo jurídica”.

Percebe-se que o avanço tecnológico dos meios midiáticos admite que a sociedade tenha conhecimento amplo dos acontecimentos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, e assim possa desenvolver sua consciência ética cidadã. Com efeito, os meios de comunicação permitem que a população saiba de decisões que estão sendo tomadas que podem repercutir na esfera pública, contribuindo para a formação de uma consciência e de uma identidade social.

Neste contexto de realidade tecnológica a chamada “alfabetização digital” será certamente cada vez mais indispensável para questões de articulação política, de presença social, de proposição cultural, de inovação estética, de ordenação jurídica, de criação identitária no futuro imediato (MATUCK, 2008, p. 03). Cabe, portanto, à dogmática jurídica, calcar agora o ambiente virtual em sua tona de debate, não apenas considerando os reflexos do mundo virtual no real, há que se considerar por óbvio os aspectos reais no virtual, visto a sociedade cada vez estar se virtualizando.

As manifestações de 2013 representaram, como há muito tempo não se via na história brasileira, a ascensão da participação popular. E no contexto de midialização a internet passou a ser vista como fonte legítima de proliferação de discursos, por meio da criação de grupos e páginas públicas no Facebook e propagação de inúmeras Hastags no Instagram e Twitter.

Para melhor compreensão do objeto da avença, recorreu-se à doutrina de Habermas (1974; 2003-a/b), a qual estuda a sociedade a partir da concepção de espaço público para se questionar o monopólio estatal das decisões políticas e sociais. O pensamento habermasiano propõe que esferas públicas sejam vistas como espaços comunicativos onde informação e ideias circulam; ou seja, um espaço onde pessoas privadas se reúnem para discutir o comum bom e formular a opinião pública. O autor, conhecido a partir de seu livro *Mudança estrutural da esfera pú-*

blica, publicado originariamente em 1962, criou o conceito de esfera pública e classificou a formação da opinião pública e da legitimação do Estado nas sociedades ocidentais.

Habermas parte da ideia que o poder estatal é um poder público legitimado pelo povo por meio das eleições formais. E, por esse motivo, a opinião pública deve controlar as ações governamentais, permitindo uma gestão democrática das atividades de interesse coletivo. Para se permitir que tais discussões ocorram, pressupõe-se a formação de um espaço público capaz de permitir a acessibilidade das ações legais.

Por meio dessa premissa, o autor conceitua espaço social como uma esfera de pessoas particulares que se reúnem para formar um corpo público, capaz de produzir debates por meio de argumentos racionais, no intuito de exercer um controle efetivamente subordinado à demanda democrática (HABERMAS, 1974, p. 01). Veja-se que esta definição permite que a esfera pública seja vista como um espaço para que as pessoas se articulem e discutam seus pensamentos sobre as questões sócio-políticas.

No contexto do século XXI, em que se prepondera os recursos digitais, a fim de se discutir a possibilidade de reconfiguração da tradicional compreensão da esfera pública no contexto de desenvolvimento mídia eletrônica, Habermas (2003-b, p. 59) passa a defender que os indivíduos encontram-se ligados por meio de uma “comunidade virtual”, fundamentada em diálogos e debates que poderiam, de fato, levar à formação de “opinião pública”.

Em decorrência disso, a internet possibilita um alargamento ilimitado do espaço público, já que qualquer indivíduo pode emitir suas opiniões) e a livre discussão de temas, tratando-se de espaços de debate público e construção social da realidade, mesmo que virtualmente (ALMEIDA, 2011, p. 13). Ora, a rede de computadores melhorou a comunicação e fomentou a racionalidade crítica, pode ser compreendida como uma esfera pública que fomenta uma sociedade democrática (HABERMAS, 2003-b, p. 57-58).

Trata-se, então, de uma proposta de incremento da politicidade das sociedades modernas, com o intuito de democratizar o discurso e manter uma arena permanente de discussão das questões públicas. Pode-se dizer, então, que Jürgen Habermas vinculou o conceito

de democracia aos de participação, procedimento e discurso; bem como estabeleceu que o caráter democrático (e a legitimidade) de uma norma dependiam essencialmente do procedimento adotado, de maneira que estariam presentes se houvesse participação dos destinatários da decisão, sendo-lhes franqueada a possibilidade de se valer do discurso racional.

A esfera pública do século XXI congratulou-se com as instituições sociais que, até então, eram desconsideradas em decorrência de seu caráter apolítico e não deliberativo. Isso porque o surgimento da Internet proporcionou às pessoas a chance de se envolverem, novamente, no debate racional-crítico, fomentando discursos políticos, econômicos e sociais.

As manifestações populares ocorridas em junho de 2013 representaram uma participação tão ampla da população que único precedente vivido no contexto pós democracia fora o que ocorrera em 1990, em favor da campanha “Diretas Já”. Por meio da internet, foi possível a organização de eventos populares, bem como a divulgação de tentativas de controle público pelas repressões policiais, possibilitando uma ruptura com a ideia de bloqueio midiático, uma vez que a população ganhou um papel ativo na organização de movimentos de caráter político e social. Para encontrar informações sobre os eventos organizados por diversas instituições sociais, os internautas poderiam procurar em diferentes veículos de comunicação, como Facebook, Twitter e Instagram, HashTags como “Vemprarua” e #ogiganteacordou.

Com isso, descobre-se que a iniciativa desenvolvida pelos canais midiáticos de comunicação desempenhou papel inovador na promoção de manifestações sociais, uma vez que foi por meio deles que se possibilitou agendar data, horário e local de encontro para que as pessoas fossem às ruas se manifestarem.

A adesão de instituições sociais bem como a ampla divulgação e convocação pública para protestos, levaram muitas pessoas às ruas, unindo-se para se manifestarem, inicialmente, contra o aumento das tarifas. A utilização das *HashTags* funcionou como alicerce e instrumento para as manifestações.

Sob essa perspectiva, verifica-se ser possível atribuir legitimidade à participação política impulsionada pelas redes sociais. Apesar de não se

constituírem como meios institucionais de representação democrática, nota-se que a interação política e social potencializada pela internet engloba o próprio aperfeiçoamento da instituição democrática, uma vez que fomenta a participação da população das decisões governamentais que possam afetar a vida pública.

Este trabalho, longe de esgotar os limites teóricos desta temática, apresenta-se como uma contribuição acadêmica no sentido de repensar a atual democracia representativa, propondo-se um processo de legitimação em que instituições sociais, movidas por meio de redes de internet, possam contribuir para a participação política. Ressalta-se que não se pretende superar a teoria da democracia semidireta ou indireta, mas sim proporcionar um diálogo entre modelos complementares que possam servir de base para a construção de uma sociedade participativa e igualitária.

Referências bibliográficas.

ALMEIDA, Gabriela Maria Farias Falcão de. As mudanças do espaço público e suas relações com os media. XVI Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste realizado de 12 a 14 de maio de 2011. Intercom. Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sudeste2011/resumos/R24-0934-1.pdf> Acesso em: 11 fev. 2020.

HABERMAS, Jürgen. The Public Sphere: An Encyclopedia Article. *New German Critique*, No. 3, 1974.

_____. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-a

_____. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-b

MATUCK, Arthur, Uma prospectiva política para um multiverso digivirtual: direitos humanos às tecno-linguagens. In.: SANTAEILLA, Lucia; ARANTES, Priscila. *Estéticas Tecnológicas: novos modos de sentir*. São Paulo: Educ, 2008.

- MONTREAL, Artur Matuck. Uma perspectiva política para um multiverso digivirtual: direitos humanos às tecno-linguagens. Universidade de São Paulo. Direitos Tecnolinguagens. 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/108631/mod_resource/content/2/Direitos%20tecnolinguagens.pdf Acesso em: 11 fev. 2020.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. Sequência, Florianópolis, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.

A AÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE LÓGICA SISTÊMICA. UM ESTUDO SOBRE O PROPÓSITO FUNDANTE DO DIREITO

Felipe Cesar José Matos Rebêlo

Desenvolve-se o presente estudo com o objetivo de abordar o preenchimento que pode assumir no mundo factual de um instituto típico do direito processual civil, qual seja, a ação rescisória, mormente no que estipula o art. 966, inciso V do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade dessa ação quando a decisão de mérito, transitada em julgado, violar manifestamente norma jurídica.

Para esse estudo, recorre-se ao trabalho de Alysson Leandro Mascaro como marco teórico para o desenvolvimento da pesquisa. Sob essa perspectiva, o conceito de norma jurídica precisa ser entendido, requisito importante para o aferimento da ação rescisória no ordenamento jurídico brasileiro.

A norma jurídica pode ser entendida como um desdobramento da ação estatal, tendo por fito colmatar a sociabilidade capitalista. Em outros termos, diz-se que a norma jurídica pode ser entendida como uma expressão da forma jurídica, que encontra seu direcionamento e tutela pela forma política, ou seja, o Estado.

A forma jurídica perfaz sua instrumentalidade na subjetividade jurídica, expressa pela aptidão dos sujeitos de direitos de firmarem contratos, negócios jurídicos de uma forma geral, bem como venderem

sua força de trabalho ao outro contratante, detentor do capital e dos lucros, bem como da acepção do conceito de mais-valia. A função do Estado nada mais é do que garantir o caráter exponencial das normas jurídicas, de forma a fazer valer os interesses do capital. A forma mercadoria, nesse diapasão, se revela o feixe fundante de todos os demais conceitos destacados.

A norma jurídica, portanto, pode ser conceituada como o instrumental apto a conformar as formas sociais já presentes estruturalmente em dada sociedade. Desse modo, a mesma assume uma relação de interligação íntima com as formas sociais:

(...) a relação entre normas jurídicas e formas sociais é dúplici-ce. Há uma constrição das formas sociais nas normas jurídicas. Mas também é preciso compreender as razões pelas quais as formas sociais do capitalismo necessitam justamente de normas jurídicas para seu perfazimento. Por que a forma sujeito de direito tem que ser manejada normativamente pelo Estado? A razão disso é a separação inexorável entre o poder político e o poder econômico nas sociedades capitalistas. A forma normativa é o meio sistemático pelo qual a forma política estatal toma em seus braços a criação, a manutenção, a alteração e a dinâmica do próprio direito. As formas sociais capitalistas redundam em formas jurídicas e essas se delineiam e se consubstanciam sempre junto com as formas políticas, que são normativas estatais (MASCARO, 2019, p. 65).

Conhecido o conteúdo da norma jurídica, dentro do marco teórico postulado, pode se entender o papel que a ação rescisória assume no ordenamento jurídico, mormente no direito processual. Consagrado um direito essencialmente voltado ao desenvolvimento do capitalismo e da forma mercadoria, tal qual preconizado pela própria Constituição de 1988, ao se apostar um mecanismo de proteção a norma jurídica, claramente busca-se a manutenção da reprodução da forma capitalista quando uma decisão “a quo” encontrar-se em discordância aos interesses do capital. Não se fala, no presente momento, de uma concepção que busca a equidade, e a modelação da justiça ao caso concreto. Caso esse fosse o alvo fundamental do ordenamento jurídico, não persisti-

riam tantas amarras normativas ao processo decisional dos magistrados, vinculados a enunciados e súmulas que encontram espectro de abrangência na preservação do capital como forma de sociabilidade imposta na sociedade brasileira.

A medida processual revisional, sob esse enfoque, pode ser enxergada como uma medida de salvaguarda da própria sociabilidade capitalista, que encontra na norma jurídica um instrumental prático, e na forma política o seu garantidor elementar. O Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, incorpora a lógica do antigo Código de 1973, buscando-se o caráter individual ao social no processo, moldura aferível no caso concreto de forma mais acentuada desde os idos iniciais dos anos 1990:

(...) enquanto o processo civil da década de 1980 identificava a participação popular, os direitos meta-individuais e o acesso da sociedade à administração da justiça, o diagnóstico corrente na década de 1990 inverte os problemas a serem enfrentados e passa a analisar o processo a partir de seu custo ao Estado, a partir da demora dos feitos, numa lógica contábil-temporal. O esvaziamento do problema da qualidade do processo se dá pelo problema quantitativo do processo. Em vez do caráter individual ou social do processo, sua demora ou seu custo (MASCARRO, 2008, p. 200-201).

Os interesses do capitalismo internacional há muito tempo nor-teiam as formas capitalistas nacionais, preocupando-se com a estruturação da norma jurídica de forma a se encontrar um estado de simbiose com os eventos externos. Assim sendo, a segurança jurídica expressa por decisões que não saíam do esperado pela forma mercadoria revelam-se o ideal do sistema, preconizando-se a revisão por violação clara a norma jurídica nada mais que um elemento de precaução enfatizada para que a norma jurídica seja cumprida no seio de sua principal função, qual seja, garantir que a subjetividade jurídica permaneça colada ao capital, garantindo o seu processo de acumulação, e a mais-valia resultante.

O Estado apenas cumpre seu papel na moldura retratada, garantindo a observância de norma jurídica que tutele aquela lógica, não

havendo a preocupação com a justiça social quando da estruturação do instituto jurídico em estudo:

Historicamente, se Estado e Direito surgem como derivas necessárias e específicas do mesmo fenômeno do circuito pleno da forma mercantil, serão as revoluções liberais burguesas que constituirão o Estado e o direito como formas acopladas tecnicamente uma à outra. O Estado conforma o direito num processo de específica aparição estrutural: a forma jurídica já se institui como dado social presente e bruto quando o Estado lhe dá trato. Os agentes da produção já se apresentam na estrutura social capitalista como sujeitos de direito, operando relações sociais concretas, quando os Estados os definem formalmente como tais e lhes dão seus contornos peculiares, como as atribuições da capacidade. São as normas estatais que conformam o sujeito de direito a poder realizar vínculos contratuais livremente a partir de uma idade mínima estabelecida, mas esse sujeito já se impunha na estrutura social por derivação da forma-mercadoria (MASCARO, 2014, p. 41).

Portanto, a ideia de justiça social não se assimila ao instituto jurídico posto em tela, tendo-se por base o marco teórico inicialmente demarcado no presente trabalho. A justiça social refere-se a ideia de equidade social, não subordinação do interesse social a interesses individuais, bem como a possibilidade de decidir-se de acordo com o caso concreto sem prender-se o deslinde do caso prático ao atendimento de uma lógica privatista e voltada a previsibilidade e aplicação sedimentada das normas jurídicas. O marco teórico aqui elucidado merece menção nesse ponto:

Justiça, no capitalismo, passa a ser sinônimo apenas de justa aplicação das normas jurídicas estatais. Isso porque a forma normativa estatal é a expressão muito clara e direta das próprias estruturas de reprodução do capital. O capitalismo fragmenta o todo em indivíduos, divide a sociedade em classes, explora o trabalho, garante o acúmulo de capitais nas mãos de alguns, e

as normas jurídicas, que estruturam política e juridicamente a tudo isso, também legitimam todas essas situações. A exploração de classes, filtrada pelo direito, passa a ser considerada justa. Como o controle social, a dominação política e a exploração econômica de classes estão no direito, que é uma das engrenagens que os garantem, tudo isso é considerado justo, porque tudo isso é jurídico (MASCARO, 2019, p. 184).

Por conseguinte, é possível se dizer que o estudo caminha pelo entendimento de que a ação rescisória, tal qual estruturada no Código de Processo Civil, destaca-se como um elemento de lógica sistêmica, garantidor dos desdobramentos da sociabilidade capitalista, em que a própria definição de direito encontra seu apogeu, e expresso como um conjunto de normas apto a fornecer guarida a forma mercadoria, cabendo ao Estado executar essas normas e zelar para que os interesses do capital se perfeçam da forma desejada, e não condizente com a preservação da sociedade como um todo.

A abertura das instituições, mormente da ciência processual no que toca o presente trabalho, ao enfrentamento das necessidades sociais que conjugam uma lógica dicotômica e discriminatória, expressão de uma realidade de desigualdade estabelecida como resultado de um modelo de exploração, se perfaz um imperativo.

Bibliografia:

- BASTIT, Michel. **Naissance de la loi moderne**. Paris: Léviathan PUF, 1990.
- CALDEIRA, Adriano Cezar Braz. **Jurisdição e Garantias Fundamentais do Processo**. 1^o ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- FONTAINHA, Fernando de Castro. Por um conceito de Direito em Marx. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (coords.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- HELLER, Agnes. **O Cotidiano e a História**. 11^o ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2016.

HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política**. 1º ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6º ed. São Paulo: Atlas/Grupo Gen, 2019.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

UMA ANÁLISE DAS ABORDAGENS POLICIAIS DO SÉCULO XXI À LUZ DA TEORIA DO CRIMINOSO NATO

Milena Schmidt Mayer

INTRODUÇÃO

A Criminologia Positivista, divergindo da Criminologia Clássica, aponta a criminalidade como um fator patológico, defendendo a ordem social em detrimento dos direitos individuais (NOLLI, 2010).

Um dos pioneiros da Criminologia Positivista, o médico italiano Cesare Lombroso, em sua obra “L’Uomo Delinquente” (1876), a partir de uma análise de características morfológicas encontradas em, sobretudo, mestiços e multirraciais, trouxe à tona a “Teoria do Criminoso Nato”.

Aludida teoria, conforme leciona Andrade (1995), buscou “individualizar nos criminosos e doentes anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, ao seu ver, o tipo antropológico delinquente”.

Após 144 (cento e quarenta e quatro) anos, embora arcaico, a pensamento Lombrosiano ainda é internalizado institucionalmente, sobretudo no seio policial, em especial nas abordagens imediatas.

Destarte, o presente estudo busca estabelecer um paralelo entre o pregado por Lombroso anos atrás, e o padrão estigmatizado como criminoso durante a ação policial, cabendo indagar: a polícia atua de forma seletiva utilizando o perfil Lombrosiano como coeficiente de suspeição?

METODOLOGIA

Considerando natureza do objeto, o método utilizado foi a pesquisa exploratória, assim conceituada por Gil (2008):

As pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e idéias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. De todos os tipos de pesquisa, estas são as que apresentam menor rigidez no planejamento. Habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso.

Desta forma, é possível estabelecer um contato inicial com o objeto de pesquisa, utilizando-se da coleta de dados e informações, sobretudo as obtidas através de análises bibliográficas e documentais junto a doutrinas majoritariamente aceitas e artigos acadêmicos, que serão posteriormente apreciados e inferidos, possibilitando o desenlace do certame imposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lombroso define a criminalidade como “um fenômeno físico e hereditário” (LOMBROSO, 1876), buscando amparo nas distinções morfológicas, de modo a positivar, sobretudo, a superioridade branca, dando continuidade ao seu domínio sobre a mestiçagem (ALMIN-TAS, 2017).

Hodiernamente, ainda que acompanhado de fatores psicossociais, o perfil criminoso definido por Lombroso ainda é guia para a atuação policial, tendenciando as abordagens iniciais a características específicas.

Aludido tendenciamento é notório à população, conforme demonstra pesquisa comentada por Ramos e Musumeci (2004), junto à população carioca, onde cerca de 60% (sessenta por cento) acreditam que as abordagens policiais são influenciadas pela aparência física do sujeito.

De fato, a aparência é fator de seleção entre os agentes policiais, conforme aponta questionário aplicado por Barros (2006), a alunos do

Curso de Formação de Oficiais (CFO) e do Curso de Formação de Soldados (CFSD) de Pernambuco:

Quanto às variáveis gênero e idade, já verificou-se que o suspeito é geralmente homem e jovem. O trejeito de andar é uma característica considerada pelos alunos, mas que aparentemente não assume muita importância para os profissionais. A tatuagem assume uma importância significativa para os profissionais e relativa, entre os alunos, isso em virtude de que, no imaginário policial, existe uma relação entre tatuagens e drogas.

Quanto à cor de pele como fator de suspeição, os resultados obtidos são ainda mais alarmantes, dentre agentes policiais, cerca de 45% (quarenta e cinco por cento), uma porcentagem significativa, admitem priorizar a abordagem de negros e pardos. Quanto à alunos do CFO e do CFSD, 76,9 (setenta e seis vírgula nove) e 74% (setenta e quatro por cento) acreditam que os policiais priorizam a abordagem a negros (BARROS, 2006).

É o que revela também pesquisa realizada por Souza e Reis (2014), aonde o contingente de suspeitos entre pardos/mestiços chegou a 75,7% (setenta e cinco vírgula sete por cento), acompanhado de negros, com 18,1% (dezoito vírgula um por cento), e por último brancos, com apenas 6,2% (seis vírgula dois por cento).

É certo que, ante as estatísticas acima narradas, o sistema policial não atua de forma igualitária durante as abordagens policiais imediatas, dando maior coeficiente de suspeição à características específicas, sobretudo a cor de pele, o que possivelmente atestaria o sujeito à criminalidade.

Destarte, o perfil criminoso de Lombroso vem se readaptando ao longo dos anos, o que dá manutenção à Teoria do Criminoso Nato no século atual, podendo se afirmar, nas sábias palavras de Vianna (2015), que “Criminosos não são aqueles que cometem crime, mas aqueles a quem a sociedade assim decide considerar. Delinquente nada mais é que uma etiqueta que a sociedade aplica, de forma arbitrária e seletiva, a alguém.”

REFERÊNCIAS

- ALMINTAS, Bárbara Pimentel Fernandes. *Perspectivas Lombrosianas: breve ensaio sobre a criminologia brasileira no final do século XIX*. 2017. Monografia – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROS, Geová da Silva. *Racismo institucional: a cor da pele como principal fator de suspeição*. Dissertação – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- NOLLI, Elinton Cassiano. *Os processos de criminalização: uma abordagem crítica da atuação seletiva do sistema penal*. 2010. Monografia – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010.
- RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento suspeito”. *Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Boletim Segurança e Cidadania, nº. 8, Rio de Janeiro, 2004
- SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; REIS, João Francisco Garcia. *A discricionariedade policial e os estereótipos suspeitos*. *Rev. NUFEN*, Belém, Vol. 06, nº. 01, p. 125-166, 2014. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 02 abr. 2020.
- VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Criminalização, teoria do etiquetamento e racismo institucional na polícia: autorrealização de uma amarga profecia*. *Revista Jurídica ESMP – SP*, São Paulo, Vol. 07, p. 59-83. 2015.

CRIMES NO DIREITO DIGITAL E OS DESAFIOS QUANTO ÀS LEGISLAÇÕES

Nicole Fontes Pinheiro de Lima

Introdução

Na atualidade, todo dia há um avanço, uma inovação, uma mudança que influencia a sociedade. Cada vez mais, as pessoas têm mais acesso às informações, com auxílio das invenções do século, uma notícia pode viajar o mundo inteiro em minutos. Nessa Era Digital, a conectividade é um benefício inegável, mas ela traz consigo desafios a serem enfrentados.

Inovações exigem adaptações do modo como se vive para como se viverá com as novas tecnologias. É certo que há prós e contras, os prós devem ser aproveitados com cautela e os contras analisados, para que, sabendo de suas consequências, tenham estudos e regramentos que os tornem possíveis de serem controlados e corrigidos.

Desse modo, a teoria e as primeiras medidas práticas que o Brasil adotou com a finalidade de regulamentar o ciberespaço foram um marco, no sentido de que elas devem ser observadas como ponto de partida. No presente texto será feita uma análise mais breve e dinâmica da doutrina e das ferramentas trazidas pelas legislações existentes sobre os crimes cibernéticos.

1 Inovações digitais e o Direito Digital

O estudo introduz-se com a necessidade de estabelecer as noções iniciais e gerais do Direito Digital. Nesse contexto, com o passar dos séculos, sabe-se que ocorreram avanços tecnológicos, tal como, aparelhos eletrônicos e a Internet. Estes, demonstram uma mudança importante que afetou diretamente as relações sociais. Tanto que na visão das gerações do direito, poderia ser dito que é uma nova categoria (BARRETO; KUFA; SILVA, 2020, p. 47).

Nesse mundo digital, as relações entre as pessoas mudaram, e continua mudando, mantendo-se mais dinâmico. Nesses tempos, “o instrumento de poder é a informação, não só recebida mas refletida” (PINHEIRO, 2013, p. 74) e este “está nas mãos do indivíduo, mas precisa ser utilizado de modo ético e legal” (PINHEIRO, 2013, p. 86).

Em consideração a isso, esses novos meios são utilizados para benefício da sociedade, mas também para a marginalidade. E, por isso, foi-se necessária a elaboração de normas que regulamentassem certas situações, além de ter surgido um novo ramo no Direito, interligado a todos os outros, mas conectado a esse novo mundo e as relações advindas deste.

O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, utilizando-se dos princípios fundamentais e institutos vigentes, mas também introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, de modo a atender aos novos anseios. (PINHEIRO, 2013, p. 75)

Ademais, este ramo do direito é “necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo” (PINHEIRO, 2013, p. 74), tendo como princípio normativo a autorregulamentação, que trata de uma via paralela para criar regras de conduta para a sociedade digital, definidas por ela própria (PINHEIRO, 2013, p. 103).

2 Crimes digitais e legislações

Dentro desse aspecto vale ser ressaltado que legislar sobre crime na Era Digital é difícil, sempre há o questionamento se não está sendo punido o inocente (PINHEIRO, 2013, p. 305), todavia, novas tipi-

ficações e as devidas atualizações são imprescindíveis para um avanço jurídico, que seja capaz de abranger o máximo de situações possíveis.

Muitas vezes, percebe-se que os crimes cibernéticos são apenas novos *modus operandi* de um já existente, porém o que o diferencia acaba sendo a dificuldade de determinar se é uma conduta culposa ou dolosa, por ocorrer no meio virtual (PINHEIRO, 2013, p. 101 e 307).

Outra dificuldade é que a internet é facilitadora do anonimato e este acaba sendo a proteção que muitos utilizam para cometer tais delitos. Uma questão que surge disto é que para certas situações há a possibilidade de se quebrar o sigilo e desfazer o anonimato, porém o medo da repercussão aparece como bloqueio para aqueles que possuem as informações, aqueles que estão a par das queixas, obstaculizando as punições e favorecendo o crescimento dessas práticas (PINHEIRO, 2013, p. 90 e 307).

Nesse contexto é que o problema jurídico dos crimes digitais acaba sendo “a raridade de denúncia e, pior, o despreparo da polícia investigativa e de perícia para apurá-las” (PINHEIRO, 2013, p. 310), cumulado com o crescimento acelerado da criminalidade neste cenário devido à ausência de legislação específica (KUNRATH, 2017, p. 57). É notório que a falta de conhecimento por parte dos usuários (para denunciarem) e a falta de recursos das autoridades são realidades que atrasam o desenvolvimento de regulamentações e de modos de atuação que surjam para coibir as tais práticas delituosas.

Todavia, já existem órgãos, como: as delegacias e núcleos especializados dos Estados, e a Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, aptos ao recebimento de denúncias, esta última com um esforço internacional, para coibir a prática de crimes ocasionados pelo uso indevido da internet (SaferNet). Essa divisão específica para esses delitos possibilitam um aperfeiçoamento de seus servidores, de suas ferramentas, dando uma maior efetividade quanto à análise da autoria e materialidade delitiva (BARRETO; KUFA; SILVA, 2020, p. 76).

No Brasil, em 2012 e 2014 tiveram destaques legislações que foram elaboradas para auxiliar nas diretrizes seja de procedimentos, de tipificação ou de verdadeira regulamentação quanto aos crimes cibernéticos, são elas: a Lei nº 12. 735/2012 (Lei Azeredo) que não teve muitas de suas tipificações aprovadas, mas é relevante pela questão dos

órgãos investigativos especializados; a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) que trouxe algumas novas tipificações após um caso relacionado com a exposição de fotos pessoais, e o Marco Civil da Internet de 2014 que prevê e dá regramento a certas situações civis, penais e administrativas.

Em decorrência de tais legislações é que atualmente o Brasil possui delegacias especializadas para o combate aos cibercrimes, que certos casos já conseguem ter uma investigação mais profunda, que as denúncias estão tendo o encaminhamento devido, contudo, ainda são poucos os avanços nacionais para coibir a imensidão de situações capazes de serem enquadradas nessas práticas ilegais, por suas tentativas falhas quanto aos dispositivos relacionados à tipificação. Sofrem duras críticas pela ineficácia consequente de sua má formulação, pois traz sentido muito amplo que gera dubiedade (Ministério Público Federal, 2018, p. 209-210).

Desta forma, o Brasil ainda está em seus pequenos passos, quando comparado aos Estados Unidos ou à Europa, mas conforme o caso é possível que com a análise seja aplicado mais de um ordenamento, por não haver barreiras físicas e ocorrer em todo lugar (PINHEIRO, 2013, p. 84), fala-se até de um Direito Digital internacional. Isso porque nesse aspecto tem-se um mundo conectado que ultrapassa os limites da territorialidade.

Considerações Finais

Em vista disso, o Direito Digital é o ramo das inovações, é o que está mais presente no dia a dia, é aquele que acompanha a todos nesses novos tempos. O Brasil está no caminho para seguir avançando na área dos crimes cibernéticos, pelo fato de conseguir, a partir de influências e estudos exteriores, verificar as medidas que se encaixam ao ordenamento jurídico nacional para atualizá-lo. Exemplo disso, é o Projeto de Lei 154/19 que traz agravante à pena aplicada aos que cometerem crimes por meios eletrônicos.

Portanto, exatamente por ser, ainda que relativamente, novo, ele traz a obrigação, para que todos os participantes de seu meio e aqueles que aplicam, julgam ou protegem as normas, de atualização de recursos, pensamentos e atuação.

A fim de que, o quanto for possível, sejam as situações corriqueiras que estão em desacordo com o direito abrangidas por este, punidas por este. Devendo assim, mais e mais Projetos de Lei serem elaborados, além dos que já existem serem analisados, porque a cada dia é uma nova realidade e esse dinamismo acarreta na não possibilidade de deixar de estar regulamentando a todo momento tudo de novo que venha a existir, para estabelecer diretrizes de aplicação dos direitos garantidos pela Constituição.

Referências

BARRETO, Alesandro Gonçalves; KUFA, Karina; SILVA, Marcelo Mesquita. Cibercrimes e seus reflexos no Direito Brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRASIL. SAFERNET. Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Disponível em: < <http://www.safernet.org.br/site/institucional/projetos/cnd>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

_____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Crimes cibernéticos. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos>. Acesso em: 8 abr. 2020.

JOANONE, Bruno. Crimes virtuais e a necessidade de uma legislação específica. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&-ver=2.588942&seo=1>>. Acesso em: 13 out. 2019.

KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. A expansão da criminalidade no cyberspaço. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017. Disponível em: <http://www.uefs.br/modules/documentos/get_file.php?curent_file=3330&curent_dir=1772>. Acesso em: 8 abr. 2020.

LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Âmbito

Jurídico, São Paulo: 01/09/2014. Disponível em: <<https://ambito-juridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-eficacia-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade/>> . Acesso em: 13 out. 2019.

MIRANDA, Thiago. Projeto agrava pena para crimes cibernéticos. Câmara do Deputados. Brasília- DF: 21/02/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/552327-projeto-agrava-pena-para-crimes-ciberneticos/>> Acesso em: 13 out. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 5ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2013.

O CONFLITO NA RELAÇÃO HUMANA EM DECORRÊNCIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Natália Rondini Spoladore

Sanny Bruna Oliveira Fernandes

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise acerca de um conflito antigo que permanece como um forte empecilho para a doação de órgãos, medicina e religião por vezes já discordaram e, ao direito coube a tarefa de resolver este conflito, a doação de órgãos, merece guarida no nosso ordenamento jurídico, sendo que, já estampada na Lei nº 9.434. Nessa vereda, no corpo deste trabalho será analisado a extrema importância da fixação de um entendimento majoritário quanto a temática, possibilitando, assim uma maior agilidade na resolução de controvérsias morais quanto a questão no âmbito do direito, devendo-se passar por um aprofundado estudo à saber seus impactos fáticos e jurídicos em um futuro próximo.

Palavras-chave: Direito. Medicina. Religião.

INTRODUÇÃO

O intuito do presente feito é explanar acerca da Lei brasileira que trata sobre a doação de órgãos é a 9.434, esta dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. É positivado também que a dis-

posição dos tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou após a “morte” deverá ser gratuita, como determina o artigo 1º da Lei em questão. Vale ressaltar que é vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Com isso, a realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

O transplante feito pelo doador pressupõe a extração de órgãos “vivos” de corpos humanos com ou sem vida. No caso dos indivíduos, em morte encefálica, sem vida, seus órgãos substituirão os órgãos ineficientes de outra pessoa que será o receptor destes. (LIMA, 2012, p.28).

METODOLOGIA

Conforme abordado, o presente trabalho visa explicar sobre o conflito na relação humana em decorrência da doação de órgãos no Brasil, o qual decorre, por anos, de um entrave entre a medicina e religião.

No que se refere ao processo de formação deste trabalho, foi feita uma pesquisa bibliográfica e casuística. Procura-se responder ao problema proposto, cujas ferramentas a serem utilizadas serão livros de doutrina, assim como informações de sites especializados. Neste sentido, o fim metodológico será uma pesquisa documental e bibliográfica, em que pese à coleta de dados restrita a documentos escritos ou não, buscando contemplar desde publicações escritas até as comunicações orais.

CONFLITOS NAS RELAÇÕES HUMANAS

O primeiro caso de transplante cardíaco realizado em 1967 foi na África do Sul coordenado pelo Doutor Christian Barnard. Apesar do entusiasmo com a cirurgia, os transplantes ainda tinham uma oferta muito baixa, vez que as taxas de sobrevivência de transplantes era muito baixa. Por conta dessa situação levou os médicos, em 1969 a impor uma moratória, interrompendo então os transplantes cardíacos.

Em 1969 nos Estados Unidos foi realizado o primeiro teste clínico dos implantes artificiais que visam assistir ou substituir o coração, isso ocorreu depois de encerrado a moratória por volta de 1980 com a descoberta e aperfeiçoamento da ciclosporina, substância imunossupressora que revolucionou os transplantes. (DURAND, 2014, p.29)

O desenvolvimento dos transplantes proporcionou outro questionamento de envergadura, ou seja, os critérios de determinação da morte. Como se tem a explicação de David J. Roy ao dizer que:

“a retirada de órgãos, imediatamente após o óbito, exigia uma nova definição de critérios de determinação da morte. A morte sendo definida como a parada completa da respiração e da circulação sanguínea, era preciso portanto esperar um certo tempo antes de constatar o óbito, ainda que os órgãos destinados ao transplante frequentemente não fossem mais de qualquer utilidade o momento da retirada”. (DURAND, 2014, p.29)

A partir do ano de 1968, um comitê da Escola de Medicina de Harvard editou critérios de determinação da morte, em especial a morte cerebral. Esses critérios foram adotados pelos meios jurídico e científico. (DURAND, 2014, p.29)

Todavia, esse cenário apresentado demonstra novos conflitos nas relações humanas entre o potencial doador, o profissional, o familiar, o receptor, os estudiosos da bioética e até a sociedade. O processo de doação de órgãos está permeado por questões que envolvem a moral humana. Apesar disso, a demanda pelo transplante vem aumentando em escala maior que a efetivação de doações e como consequência se tem uma ampliação na lista de espera. (LIMA, 2012, p.28)

Quanto a indisponibilidade dos direitos humanos, a doação em vida pode ocorrer para fins de transplantes ou tratamento, desde que a pessoa seja juridicamente capaz de dispor gratuitamente tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo, para fins citados para cônjuge ou parentes consanguíneos até o 4º grau – art.9º da Lei 9.434. Se for para qualquer outra pessoa que não seja parente, dependerá de autorização judicial, salvo em relação à medula óssea.

A permissão de doação é para aqueles órgãos que são duplos; que o doador continue vivendo sem risco; desde que não represente grave comprometimento das aptidões vitais e saúde mental do doador; não cause mutilação ou deformação inaceitável; há a necessidade terapêutica à pessoa receptora.

Os portadores de doenças infectocontagiosas, soropositivos ao HIV, hepatites B e C, doenças de chagas, pessoas com doenças degenerativas crônica ou tumores malignos e outros, estes não podem ser doadores de órgãos.

A concepção de morte passa a ter outra concepção para os profissionais que trabalham na área com transplantes, por um lado consideram a morte como um fim, perda, que explana sentimentos tristes e de medo, no entanto ao mesmo tempo evidenciam uma possibilidade de vida, representada pela doação de órgãos. (LIMA, 2012, p.29).

Normalmente os doadores são vítimas de mortes súbitas e precoces, muitas vezes em decorrência de uma violência social, por isso a entrevista familiar deve ser vista com cautela, pois os familiares reagem e expressam seu pesar diante de formas diferentes. (LIMA, 2012, p.30)

Entre março de 2012 a junho de 2013 realizou-se um levantamento no banco de dados de doadores de órgãos da Organização de Procura de Órgãos (OPO) para transplante do Hospital de Clínicas (HC) e nele foram sorteados doze familiares residentes em São Paulo. (BOIN; BITTENCOURT; FERNANDES, 2015, p. 897).

No entanto, cinco famílias se recusaram a participar alegando falta de condições emocionais. Diante da comunicação do diagnóstico de morte encefálica de um familiar, os familiares relataram falta da percepção da equipe médica. (BOIN; BITTENCOURT; FERNANDES, 2015, p. 898).

Portanto, é perceptível que o tratamento realizado pelos profissionais ao abordarem os familiares a respeito da doação de órgãos encontra-se equivocado, bem como o sentimento após o consentimento da doação, percebe-se quando as cinco famílias se recusaram a participar da pesquisa em questão.

CONSIDERAÇÕES

As equipes de captação devem oferecer além de informações clínicas, o suporte psicológico à família, tanto no momento da comunicação da morte, quanto após o consentimento. Desta forma, sendo respeitadas as necessidades individuais.

Como forma de melhorar as relações, em decorrência do transplante, faz-se necessária uma equipe multiprofissional, a participação de profissionais do serviço social e da psicologia, por exemplo, pode ser uma forma de identificar possíveis problemas sociais das famílias.

Além de que eles podem orientar os profissionais da saúde em: como abordarem os familiares, o local apropriado para a realização da entrevista, número de profissionais que irão abordar a família, assim como acompanharem os familiares após o consentimento para a doação dos órgãos daquele ente querido.

REFERÊNCIAS

BOIN, Ilka de Fátima Santana Ferreira; BITTENCOURT, Zélia Zilda Lourenço de Camargo.

FERNANDES, Marli Elida Nascimento Fernandes. **Vivenciando a doação de órgãos: sentimentos de familiares pos consentimento.** Rev. Latino-Am. Enfermagem set.-out. 2015;23(5):895-901.

DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos** – 5. Ed.- São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2014.

Lei Nº 9.434/97, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm> Acesso em: 07/04/2020.

Lei Nº 10.211/2001, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre

a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm> Acesso em: 07/04/2020.

LIMA, Adriana Aparecida de Faria Lima. **Doação de órgãos para transplantes: conflitos éticos na percepção do profissional.** O mundo da saúde, São Paulo -2012; 36 (1): 27-33.

INDÍGENAS BRASILEIROS: INVISIBILIDADE, ESTIGMATIZAÇÃO E OMISSÃO DE DIREITOS

Gabriella Barbosa Pereira Ribeiro

Hilza Maria Feitosa Paixão

Marília Torres Martins

Sebastião Fonseca Silva Júnior

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como desígnio analisar o ríspido tratamento sofrido pelos índios brasileiros durante suas vidas, pois bem se sabe que a partir de 22 de abril de 1500 – dia em que a frota coordenada por Pedro Álvares Cabral chegou a terra Pindorama (Brasil) –, despontaram-se as violências e crueldades que as comunidades indígenas sofrem e que ainda perduram nos dias atuais. Tendo em vista as causas do progressivo aumento dessas hostilidades, pode-se compreender a carência de visibilidade da população e do próprio Estado brasileiro para com os seus nativos, a dificuldade para a conquista da demarcação de terras, o desapareço com os direitos básicos que todos eles necessitam e que são garantidos por lei (**Lei 6.001/73**) – saúde, educação e cultura.

Segundo dados do Infopen de 2016, havia 600 presos indígenas, entretanto, militantes relatam a existência de vícios nos dados de vários detentos indígenas, dificultando, assim, a devida identificação deles. Por conseguinte, as contendas e invisibilidades estendem-se para o âmbito prisional, pois muitos indígenas são encarcerados sob acusações

de cunho duvidoso e sem orientação ou auxílio de defensores, de acordo com investigação conduzida pela Thomson Reuters Foundation.

PROBLEMA DE PESQUISA

Este trabalho traz como problema de pesquisa: “**Em que medida o Estado brasileiro entorpece os direitos dos povos indígenas e facilita a sua invisibilidade e marginalização à sociedade?**”.

O estudo das temáticas relacionadas aos povos indígenas é relevante para que seja possível chegar ao atingimento de maneiras de diminuição das injustiças sociais, diferenças e um maior entendimento dos motivos causadores das violências cometidas contra os povos nativos. Desta forma, pretende-se investigar/examinar as invisibilidades, hostilidades e estigmatizações sofridas pelas comunidades indígenas brasileiras, com enfoque no encarceramento dos mesmos.

OBJETIVO

Através deste estudo faz-se análise das estigmatizações sofridas pelos povos indígenas e da forma como ela altera o futuro dessas pessoas. Além de viabilizar claro entendimento acerca da importância, eficácia e necessidade da implantação de políticas públicas voltadas a esses povos.

MÉTODO

Para o atingimento dos resultados obtidos neste trabalho e resolução da problematização de pesquisa supracitada, foram empregados os métodos de pesquisa descritiva e explicativa, com abordagem qualitativa e fontes de pesquisa terciária. Além de revisão bibliográfica composta por Antunes, Baratta, Goffman

RESULTADOS ALCANÇADOS

Levando em consideração os direitos dos indígenas que são omitidos e desestimados pelo Estado, além das violências e estigmatizações também sofridas por eles, torna-se inquestionável a necessidade da exe-

ção de políticas públicas que se façam eficazes e que tenham como total intuito melhorar as condições de vida dos indígenas, o maior entendimento acerca de como promover o respeito por esses povos e suas culturas, além de indispensáveis investigações que venham a abranger o justo cumprimento de pena e se há real necessidade da privação de suas liberdades através do encarceramento.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Fernando Luís Coelho. *Criminologia e movimentos sociais: a participação da sociedade civil nas políticas de segurança e de direitos humanos dos Conselhos Nacionais*. 2017. 334 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal/Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos – 3º ed. – Rio de Janeiro, Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.*
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil dados 2017*, Brasil: 2018. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf. Acesso em: 28 março de 2020.
- GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988.
- GOMES, Edilena Maria de Castro, *A justiça criminal e as minorias no Brasil – o caso da Reserva Roosevelt*. 2015. 67f. Dissertação de Mestrado – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2015.
- MOREIRA, Erika Macedo, *Onhemoirô: O Judiciário Frente aos Direitos Indígenas*. 2014. 273f. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SANTELLI, Igor H. S; BRITO, A. G. Da sociologia do desvio à criminologia crítica: os indígenas de Mato Grosso do Sul como outsiders. *Ciências Sociais Unisinos*, 50 (1), 65-76, janeiro/abril 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/938/93831121009/>. Acesso em: 15 março de 2020.

BREVE HISTÓRICO DAS CORRENTES JURÍDICAS DO DIREITO

João Vítor Coêlho Braga

O Direito, como ciência social aplicada, possui em sua história diversas correntes jurídicas que influenciam na forma como as leis são interpretadas e aplicadas de acordo com o contexto em que se está analisando. Dessas correntes, as de maior repercussão foram o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, juntamente com suas ramificações.

A começar pelo Jusnaturalismo, esse se baseia em ideais de justiça ou princípios que são anteriores ao homem, universais e que não são positivados. Segundo Massaro, 2017, trata-se da “[...] corrente de pensamento jurídico-filosófica que pressupõe a existência de uma norma de conduta intersubjetiva universalmente válida e imutável.”

Essa corrente passou por três fases distintas até a sua derrocada, iniciando no Jusnaturalismo Teológico na Idade Média, passando pelo Jusnaturalismo Humano e finalizando no Jusracionalismo, que possuiu grande contribuição do jurista Hugo Grócio.

O primeiro, advindo da Idade Clássica até a Idade Média, possuía Deus como legislador, posicionando o fenômeno jurídico como advindo das leis divinas. O Jusnaturalismo Humano ainda possuía certa influência da teologia, mas agregava em suas leis as normas humanas baseadas na razão, e as normas eternas, configuradas pela universalidade e atemporalidade.

Quando se trata do Jusracionalismo, este julgava que o direito natural poderia ser melhor compreendido quando se era feito o uso da razão, que era fator primordial para a geração de seus princípios. Além disso, essa fase:

“procura humanizar o direito natural e afastá-lo da dependência divina, tornando-o autônomo e acessível a todos aqueles que estivessem dispostos a usar a razão para conhecê-lo.”
(PAULINO, 2015)

Partindo para o Direito Positivo ou Juspositivismo, esse surge na França no século XIX. Essa corrente objetivava aplicar às ciências sociais um caráter mais cientificista, a qual procura introduzir, dentro das análises sociais, métodos científicos que tornassem válidas as conclusões alcançadas dos estudos da sociedade.

Para o positivismo jurídico, o fato social deveria ser observado e simplificado através de uma subsunção à norma, ficando aprisionado de acordo com aquilo que está prescrito em lei. Há de se mencionar que a partir desta nova visão de subsunção, o Direito encontrou no Estado a força que necessitava para garantir a sua legitimidade, tornando-se obrigatório.

Essa positivação do Direito foi ratificada pelo homem do período iluminista, que ao encontrar sua autossuficiência, principalmente pela exclusão de fatores religiosos e no surgimento do estado liberal, encontrou na lei uma aliada que, construída pela racionalidade humana, garantia ao homem sua própria autossuficiência e liberdade através do contratualismo.

Ademais, o positivismo jurídico ganhou relevância para a Escola da Exegese, na França. Tal escola limitava-se a expressar e analisar os códigos de forma fria, sem interpretações ou juízos de valores relacionados aos escritos. Para a Exegese, o juiz deveria unicamente transmitir a lei e, a doutrina seria responsável por trabalhar com as normas e juízos, de acordo com a ordem literal da lei. Sendo assim:

Esperava-se do juiz uma postura de cientista, atuando com neutralidade e com rigor, sem qualquer recorrência aos valores

morais ou políticos. Assentou-se, assim, numa metódica de dedução, cuja aplicação se dava pela mera técnica de subsunção da lei ao caso fático. (BOLWERK, 2018)

Perante essa forma de análise da norma, abre-se um parecer de um sistema jurídico fechado, coerente e completo que possuía qualquer caso concreto já observado e preparado para ser decidido. Ainda nessa análise, nenhum jurista poderia agir de forma diferente que daquela neutra e rigorosa, abnegando qualquer valor moral e político.

Em suma, o positivismo jurídico é uma corrente fundamentada na aproximação do Direito à norma, na crença da completude do sistema jurídico, na subsunção do fato social à norma, e na afirmação do Direito como fenômeno da natureza estatal. E, acima de tudo, na neutralidade do sistema jurídico, que se estaciona no plano ideológico, por ser algo impossível.

Assim, como forma de preencher essas lacunas do Positivismo, surge a corrente posterior a essa, a Pós-Positivista. Esta, se baseia em estudos da corrente anterior, visando o aparecimento de interpretações para valores, regras e princípios do Direito. Cabe lembrar que dentro dessa corrente existe uma forma de enfrentamento do modelo legalista e neutro que valida o positivismo.

Ou seja, o Pós-Positivismo abriu espaço para que as normas do Direito pudessem ser avaliadas em conjunto com valores sociais (políticos, morais, éticos, etc.), sem a exclusão da norma em que se baseia o fato. Ainda, há a mudança do paradigma de subsunção à norma, sofreu durante o uso excessivo do positivismo.

Isso significa, que a corrente Pós-Positivista consegue uma roupagem mais funcional, visto que as normas poderiam ser ampliadas pela interpretação dos juristas e da doutrina, podendo ser concretizadas para a sua aplicação em sociedade. Percebe-se então, que há uma possibilidade maior de ligação do Direito com a sociedade.

Entretanto, é válido lembrar que o Pós-Positivismo não utiliza das interpretações como fonte primária para ser aplicada. A norma existe, é considerada válida e legítima, além de ser montada pelo que se entende dos fatos sociais, os quais evoluem de acordo com o dinamismo social. Há o apreço pelo texto legal, e este ainda é fonte primária para a aplicação do Direito.

Referências

BOLWERK, Aloísio Alencar. Hermenêutica e interpretação do Direito Civil. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 264p.

PAULINO, Luan Lincoln Almeida. Fundamentos jurídicos: uma abordagem sobre as principais correntes jurídicas e suas influências na formação e interpretação do Direito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4542, 8 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33633>. Acesso em: 22 fev. 2020.

MASSARO, Vanessa. Reflexões sobre o jusnaturalismo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5198, 24 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39884>. Acesso em: 22 fev. 2020.

RAÇA, COLONIALIDADE E ACAUTELAMENTO DOS ESPAÇOS RELIGIOSOS AFRO-BRASILEIROS: ANÁLISE SOBRE O TOMBAMENTO DE TERREIROS DE CANDOMBLÉ

Walkyria Chagas da Silva Santos

Durante o período do Brasil Colônia e Brasil Império as religiões afro-brasileiras eram proibidas com o aval estatal e após a Constituição de 1891 que separou o Estado e a Igreja, e retirou do texto constitucional a Religião Católica Apostólica Romana como religião oficial do país, o Estado passou a utilizar os Códigos de Posturas Municipais para perseguir e impedir o culto das religiões afro-brasileiras. (SANTOS, 2015). Na atualidade a perseguição é imposta principalmente pelos neopentecostais, e o Estado não tem atuado para coibir os casos de violência, que têm resultado em violação do direito à liberdade religiosa, violação dos locais de culto, agressões físicas e verbais, e homicídios.

A despeito de toda perseguição, os espaços religiosos afro-brasileiros resistiram e atualmente, segundo o art. 215 e paragrafo primeiro do mesmo artigo, da Constituição Federal, “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 2018).

Os espaços religiosos afro-brasileiros lutaram e lutam para existir, e a partir das suas redes de religiosidade e sociabilidade chegam ao século XXI como exemplo de resistência para a população negra e lugar de permanência dos elos com a ancestralidade. A partir da década de 1980 o Estado brasileiro começa a atuar timidamente no âmbito das garantias dos direitos culturais relacionados às religiões afro-brasileiras. Assim, o estudo sobre patrimonialização dos espaços religiosos afro-brasileiros é de suma importância para entender os processos de conservação dos terreiros empreendidos pelo Estado Brasileiro a partir da década de 1980, quando ocorreu o tombamento do primeiro momento negro (SERRA, 2005), o Ilê Axé Iyá Nassô Oká (Terreiro da Casa Branca).

A patrimonialização é utilizada para reconhecer identidades hegemônicas e em poucos casos ela também reconhece “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, e um dos motivos é a lógica da colonialidade, que, “pode ser compreendida como uma lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais”. (MALDONADO-TORRES, 2018, p. 36)

Os órgãos de cultura têm dificuldade de visualizar o patrimônio dos espaços religiosos afro-brasileiros como patrimônio cultural brasileiro, isso por conta do racismo religioso que permeia a nossa sociedade. Para Wanderson Nascimento (2017) o racismo religioso é uma das marcas da colonialidade, que resulta na percepção de mundo que oprime e inferioriza os elementos constitutivos da população oprimida, no caso da nossa análise, o racismo religioso atua inferiorizando a estética, a arquitetura, o patrimônio guardado e preservado pelos espaços religiosos afro-brasileiros. Ao não perceber tais espaços em toda sua complexidade, o Estado expõe as fraturas deixadas pelos processos de racialização.

Atualmente, há 11(onze) terreiros tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em todo Brasil, são eles: Ilê Axé Iyá Nassô Oká (Terreiro da Casa Branca), Ilê Axé Opô Afonjá, Ilê Iyá Omi Axé Iyamassê (Terreiro do Gantois), Manso Bandeduquênque (Bate Folha), Ilê Maroiálaji Alakêto, Ilê Axé Oxumaré, e

o Tumba Junsara, todos os terreiros citados estão localizados na cidade de Salvador/BA; na Bahia ainda temos o Zoogodo Bogum Malê Seja Undé (Terreiro Roça do Ventura), em Cachoeira e o Omo Ilê Agbôula na Ilha de Itaparica; e, há um terreiro no Maranhão, o Casa Grande de Minas ou Casa das Minas Jejê ou Querebentã de Zomadonu; e um terreiro em Recife, o Ilê Obá Ogunté – Sítio de Pai Adão.

A partir de esboço de análise comparativa quanto ao quantitativo de preservação de bens culturais originários da diáspora e preservação de bens culturais de origem lusa e matriz católica é possível concluir que o patrimônio afrodescendente ainda não recebe a devida atenção dos órgãos de preservação, enquanto que os bens de matriz católica representam 40%, os bens representando o patrimônio afrodescendente equivalem a aproximadamente 1% dos bens arquitetônicos tombados pelo IPHAN. (MOASSAB, 2016).

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Carlos A. [et al.]. **Políticas de acautelamento do IPHAN para templos de Culto afro-brasileiros**. Salvador: IPHAN, 2012.

BRASIL. **Decreto – Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm >. Acesso em: 19 de mar. de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/1992 a 99/2017, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nos 1 a 6/1994. – 53. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **Para além da pedra e cal**: por uma concepção ampla de patrimônio cultural. ABREU, Regina; CHAGAS, Mário. (Org). *Memória e Patrimônio: ensaios contemporâneos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze, MALDONADO-TORRES, Nelson; e, GROSGOUEL, Ramón (Org.). **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2018.

MOASSAB, Andréia. **O patrimônio arquitetônico no século 21:** para além da preservação uníssona e do fetiche do objeto. Revista Arqtextos, ano 17, Nov. 2016.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do. O fenômeno do racismo religioso: desafios para os povos tradicionais de matrizes africanas. **Revista Eixo**, v. 6, n. 2 (Especial), p. 51-56, novembro de 2017.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições, enormes desafios. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). **Políticas Culturais no Brasil**. Coleção Cult. Salvador: EDUFBA, p. 11- 36, 2007.

SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **Políticas públicas de reafrikanização: tombamento dos terreiros de candomblé no Estado da Bahia**. 2015. 236f. **Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Segurança Social)**. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cruz das Almas, 2015.

SERRA, Ordep. **Monumentos Negros:** uma experiência. Revista Afro-Ásia, n. 33, p. 169-205, 2005.

ANÁLISE EMPÍRICA DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO TRATAMENTO DO DANO IMATERIAL PELA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO

Nivea Corcino Locatelli Braga

O presente trabalho visa analisar a postura do Poder Judiciário brasileiro no tocante a aplicação do princípio da primazia da resolução de mérito, quando trata da temática da indenização por dano moral decorrente do tempo de espera em fila de banco, em desrespeito ao período estipulado pela Lei Estadual n.º 4.223/2003.

A pesquisa justifica-se, pela necessidade de compreensão do direito em seu *locus* de exteriorização, no cotidiano dos tribunais e tem como referencial teórico Roberto KANT DE LIMA.

O citado autor ressalta a nodal contribuição da Antropologia para fornecer bases metodológicas, a fim de possibilitar o exame do direito em uma perspectiva empírica.

Nesse cenário, o direito não pode ser estudado de forma dissociada de seu campo social de atuação já que é integrante desse espaço (KANT DE LIMA, 2008; FRAGALE FILHO, 2007).

Para alcançar o desiderato proposto foi utilizada a metodologia de análise empírica dos acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, selecionados dentre os publicados no Banco de Conhecimento do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, organizado pela Diretoria Geral de Comunicação e de Difusão do Conhecimento, pelo Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento, pela Equipe do Serviço de Pesquisa e Análise da Jurisprudência e disponibilizado pela Equipe do Serviço de Captação e Estruturação do Conhecimento no período compreendido entre 07 de fevereiro de 2018 a 25 de julho de 2018, disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/tempoespera-fila-banco.pdf?v02>>.

A hipótese que se procurou investigar se concentra na forma como o Poder Judiciário Fluminense efetiva o princípio da primazia da resolução do mérito, consagrado no artigo 4º do Código de Processo Civil e qual sua postura no tratamento do instituto do dano moral.

Assim, com a utilização da consulta disponibilizada pelo sítio oficial foi possível verificar o atuar do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que mantém em sua página um “Banco do Conhecimento/Jurisprudência/Pesquisa Seleccionada/Direito do Consumidor”, composto por acórdãos proferidos no exame de Apelações Cíveis pelas respectivas Câmaras Cíveis.

O *corpus* da pesquisa é integrado por dez acórdãos oriundos de Apelações Cíveis interpostas com o objetivo de impugnar dez sentenças prolatadas em primeira instância referentes às Ações Compensatórias de Danos Morais, ajuizadas de 2015 a 2017, por pessoas que permaneceram em espera na fila de banco, por tempo superior ao determinado na Lei Estadual n.º 4.223/2003, cujos recursos apresentados foram apreciados, a partir de 07 de fevereiro de 2018, Apelações números: 0015157-82.2017.8.19.0205 - 3ª Câmara Cível, 0007522-09.2016.8.19.0036 - 26ª Câmara Cível, 0023294-90.2016.8.19.0204, 22ª Câmara Cível, 0329660-36.2015.8.19.0001 - 18ª Câmara Cível, 0008709-30.2016.8.19.0205 - 25ª Câmara Cível, 003733817.2016.8.19.0204 - 13ª Câmara Cível, 0038309-96.2016.8.19.0205 - 1ª Câmara Cível, 0001410-24.2015.8.19.0209, 21ª Câmara Cível, 0075896-22.2015.8.19.0001 - 26ª Câmara Cível, 0013556-33.2015.8.19.0004

- 2ª Câmara Cível. Os acórdãos são provenientes de nove Câmaras Cíveis, a saber, 1ª, 2ª, 3ª, 13ª, 18ª, 21ª, 22ª, 25ª, 26ª, sendo dois julgados pela 26ª Câmara Cível.

A título de conclusão, verificou-se que, o princípio da primazia da resolução do mérito consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro foi respeitado, haja vista que, nenhum dos processos foi extinto sem resolução do mérito, todos tiveram a questão de fundo apreciada, havendo julgamento meritório nos dez processos e exame dos recursos interpostos.

Após o reconhecimento da espera excessiva em fila de banco, foi fixado dano moral em seis processos nos valores de R\$ 4.000,00 (dois julgados), R\$ 3.000,00 (dois julgados), R\$ 4.400,00 (um julgado), R\$ 2.000,00 (um julgado), e em quatro não houve o arbitramento de dano imaterial, com fundamentação de ausência de violação dos direitos inerentes à personalidade dos jurisdicionados.

BIBLIOGRAFIA:

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Revista da Advocef, nov/2015.

CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e Discurso – modos de organização*. São Paulo: editora Contexto, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da remessa necessária*. In: ARRUDA ALVIM, Teresa et al. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma Introdução à Antropologia Social*. Rio de Janeiro, Rocco, 1987.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Ensinar Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito: possibilidades e significados*. In: _____ CERQUEIRA, Daniel Torres de. (org.). *O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2006.

IORIO FILHO, Rafael Mário. *Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)*. Editora CRV. Curitiba. 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito. Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada*. Coleção Conflitos, Direitos e Culturas. Coordenadores: Roberto Kant de Lima e Michel Misse. 2ª Tiragem. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2009.

_____. *Por uma Antropologia do Direito no Brasil*. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana, 1983.

_____; LUPETTI, B. *O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica*. Apresentado no 7º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 4-7 ago. 2010.

**DIREITO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO
(VOL. 2)**

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo,
Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e
Walkyria Chagas da Silva Santos (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Julho de 2020