



COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Prof. Me. Gabriel de Souza Salema
Prof. Dr. Igor Alves Noberto Soares
Profa. Dra. Jamilla Monteiro Sarkis
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento
Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL	1-3
Artigos de Temática Livre	
A RAZÃO NEOLIBERAL E OS DANOS SOCIAIS ESTATAIS-CORPORATIVOS: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA VERDE A PARTIR DA NECROPOLÍTICA NEOLIBERAL	4-29
<i>REASON AND STATE-CORPORATE SOCIAL DAMAGE: A GREEN CRIMINOLOGICAL ANALYSIS FROM NECROPOLITICS</i>	
Carolina Costa Ferreira Gabriel Antinolfi Givan Karine Agatha França	
GOUVERNANCE ET LA NOUVELLE LOI BRÉSILIENNE D'APPEL OFFRE : UN DEBAT SUR UNE INHERENTE LIMITATION À LA CONCURRENCE	30-46
<i>GOVERNANCE AND ITS RELATIONSHIP WITH THE NEWLAW FOR PUBLIC ACQUISITION IN BRAZIL: A DEBATE ON AN INHERENT LIMITATION ON COMPETITION</i>	
<i>GOVERNANÇA E SUA RELAÇÃO COM A NOVA LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÃO PÚBLICA: UM DEBATE SOBRE UMA INERENTE LIMITAÇÃO À COMPETIÇÃO</i>	
Bruno Marques Grace Garbaccio Sandro Dezan	
DA (IM)POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA, PARA INCORPORAÇÃO DE ÁREA, DO REGISTRO DE IMÓVEIS INDÍGENAS	47-67
<i>THE (IM) POSSIBILITY OF ADMINISTRATIVE RECTIFICATION, FOR THE INCORPORATION OF AREA, OF THE REGISTRATION OF INDIGENOUS PROPERTIES</i>	
Thiago Carneiro Magno Gomes	
ODE ÀS “PEDRAS PISADAS DO CAIS”: PROPOSTAS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO A PARTIR DA MEMÓRIA DO RACISMO NO BRASIL	68-86
<i>ODE TO “STEPPED STONES FROM THE PIER”: PROPOSALS FOR A CRITICAL THEORY OF LAW BASED ON THE MEMORY OF RACISM IN BRAZIL</i>	
Antônio Leal de Oliveira Raoni Vieira Gomes	
GÊNERO, DESEJO, SEXUALIDADE E A (DES)CONSTRUÇÃO DO DIREITO POSTO	87-114
<i>GENDER, DESIRE, SEXUALITY AND THE (DIS)CONSTRUCTION OF LAW</i>	
Pâmela Copetti Ghisleni Doglas Cesar Lucas	

- A LINGUAGEM ENTRE O DELITO E A PENA: POSSÍVEIS
CONTRIBUIÇÕES DO PARADIGMA LINGUÍSTICO
PARA UM MODELO DEMOCRÁTICO DE CENSURA** 115-144
*THE LANGUAGE BETWEEN CRIME AND PUNISHMENT: CONTRIBUTIONS OF
THE LINGUISTIC PARADIGM FOR A DEMOCRATIC MODEL OF CENSURE*
Lohan Ribeiro Couto
André Ribeiro Giamberardino
- RELATIVISMO COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA
LIBERAL: APORTES A PARTIR DO PENSAMENTO
DE HANS KELSEN** 145-167
*RELATIVISM AS THE GROUND FOR LIBERAL DEMOCRACY: CONTRIBUTIONS
FROM THE PHILOSOPHY OF HANS KELSEN*
Henrique Smidt Simon
- POR UMA DEMOCRACIA FEMINISTA: ENTRE TEORIA
POLÍTICA E POLÍTICA DOS AFETOS** 168-197
*FOR A FEMINIST DEMOCRACY: BETWEEN POLITICAL THEORY AND THE
POLITICS OF AFFECT*
Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira
Vanessa Oliveira Batista Berner
Adriana Ramos Costa
- FERRAMENTAS COMPORTAMENTAIS PARA AUXILIAR
A TOMADA DE DECISÃO DE SÓCIOS EM OPERAÇÕES
DE FUSÃO E AQUISIÇÃO** 198-212
*BEHAVIORAL TOOLS TO ASSIST SHAREHOLDERS ON MERGERS
AND ACQUISITIONS DECISION MAKING*
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pedro Henrique Carvalho da Costa
- A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO: ESTUDO SOBRE
A ELABORAÇÃO DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988** 213-440
*THE DYNAMICS OF THE LEGISLATIVE PROCESS: STUDY ON THE PREPARATION
OF AMENDMENTS TO THE 1988 CONSTITUTION*
Sérgio Antônio Ferreira Victor
Fábio Liberal Ferreira de Santana
- A SEGUNDA ONDA DA COVID-19 NO ESTADO DO
AMAZONAS: A INEFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS
COMO COROLÁRIO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL** 241-262
*THE SECOND WAVE OF COVID-19 IN THE STATE OF AMAZONAS: THE
INEFFECTIVENESS OF JUDICIAL DECISIONS AS A COROLLARY
OF STATE NEGLIGENCE*
José Alberto Antunes de Miranda
Fabrizio de Souza Barbosa Grosso
- UMA (IM)POSSÍVEL REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA NO
CAMPO DA CIÊNCIA JURÍDICA: REFLEXÕES PRELIMINARES
A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE** 263-286
*AN (IM)POSSIBLE PARADIGMATIC REVOLUTION IN THE FIELD OF LEGAL
SCIENCE: PRELIMINARY REFLECTIONS BASED ON PERSONALITY RIGHTS*
Walter Lucas Ikeda
Rodrigo Valente Giublin Teixeira

**CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E AS PROJEÇÕES
JORNALÍSTICAS DO IMAGINÁRIO SOCIAL ACERCA
DO CRIME E DA CRIMINALIDADE NA
REDE SOCIAL INSTAGRAM**

287-316

*MEDIA CRIMINOLOGY AND JOURNALISTIC PROJECTIONS OF THE SOCIAL
IMAGINARY ABOUT CRIME AND CRIMINALITY IN THE SOCIAL NETWORK
INSTAGRAM*

Driane Fiorentin de Moraes
Felipe da Veiga Dias

**UMA ANÁLISE DO PROBLEMA ESTRUTURAL QUALIFICADO
DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO E DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA
A SUPERAÇÃO DESSE ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

317-341

*AN ANALYSIS OF THE QUALIFIED STRUCTURAL PROBLEM OF TRANSEXUAL
POPULATION IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND OF POSSIBLE
SOLUTIONS TO OVERCOME THIS STATE OF THINGS UNCONSTITUTES*

Carlos Eduardo Montes Netto
Juvêncio Borges Silva
Talita Vanessa Penariol Natarelli

**O PAPEL DA VONTADE E DO AFETO PARA A NATUREZA
JURÍDICA DA FILIAÇÃO CIVIL SOCIOAFETIVA**

342-367

*THE ROLE OF WILL AND LOVE FOR THE LEGAL NATURE OF FICTIVE
KINSHIP OF FILIATION BASED ON AFFECTION*

Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Rafaela Fernandes Leite

EDITORIAL

A Revista da Faculdade Mineira de Direito chega ao seu 53º número com a publicação de 15 artigos inéditos, todos submetidos ao criterioso processo de avaliação às cegas pelos pares para garantir a qualidade que lhe é pertinente.

Para este editorial, nos parece digno de destaque o fato de que os trabalhos ora disponibilizados à comunidade acadêmica versam sobre temas muito diversos que, ao mesmo tempo, despertam o interesse de todos e todas aqueles que se interessam pelas ciências jurídicas.

O artigo que inaugura a presente edição intitula-se “*A razão neoliberal e os danos sociais estatais-corporativos*”. Nele, as autoras Carolina Costa Ferreira e Karine França e o autor Gabriel Divan buscam compreender como a necropolítica se interconecta à realidade dos danos sociais provocados por Estados, mercados e grandes corporações, como método de análise para os estudos criminológicos verdes.

Em seguida, a pesquisa “*La question des soumission des pouvoirs d'état dans le projet de loi d'appel d'offre bresilien*”, promovida por Bruno Marques, Grace Garbaccio e Sandro Dezan, parte dos principais arquétipos de estado e administração estatal para evidenciar como o atual modelo administrativo resulta em um equilíbrio de transparência e governança e ampla concorrência.

No texto “*Da (im)possibilidade de retificação administrativa, para incorporação de área, do registro de imóveis indígenas*”, os autores Thiago Carneiro e Magno Gomes analisam se a alteração promovida pela Lei n. 10.931/2004 sobre a Lei n. 6.015/1973, que permite a retificação administrativa de medidas de áreas imobiliárias e que eventualmente resulte em incorporação de terreno, pode ser aplicada no caso de terras indígenas.

Inspirados pela canção “Mestre-Sala dos Mares” de João Bosco e Aldir Blanc, os autores Antonio Oliveira e Raoni Vieira Gomes propõe, no trabalho “*Ode às pedras pisadas dos cais*”, a necessidade de uma leitura crítica e decolonial da história oficial brasileira e da sua decorrente teoria dos direitos humanos.

Já em “*Gênero, desejo, sexualidade e a (des)construção do direito posto*”, Pâmela Copetti Ghisleni e Doglas Cesar Lucas analisam jurisprudências representativas nacionais ou internacionais em cujo cerne circulam as questões do gênero e da sexualidade para estabelecer parâmetros que evidenciam a maneira como o Direito vem enfrentando, incorporando e narrando esses novos temas.

Em “*A linguagem entre o delito e a pena*”, Lohan Ribeiro Couto e André Ribeiro Giamberardino avaliam de que maneira a filosofia da linguagem pode render ganhos para uma

concepção democrática de censura. Para tanto, traçam um paralelo entre o delito e a pena, a partir de revisão bibliográfica pautada na interdisciplinaridade, especialmente entre as áreas da Filosofia e do Direito, adotando como marcos teóricos a fase pragmática de Ludwig Wittgenstein e o paradigma comunicativo em Jürgen Habermas.

No artigo “*Relativismo como fundamento da democracia liberal*”, o autor Henrique Smidt Simon recupera a discussão a respeito do conhecimento e a relativização da justiça como fundamento do pluralismo político, a ser refletido numa engenharia constitucional liberal, pela via da filosofia de Hans Kelsen.

Em “*Democracia feminista: por uma política de afetos*”, Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira, Vanessa Oliveira Batista Berner e Adriana Ramos Costa mobilizam categorias e conceitos da teoria crítica, da teoria decolonial e da teoria política feminista contemporânea para expor a situação do Estado na América Latina e compreender como se construiu o arcabouço político-jurídico racializado, classista, misógino e excludente na modernidade, além de articular teóricas feministas como contraponto à centralidade dos modelos de democracia liberal e da socialdemocracia, a fim de tensionar a abordagem da redistribuição e do reconhecimento, situada na crise capitalista neoliberal.

Com o objetivo de demonstrar que há fatores não econômicos que influenciam a decisão de administradores sobre a concretização de operações de fusão e aquisição e que é papel do jurista conceber formas de minimizar o impacto desses fatores para o resultado desses procedimentos, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Pedro Henrique Carvalho da Costa apresentam a pesquisa intitulada “*Ferramentas comportamentais para auxiliar a tomada de decisão de sócios em operações de fusão e aquisição*”.

O trabalho “*A dinâmica do processo legislativo: estudo sobre a elaboração das emendas à Constituição de 1988*”, de autoria de Sérgio Antônio Ferreira Victor e Fábio Liberal Ferreira de Santana, é fruto da pesquisa que promoveram acerca do entendimento consolidado pela prática parlamentar e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que um trecho de uma proposta de emenda à Constituição aprovado por uma das Casas do Congresso Nacional e suprimido, por meio de destaque, pela outra, não impede a promulgação do texto remanescente, se este for aprovado pelas duas Casas e tem sentido independente do trecho suprimido.

No artigo “*A segunda onda da Covid-19 no Estado do Amazonas: a inefetividade das decisões judiciais como corolário da negligência estatal*”, os autores Fabrizio de Souza Barbosa Grosso e José Alberto Antunes de Miranda, empregaram metodologias qualitativas e

quantitativas para avaliar a relação da inefetividade das decisões judiciais proferidas durante a segunda onda da Covid-19 com a negligência estadual.

Por sua vez, o trabalho “*Uma (im)possível revolução paradigmática no campo da ciência jurídica*”, os autores Walter Ikeda e Rodrigo Valente Giublin Teixeira propõe um diálogo metodológico no campo da ciência jurídica, orientando sua pesquisa pelo seguinte problema: problema que orienta a pesquisa é: a estrutura das revoluções científicas, de Thomas Kuhn, é aplicável ao desenvolvimento do direito?

Sob o título “*Criminologia midiática e as projeções jornalísticas do imaginário social acerca do crime e da criminalidade na rede social Instagram*”, Driane Fiorentin de Moraes e Felipe da Veiga Dias, com o objetivo determinar o que a rede social Instagram considera como conteúdo sensível na esfera criminal, questionam quais imagens são passíveis de serem exibidas na rede social Instagram no campo jornalístico sobre o crime e a criminalidade.

A pesquisa de Carlos Eduardo Montes Netto, Juvêncio Borges Silva e Talita Vanessa Penariol Natarelli, refletida no artigo “*O problema estrutural qualificado dos transexuais no sistema carcerário brasileiro e as possíveis soluções para superação desse Estado de Coisas Inconstitucional*”, analisa o “problema estrutural qualificado” do tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro, sob a ótica da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir de relatos de violações a direitos fundamentais sofridas por essas pessoas, como no caso envolvendo o Complexo Penitenciário de Curado, indicando possíveis soluções.

Finalmente, em “*O papel da vontade e do afeto para a natureza jurídica da filiação civil socioafetiva*”, Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Rafaela Fernandes Leite indagam acerca do papel do afeto e da vontade na configuração de vínculos familiares, com o objetivo de situar tais figuras internamente ao Direito Civil, para o exame teórico-estrutural de sua natureza jurídica para a formatação da filiação civil socioafetiva.

A partir dessas breves notas, esperamos incentivar a leitura dos artigos, com a certeza de que todos têm enorme potencial para impactar a pesquisa jurídica no Brasil.

Na ocasião, registra os agradecimentos aos mais de 30 pareceristas que contribuíram com tempo e dedicação para viabilizarem a publicação deste Periódico, dentro dos mais estritos padrões de qualidade.

Professoras Doutoras

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Jamilla Monteiro Sarkis

Comissão Editorial da Revista da Faculdade Mineira de Direito

A RAZÃO NEOLIBERAL E OS DANOS SOCIAIS ESTATAIS-CORPORATIVOS: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA VERDE A PARTIR DA NECROPOLÍTICA

NEOLIBERAL REASON AND STATE-CORPORATE SOCIAL DAMAGE: A GREEN CRIMINOLOGICAL ANALYSIS FROM NECROPOLITICS

Carolina Costa Ferreira¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Gabriel Antinolfi Givan²

Universidade de Passo Fundo

Karine Agatha França³

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Resumo:

O presente artigo busca responder de que maneira a necropolítica se interconecta à realidade dos danos sociais provocados por Estados, mercados e grandes corporações, como método de análise para os estudos criminológicos verdes. Para tanto, utilizou-se a metodologia dedutiva, com marco teórico na criminologia verde, desde uma perspectiva sobre os crimes dos poderosos e da teoria do dano social. O objetivo é identificar os entrelaçamentos entre a necropolítica com os estudos criminológicos verdes, especialmente no que diz respeito aos danos ambientais e aos processos de vitimização ambiental ocasionados pelos agentes poderosos, no contexto capitalista global neoliberal. Conclui-se que a produção de danos sociais está diretamente relacionada ao exercício da política da morte, onde atores poderosos empreendem técnicas de justificação e negação de danos que encontram respaldo na racionalidade neoliberal, de modo que a indiferença e a aceitação públicas sobre a morte e exclusão das populações não brancas tornam-se fundamentais para a manutenção do poder e privilégio dos poderosos. A criminologia verde deve estar atenta a essa realidade, por meio de uma aproximação epistemológica à necropolítica e o seu arcabouço conceitual.

Palavras-chave:

Necropolítica. Criminologia Verde. Crimes dos poderosos. Racismo Ambiental. Racionalidade Neoliberal.

¹ Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Co-líder do Observatório de Direitos Humanos (IDP/CNPq). Professora de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Pesquisadora do Grupo Interuniversitário e Interdisciplinar de Pesquisas sobre Criminalidade (Universidade Pablo de Olavide Espanha). Advogada criminalista.

² Advogado e pesquisador. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado (Especialização) em Ciências Penais, pela mesma universidade. Atualmente exerce o cargo de Professor Adjunto da Universidade de Passo Fundo - RS (UPF). Professor (Mestrado em Direito) e membro do Conselho do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito na mesma instituição. Professor do curso de Maestría en Criminología Aplicada na Universidad San Carlos (Guatemala). Coordena o Projeto de Pesquisa Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política - junto ao PPG/Direito da Universidade de Passo Fundo-RS

³ Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS, com bolsa CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), com bolsa integral PROUNI. Atualmente integra os grupos de pesquisa "Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição", coordenado pelo Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho e o grupo "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política", coordenado pelo Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Abstract:

This paper intends to answer how necropolitics interconnects with the reality of social damage caused by states, markets and large corporations, especially as a method of analysis for green criminological studies. For that, we used deductive methodology with a theoretical framework in Green Criminology, from a perspective on the crimes of the powerful and the theory of social damage. The objective is to identify the entanglements between necropolitics and green criminological studies, regarding environmental damage and the processes of environmental victimization caused by powerful agents, in the neoliberal global capitalist context. It concludes that the production of social damages is directly interconnected with the exercise of a death policy, where powerful actors undertake damage justification and denial techniques that are supported by neoliberal rationality, so that indifference and public acceptance about the death and exclusion of non-white populations become essential for maintaining the power and privilege of the powerful. Green criminology must be aware of this reality, above all, through an epistemological approach to necropolitics and its conceptual framework.

Keywords:

Necropolitics. Green Criminology. Crimes of the powerful. Environmental Racism. Neoliberal Rationality.

1 INTRODUÇÃO

A partir da transformação paradigmática da criminologia crítica e, em especial, do seu objeto de análise, voltado para o estudo dos crimes de poder que envolvem a sociedade capitalista, desenvolve-se a vertente criminológica verde, em que surgem indagações focalizadas no desenvolvimento de estudos práticos sobre a criminalidade dos poderosos, suas vítimas, suas formas estratégicas de operacionalidade que atingem não apenas seres humanos, mas também não humanos e ecossistemas. Apesar da conceituação terminológica ter sido cunhada mais precisamente na década de 1970, pesquisadores e pesquisadoras já apontavam a existência dos danos ambientais (e esse feixe de conexão teórica) nos anos anteriores, em especial, em países do Norte Global.

Tanto o pano de fundo do poder, em sentido estrito, quanto as composições amplificadas de um capitalismo que promove um câmbio conceitual na própria subjetividade (na mecânica de uma economia política cooptada) compõem marcante engrenagem: o cenário político e social atual vem imbricado a um estágio do neoliberalismo tanto marcado pela identificação dos sujeitos enquanto verdadeiro capital humano - empreendedores de si - como por revigoradas formas de encontrá-los subjugados aos objetivos do mercado global, atendendo, portanto, aos interesses corporativos em última análise. A partir desse vislumbre do neoliberalismo, enquanto racionalidade (mais do que como discurso ou ideologia), também se verifica, de forma direta e visível, os efeitos de uma governamentalidade que se vê invariavelmente pautada na ideia e/ou na lógica da raça (ainda que por vezes de forma mediata ou sofismada), onde empresas, Estados e sociabilidade reforçam sua habitual condução dentre uma lógica normativa exterminadora e racista (de mote e contexto amplificados).

Dessa forma, considerando que, nos danos ambientais estatais-corporativos, grande parte da população atingida apresenta um perfil demarcado por critérios de raça, classe, etnia e

gênero, denota-se a existência de uma sistemática produção de mortes e um intensivo descarte de cidadãos que não se enquadram na ideia de “fazer viver” biopolítico como uma de suas apreciações conceituais. Assim, enquanto o léxico foucaultiano da biopolítica/biopoder pode ser entendido como o controle dos corpos para o gerenciamento da vida, a necropolítica, a partir da leitura de Achille Mbembe (2019), refere-se ao exercício do poder da morte, de tal forma que este novo controle sobre a população passa a ser fundamentado na produção das raças, na constituição do “Outro”, bem como nas hierarquias racializadas necessárias para a legitimação do abandono e aniquilamento de alguns grupos e pessoas.

Sendo assim, busca-se, com o desenvolvimento deste trabalho, compreender de que maneira a necropolítica se conecta à criminologia verde e aos danos sociais estatais-corporativos, sobretudo a partir de uma crítica do cenário demarcado pela razão neoliberal atual. Para tanto, a análise se circunscreveu em metodologia dedutiva, com pesquisa documental indireta.

O trabalho divide-se em três seções. Em um primeiro momento, foram explanados debates teóricos realizados no campo da criminologia verde e dos crimes dos poderosos, apresentando a perspectiva do dano social. Em um segundo momento, passou-se à análise dos fenômenos que conectam a racionalidade neoliberal à biopolítica, bem como a temática dos danos sociais estatais-corporativos. Num terceiro momento, desenvolveu-se o conceito de necropolítica, com o estudo sobre os danos sociais praticados pelos Estados, mercados e corporações no contexto brasileiro, dialogando, dessa maneira, com a vertente ora em comento.

2 A CRIMINOLOGIA VERDE E OS ESTUDOS SOBRE A CRIMINALIDADE DOS PODEROSOS

O presente tópico desenvolve os principais pontos de encontro entre epistemologias sobre a criminalidade dos poderosos, a vertente da criminologia verde e estudos dos danos sociais, trazendo elementos teóricos e posicionamentos pertinentes ao debate. Além disso, com a ascensão da discussão em torno da criminalidade que estrutura o sistema capitalista global, um amplo debate sociológico surgiu voltado ao reconhecimento do apagamento teórico produzido pela própria criminologia neste campo⁴. A invisibilização da produção do saber nas

⁴ Reece Walters rememora que, em 2003, quando provocou a audiência em um evento da Sociedade Britânica de Criminologia, ao apresentar estudo sobre a monopolização da indústria alimentícia, a economia política do Estado e a concentração econômica como mecanismos de investigação para a Criminologia, “a plateia fez perguntas um pouco cínicas e incrédulas, tais como ‘o que é que isto tem a ver com Criminologia?’” (WALTERS, 2017, p. 201).

regiões da periferia do capitalismo impossibilitou a realização de estudos aprofundados em temas que passam pela identificação das vítimas dos danos sociais e seus responsáveis, bem como a elaboração de respostas políticas para enfrentá-los. Por esta razão, a partir das produções científicas do e para o Sul Global, possibilita-se, nesse texto, alcançar esses objetivos.

Em um segundo momento, importante tratar dos estudos sobre os crimes de Estados, mercados e grandes corporações, com enfoque na perspectiva dos danos sociais, já que a categoria usual-técnica de crime não é suficiente para dar conta da forma de atuação dos grupos e agentes poderosos, pois quem elabora, aplica e executa a lei, geralmente, são seus próprios transgressores em larga medida. Além de que, muito embora as condutas ilegais dos detentores de poder sejam tipificadas penalmente, dificilmente serão processadas como tais, em razão das denominadas cifras oculta e dourada. Portanto, a definição do dano social, na criminologia verde, se torna fundamental para ampliar o debate em torno da questão criminal, tornando-a autônoma ao direito penal e da própria criminologia tradicional.

Os estudos criminológicos centralizados na criminalidade dos poderosos trouxeram uma nova preocupação à questão criminal, demarcada pela superação epistemológica que, até então, estava focalizada nos delitos individuais, para então abarcar as atividades danosas cometidas pelos Estados, mercados e corporações transnacionais. Dentre os aspectos críticos alcançados pela criminologia no contexto dos crimes de poder, inserem-se os debates sobre a identificação das ações/omissões praticadas pelos poderosos, assim como a visibilização de suas vítimas - considerando vidas humanas e não humanas - que passaram por múltiplos processos de silenciamento e apagamento histórico (BUDÓ, 2017; RAMÍREZ; LARRAURI, 1993).

A gênese do debate acadêmico sobre a criminalidade dos poderosos pode ser evidenciada através dos estudos realizados por Edwin Sutherland (2015), os quais constataram que os crimes de colarinho branco são fruto do aprendizado obtido por determinados grupos e atores, através de interações sociais realizadas cotidianamente. Posteriormente, estas contribuições epistemológicas impulsionaram o surgimento de novas metodologias de abordagem e diferentes perspectivas sobre as ações danosas dos poderosos como os estudos sobre os crimes de mercado (RUGGIERO, 2018), crimes de mau desenvolvimento (BÖHM, 2020), danos sociais ou zemiologia (PADDY; HILLYARD, 2005), crimes dos poderosos (BARAK, 2017; SARMIENTO *et al*, 2017); crimes globais (MORRISON, 2012) e outros.

Nesse contexto, a criminologia verde⁵ marca uma nova mirada epistemológica aos processos denominados como danos verdes e vitimização ambiental, bem como à procura e

⁵ Halsey (2004) salienta que é preciso maior atenção quando da utilização do termo “verde” na criminologia, se mostrando, por vezes, contrário a expressão. O autor explica que o conceito pode ser cooptado pelo discurso

identificação de seus atores responsáveis, rumando para uma vertente capaz de ir além das esferas meramente penais, abarcando, portanto, ações e omissões danosas que não estão no domínio do sistema de justiça criminal. A vertente verde também se direciona para o estudo e análise das atividades legais e ilegais dos agentes poderosos que geram impactos desproporcionais sobre as populações originárias (CARRASCO; FERNÁNDEZ, 2009; WEIS, 2019), pobres e negras (BULLARD, 2004; ALMEIDA *et al*, 2015), mulheres (HALL, 2013; SALLEH, 1993) e animais não humanos (SOLLUND, 2008). Abordagens estas que foram, por muito tempo, relegadas pela própria criminologia crítica e verde (ZAFFARONI, 2006; MORRISON, 2012; RUGGIERO; SOUTH, 2013a; GOYES; SOUTH, 2017).

O esverdeamento criminológico foi ganhando espaço e notoriedade no âmbito científico, mais precisamente nos anos 1970, através da conceituação formulada por Lynch, como a *green criminology* (2017). No entanto, apesar de ter ganhado atenção no meio acadêmico, em especial, nos últimos anos, há muito tempo já estavam sendo discutidos e denunciados os inúmeros processos violentos e danosos praticados pelos poderosos, sobretudo, através das produções de pesquisadores e pesquisadoras do Sul Global. Os trabalhos apontavam as atrocidades cometidas pelos países colonialistas sobre as periferias do capitalismo global. O não reconhecimento das produções realizadas anteriormente à conceituação formulada por Lynch reflete o verdadeiro “*apartheid criminológico*”, uma “*amnésia*” e um silenciamento de vítimas (AGOZINO, 2003; CICARÉ, 2018; GOYES; SOUTH, 2017; OLMO, 1987; ZAFFARONI, 2012).

A criminologia verde não surge com a intenção de superar os paradigmas criminológicos constituídos e críticos até então, tampouco apresentar teorias específicas; busca, apenas, contribuir com novas formas de olhar e responder aos crimes ecológicos transnacionais, especialmente aqueles que impactam estruturalmente as regiões do Sul Global (WEIS, 2019). Goyes (2016) propõe uma Criminologia Verde Crítica do Sul, focalizada na produção do saber das regiões que sofreram diretamente os efeitos devastadores das ações violentas dos poderosos, incluindo os processos de epistemicídio produzidos pelo Norte Global. Para o autor, é a partir dessas perspectivas periféricas que se torna possível conhecer e compreender, de forma potencializada, a racionalidade dos crimes dos poderosos, seus discursos, táticas e estratégias

empresarial, desviando do objetivo dos e das criminólogos/as em apresentar um olhar crítico e emancipador sobre as representações políticas corporativas e os autores de danos sociais. Ruggiero e South (2013a) afirmam que, apesar de reconhecerem os riscos que a terminologia possui no cenário corporativo neoliberal, ainda é adequada e importante, pois apresenta novos horizontes de análise e contribuições teóricas para identificar os danos ambientais e seus atores econômicos.

de poder, tanto por meio de ações diretas, como pelos processos de omissão, os quais também acarretam danos sociais massivos (CARNEIRO, 2005; GOYES 2016; OLMO, 1987).

White (2008) denomina algumas colorações para desenvolver as diferentes formas de visualizar e identificar os danos ambientais como, por exemplo, *problemas marrons* para definir os efeitos da poluição no ar, rios, solo, despejos de resíduos tóxicos, derramamento de óleo; *problemas verdes* para caracterizar aqueles danos praticados contra os animais não humanos e ecossistemas, que implicam na destruição de habitats, na morte de espécies de animais não humanos, assim como na perda da biodiversidade; e *problemas brancos* para direcionar o enfoque criminológico as questões científicas como, modificações genéticas, realização de teste em animais não humanos, e danos laboratoriais num sentido macro. Também podem ser abarcados como parte dos estudos criminológicos verdes outros conceitos situados na temática dos danos ambientais como a Criminologia das Mudanças Climáticas, Criminologia Eco-Global, a Criminologia Ambiental e a Criminologia da Conservação (WALTERS, 2017).

Desse modo, a criminologia verde⁶ não se refere apenas aos impactos causados pelos agentes poderosos na natureza e/ou no sistema ecológico, mas, sobretudo, à relação complexa existente entre processos de exploração e destruição do meio ambiente que geram vítimas humanas e não humanas. Os estudos criminológicos verdes também se inserem na capacidade de identificar discursos que legitimam e garantem a produção de danos sociais massivos, os quais ganham maior força nas sociedades capitalistas neoliberais, por meio do notável apoio das redes midiáticas e de grupos da sociedade civil, para além das agências formais do Estado (WEIS, 2019; BÖHM, 2020).

2.1 A produção de danos sociais a partir das atividades legais e ilegais estatais-corporativas

Os danos sociais praticados pelos Estados, mercados e grandes corporações, podem ser identificados como fruto de ações individuais e/ou conjuntas. No entanto, evidencia-se uma maior predominância das atividades síncronas entres esses agentes poderosos, especialmente, em razão das condições políticas e sociais que regem a sociedade moderna, modulada, a partir das definições econômicas capitalistas, das políticas e gerências neoliberais, da atuação

⁶A criminologia verde não deve ser entendida como um saber criminológico único e universal, uma vez que, apesar de ser um termo abrangente, surge com o objetivo de nortear diferentes estudos na área dos crimes de Estado, mercados e grandes corporações, inclusive, em questões que envolvem transformações linguísticas (RUGGIERO; SOUTH, 2013a, p. 360).

dominante das instituições financeiras, órgãos nacionais e internacionais e, sobretudo, do mercado global (BARAK, 2015). A partir desse entendimento, é possível identificar a fusão entre os Estados, mercados e corporações, de modo que as instituições, assim como os próprios indivíduos, passam a ser regidos pela lógica neoliberal enquanto racionalidade (conforme, *infra*), sustentando, portanto, a sobreposição dos interesses particulares em detrimento de uma esfera de racionalidade pautada no comum.

Além das ações visíveis provocadas pelos poderosos no contexto capitalista neoliberal, a omissão também faz parte da realidade complexa e grave dessa macrocriminalidade, sobretudo, em determinados territórios, onde a indiferença e o ostracismo são reflexos rotineiros do poder estrutural dos atores econômicos. Essa normalização e naturalização, em concessão com o neoliberalismo, afeta drasticamente as condições de vida e sobrevivência das populações localizadas em regiões pobres e marginais (BÖHM, 2020; MEDEIROS, 2013). No cenário latino-americano, esses efeitos são ainda mais sentidos, uma vez que as populações vêm sofrendo, sistematicamente, os efeitos de longos processos violentos de escravização, colonização, genocídio e etnocídio antinegro e antindígena, ditaduras civis-militares, neocolonialismo, e ataques policiais militarizados. Estes conflitos, de alguma maneira, beneficiaram e privilegiaram, financeiramente e politicamente, as grandes empresas, assim como o próprio Estado (ANITUA, 2005; SILVA FILHO, 2009; RIVERA, 2014).

Nos casos brasileiros que compreendem a construção da hidrelétrica Belo Monte e das mineradoras em Mariana e Brumadinho/MG, gerenciadas pelas empresas Samarco S/A e Vale/SA, se exemplificam as dinâmicas de atuação dos poderosos na produção de danos sociais massivos e processos de vitimização ambiental. Especialmente, quando adentram nos espaços marcados por interesses econômicos e políticos corporativos. Nos respectivos casos, houve tanto, de um lado, a omissão do Estado na fiscalização dos procedimentos adotados na construção dos complexos industriais, como, de outro, na maneira direta de repressão contra as famílias e pessoas que residiam nas regiões próximas às construções, sobretudo, com apoio das corporações e instituições de pesquisas. O resultado destes crimes contabilizou imensuráveis atingidos e atingidas, totalizando 228 mortos em Brumadinho; 19 mortos em Mariana – além de ser considerado o primeiro crime ambiental brasileiro classificado como violação de direitos humanos; um aumento exponencial nas estatísticas de suicídios, depressão, e outros transtornos mentais, como também desemprego, criminalização e pobreza, em Belo Monte⁷. Além disso,

⁷Após a construção da hidrelétrica Belo Monte em Altamira/Pará, a vida das populações originárias, pobres e negras foi radicalmente alterada. Povos inteiros perderam suas formas de subsistência, moradia, foram obrigados a se desalojarem de suas casas, marcadas por gerações e gerações, bem como constituindo vínculos afetivos,

os efeitos destes danos ainda são sentidos, uma vez que alteraram radicalmente a estrutura ecológica destas regiões, bem como atingiram indescritivelmente as condições materiais, de saúde física e mental das vítimas (COLOGNESE, 2018; HERNÁNDEZ; MAGALHÃES, 2011; COSTA; FELIPPE; REIS, 2016).

No entanto, o que estes casos possuem em comum, para além dos impactos ambientais e sociais, é a capacidade rotineira com que são praticados, de modo que se tornam fenômenos naturalizados e normalizados, tanto pelo discurso político, como midiático e social. De tal forma que, muitas vezes, os danos sociais praticados pelos poderosos, são propagados como meros “desastres”, “catástrofes naturais”, e/ou “acidentes inevitáveis”.⁸ Registra-se, desse modo, um verdadeiro complexo industrial do crime, onde além do Estado fazer parte da dinâmica de operacionalidade das condutas danosas corporativas, ainda lucra-se com estas, ganhando influência e legitimidade política através de discursos e práticas (DAVIS, 2018; HILLYARD; TOMBS, 2005; BARAK, 2015).

A atuação das grandes empresas, especialmente, dentro dos territórios relegados e dominados pelas grandes potências econômicas transnacionais são, deliberadamente, danosas, desenfreadas e desregulamentadas, asseverando as práticas colonialistas e exploratórias contra as populações da periferia do capitalismo. Não raro, sem qualquer intervenção ou limitação do Estado, uma vez que se trata de condutas praticadas e avalizadas pelo próprio, as quais são sinérgicas na sociabilidade neoliberal (MIGNOLO, 2005; QUIJANO, 2005; BALLESTRIN, 2013). Por esta razão, o objeto de estudo criminológico, voltado para os danos sociais, possibilita uma nova atenção para as condutas não reconhecidas e apontadas como crimes, de forma a construir um primeiro caminho no sentido de encontrar maneiras de enfrentar essa problemática, sem depositar a solução integral nas ingerências do sistema penal (NATALI, 2016; CICARÉ, 2018).

3 EFEITOS DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL NO CENÁRIO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL ESTATAL-CORPORATIVA

históricos e culturais sociologicamente e culturalmente importantes para as populações locais. A partir dos efeitos da construção da hidrelétrica, a taxa de suicídios na cidade também aumentou exponencialmente, sobretudo em crianças. Além disso, provocou grandes impactos na saúde mental das populações locais, de variadas faixas etárias (BRUM; GLOCK, 2020).

⁸Em uma pesquisa sobre os significados etimológicos das palavras “desastre” e “acidente”, Budó (2015) verificou que as terminologias são empregadas como forma de desresponsabilizar às ações danosas corporativas. A primeira palavra, etimologicamente, se relaciona a “um [acontecimento negativo provocado pela influência dos astros](#)”, e a segunda significa “caído”, ou seja, um acontecimento “[que cai do céu](#)”.

A partir das transformações epistemológicas ocorridas no campo das criminologias críticas, em especial, aquelas formuladas na década de 1960 e 1970, iniciou-se um aprofundamento teórico acerca das ações e omissões praticadas pelos Estados, mercados e corporações transnacionais, sobretudo, direcionado às fortes influências de uma racionalidade governamental pungente, responsável por mudanças radicais nas dinâmicas subjetivas, políticas, econômicas e jurídicas que estruturam a sociedade (DARDOT; LAVAL, 2016). Nesse debate, também se evidencia uma relação intrínseca entre o capitalismo e o racismo, de modo que os processos colonialistas das sociedades modernas ganharam outro significado, constituindo uma roupagem baseada no dispositivo de poder biopolítico do Estado⁹ (ALMEIDA *et al*, 2015; CARNEIRO, 2005; FOUCAULT, 2008).

A implicação dos micropoderes na constituição de uma nova forma organizacional e gerencial da sociedade foi trabalhada por Michel Foucault (2005) com a denominação do biopoder/biopolítica. Essa nova tecnologia de poder evidencia o resultado da incorporação da noção do gerenciamento dos corpos individuais, através dos mecanismos disciplinadores (homem-corpo), com o controle das populações, e do corpo social (homem-espécie)¹⁰. A centralidade da discussão que fundamenta o biopoder caracteriza-se, então, pela noção do exercício soberano do Estado, a partir de um processo pautado na lógica do “fazer viver e deixar morrer”. Os fenômenos da vida e da morte passam a ser orientados por dimensionalidades políticas, e não mais por um fator naturalístico. Sendo assim, “[...] toda biopolítica é também, intrinsecamente, uma tanatopolítica”, uma vez que o direito sobre a vida se sustenta a partir do direito de matar pelo poder soberano (DUARTE, 2008, p. 4).

Nesse sentido, no sistema do biopoder foucaultiano, ao centralizar no gerenciamento da vida dos sujeitos a atenção, como forma de cooptá-las para o funcionamento e a manutenção da estrutura capitalista, a morte acaba sendo um processo secundário (CARNEIRO, 2005; MBEMBE, 2018; FOUCAULT, 2005). Assim, o debate em torno da semiótica do neoliberalismo vai se inserir no contexto da biopolítica, sobretudo, a partir da ideia do mercado

⁹Sueli Carneiro (2005) chama para o centro da roda as teorizações de Michel Foucault e Boaventura de Sousa Santos, a fim de desenvolver um diálogo entre os autores, através da noção de colonialidade e racialidade do poder, sobretudo, a partir de uma perspectiva que centraliza as relações entre poderes e resistências no que diz respeito à produção do saber. Para tanto, o conceito de epistemicídio é pensado e articulado como uma ferramenta para negar a racionalidade do “Outro”, a partir da invisibilização e deslegitimação dos saberes produzidos pelas subalternidades. Essa ideia faz parte do que se entende por dispositivo de poder/biopoder, pautado na raça, a partir do qual determinam-se hierarquias, papéis sociais, bem como a ordem diferencial que determina quem vive e quem é deixado para morrer.

¹⁰O conceito de biopolítica não surge com o objetivo de excluir o poder disciplinar das relações sociais, tampouco reduzi-lo, mas sim, de integrá-lo, de modo a destacar a existência de um dispositivo que se manifesta por meio da vida biológica (FOUCAULT, 2005).

enquanto um mecanismo central na imagética, na modelagem, no controle e no gerenciamento, da vida e da morte.

O neoliberalismo pode ser compreendido, por vezes, como uma forma política, ideológica¹¹ e/ou econômica, assim como, em outros termos, uma razão/racionalidade governante, operacionalizada por relações macro e microssociais, de tal modo que todas as relações da vida humana possam ser atingidas (DARDOT; LAVAL, 2016; BROWN, 2017; FOUCAULT, 2008; CASARA, 2017; LAZZARATO, 2013). Neste caso, opta-se, no presente texto, pela utilização do conceito de neoliberalismo enquanto uma racionalidade governamental, a qual faz alusão a um novo modo de reconstrução e condução do mundo, a partir da qual os Estados, assim como os cidadãos, passam a ser orientados às exigências de um *leitmotiv* de competitividade mercadológica, e não mais para objetivos axiologicamente imantados, tais como promoção da justiça social ou solidariedade política.

A racionalidade neoliberal, portanto, não deve ser confundida como mera reforma política de organização do Estado. Constatação que não anula ou subverte o estudo do rescaldo político-discursivo neoliberal e suas influências criminológicas e político-criminais mais imediatas e palpáveis (DIVAN, 2020, p. 76-78). Implica reconhecer que as práticas neoliberais são polimorfos e onipresentes, bem como reformulam toda a estrutura do sistema capitalista, sobretudo, a partir de constantes e renovados mecanismos de controle e vigilância da população e de condutas individualizadas, pautadas em um tipo de lógica econômica que atinge todas as esferas da vida humana, das laborais às estritamente políticas, passando pelas afetivas (FOUCAULT, 2008; BROWN, 2017).

Enquanto racionalidade, o neoliberalismo - para, por todos, Brown (2018, p. 8-9) - reconfigura a própria noção mercadológica, política e econômica de liberdade(s), e eleva a noção de valor e mesmo de capital a confins tanto inimaginavelmente abstratos quanto causadores de efeitos visíveis. A forma constitutiva dessa nova ordem mundial é regida por instrumentos de violências visíveis, invisíveis e culturais que destroem qualquer possibilidade de ação e imaginação de uma sociedade pautada em espectros de uma solidariedade indicativa de uma racionalidade lastreada na construção comum (HARDT; NEGRI, 2016, DARDOT; LAVAL, 2017; GALTUNG, 2017; FISHER, 2020).

A partir da introdução aos significados do neoliberalismo, além de ser possível

¹¹O não reconhecimento do neoliberalismo como ideologia se justifica pela análise crítica da conjuntura política das sociedades capitalistas contemporâneas, onde não apenas a ascensão da nova direita representa a lógica competitiva e mercadológica como, também, esse discurso é cooptado e (re)produzido pela própria esquerda moderna (DARDOT; LAVAL, 2016).

visualizar a existência de uma razão disciplinar global, de igual forma, identificam-se diferentes efeitos produzidos no mundo. Nesse contexto, as violências sistemáticas praticadas contra os povos pertencentes às regiões latino-americanas coincidem diretamente com a disciplina normativa neoliberal, uma vez que, além das violências diretas praticadas contra as regiões do Sul Global, há também um grande processo estrutural e cultural de transformação de subjetividades (WHITE, 2015; BÖHM, 2020). Um tom que acelera e potencializa a tão típica possibilidade de descarte (humano, inclusive) que as várias lógicas de preponderância mercadológica ostentam, e da qual a economia política neoliberal não apenas não abre mão, como ressignifica, escamoteando o déficit protetivo a partir de uma nova ordem competitiva que perverte os referenciais de vitória/mérito e derrota/inércia.

Além disso, os efeitos da razão neoliberal no cenário de destruição ambiental podem ser evidenciados pela sobreposição de interesses privados ao público, a partir de um projeto de desmoralização das competências da administração pública, sobretudo no que diz respeito à relação entre as ações das grandes corporações, uma vez que estas acabam sendo mais fortes e poderosas do que os próprios Estados-nação, pois controlam e detêm grandes extensões de terra, água, e recursos alimentares. Com isso, há também uma transferência das responsabilidades do mercado pelas destruições e aniquilações cometidas na sociedade, e também sobre indivíduos. Essa responsabilidade individual, demarcada pelo discurso empresarial, gera indiferença pública e ausência de interesses nas pautas ambientalistas, uma vez que os sujeitos são influenciados a integrarem a lógica da competição e da concorrência, muito embora essa lógica prejudique a si e aos que estão em seu entorno, ao simbolizar um abandono coletivo das possibilidades pautadas no comum (DARDOT; LAVAL, 2016; WHITE, 2015).

A relação entre a discussão ambiental sob as lentes de uma criminalidade na modalidade *state-corporate* e a racionalidade neoliberal é, aqui, tão afinada e síncrona, que se percebe claramente um enfoque estrutural que impele tanto (i) a ciência de que uma economia política pautada em um tipo específico de desenvolvimentismo requer e estimula a despolitização das premissas críticas e o esvaziamento axiológico das discussões e projetos em prol da otimização de resultados quantificáveis (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 383), e (ii) a noção de que não há – na esteira do cânone neoliberal da lavra de Hayek, entre outros, qualquer limite para o rearranjo discursivo sobre o que deveria ser objeto de exploração, e sim sobre meios igualmente otimizáveis do exercício exploratório (RUGGIERO; SOUTH, 2013b, p. 13-14).

Böhm (2020) ressalta que os meios de comunicação em massa contribuem, ainda que indiretamente, com ações lesivas praticadas pelos agentes poderosos, no sentido de que constroem e reproduzem o perfil de quem e o que será considerado “criminoso”. Assim, os

desígnios midiáticos na divulgação majoritária de notícias referentes à criminalidade de rua (patrimônio, drogas e homicídio) acabam desviando a atenção sobre crimes mais graves, como aqueles praticados pelos Estados, mercados e corporações (AMARAL; SWATEK, 2020). Tal processo não representa apenas o papel oligopolizado da mídia no mundo neoliberal, mas aponta para o processo de subjetivação empresarial existente na relação entre as esferas institucionais e individuais, onde a construção imagética em defesa dos poderosos, seja a partir da ocultação das suas ações, como na sua imunização, é diretamente influenciada pela rede midiática. Além da questão de que um entrave mecânico na apreciação e enquadramento dos próprios instrumentos dogmáticos-criminais faz com que haja uma bifronte insuficiência de aparelhagem tradicional com ausência de imagética e de vontade política para a associação desse perfil de práticas com o que se considera, de fato, criminalidade, criminoso ou crime. Nesse ponto, a racionalidade neoliberal impõe um sentido falacioso que enreda a própria discursividade criminológica, vez em que se vale contraditoriamente do próprio arcabouço crítico que denuncia a incongruência punitiva e a falta de razoabilidade técnica penalista no quesito, conseguindo ambientar a crítica usual em seu favor (DIVAN, 2020, p. 146-147).

Além das violências diretas (visíveis) cometidas na América Latina, violências indiretas (invisíveis), sobretudo no contexto estrutural e cultural, visualizam-se a partir da aplicação de medidas políticas estatais restritivas às populações internas, especialmente pobres e negras. Isso ocorre através da negação de acesso a direitos básicos, necessários para sua sobrevivência como, por exemplo, a impossibilidade de acessar os aparelhos de apoio do Estado; o difícil acesso aos mecanismos formais estatais para reivindicação de direitos; a imobilização do Estado na prevenção de ações depredatórias, provocadas pelas atividades empresariais; e, até mesmo, quando as corporações, em conluio com os Estados, exploram os recursos naturais, desenfreadamente, nos territórios onde se instalam cuja base de sustentação dos atingidos e atingidas se dá, justamente, por meio da preservação de tais recursos (BÖHM, 2017; GALTUNG, 2005).

Nesse sentido, considerando que a nova fase do neoliberalismo redimensiona Estados, empresas e indivíduos para a lógica competitiva do mercado global, no contexto dos danos ambientais é possível visualizar ainda mais os impactos dessa racionalidade governamental, a qual conta com um papel ainda mais despolitizado da atuação estatal, especialmente no que diz respeito às políticas sociais, ambientais ou científicas (BROWN, 2017). Isso porque a concorrência oligopolista faz com que o Estado fique subordinado aos ditames dos oligopólios, sobretudo nas condições que ele mesmo cria, a partir de discursos em nome do progresso e do bom desenvolvimento, sem dissociar a função estatal de implemento político com a de gerir

uma economia de métricas e resultados tal como uma das próprias empresas/oligopólios (AUGUSTO; WILKE, 2019, p. 225). Enquanto isso, as populações internas de seus países permanecem em relegação, sendo exploradas e neutralizadas, e o capital forte e protegido, passível de reinvestimentos e reconstruções valorativas e semânticas (DARDOT; LAVAL, 2016).

Apesar dos efeitos globais da razão neoliberal, o seu impacto conta com grandes disparidades, especialmente, no contexto das periferias do capitalismo global, uma vez que as violências podem ser cometidas tanto por meio externo, através de organismos internacionais e países do Norte Global; internos, por meio do próprio Estado, como também, por meio das subjetividades relativas a essa universalidade do modelo. O tom benevolente do universalismo (desde sempre falsário) da lógica liberal, que joga com um individualismo empobrecido como motriz, e alardeia universalidades quando convenientes para padronizações úteis (DIVAN, 2020, p. 127) é potencializado na razão neoliberal. Os efeitos da colonização e do racismo estrutural refletem a necessária aplicação da rejeição de si mesmo para manter a lógica operacional da contemporaneidade, o que produz uma alta carga de sofrimento contra as populações não-brancas, tanto individual como coletivamente, através do apagamento de si, correlato a um desejo de ser o outro. Isso é resultado direto da teoria do embranquecimento, responsável pela criação fantasmagórica do negro, que encontra força com a ascensão do neoliberalismo, tanto como política, para, agora, uma forma de governamentalidade (DARDOT; LAVAL, 2016; MBEMBE, 2014; FANON, 2008). E é em relação a isso que se visualiza não só possível como necessária uma abertura epistêmica, dialogal e política que una os eixos criminológicos críticos-verdes e questionadores da racionalidade neoliberal às noções calcadas em uma necropolítica, conforme se passa a analisar, na seção seguinte.

4 DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE A NECROPOLÍTICA E OS ESTUDOS CRIMINOLÓGICOS VERDES: AS VÍTIMAS DO RACISMO AMBIENTAL E O NECROCAPITALISMO

A partir dos conceitos apresentados, vislumbra-se uma ligação intrínseca existente entre a operacionalidade dos crimes dos poderosos com a governamentalidade neoliberal, cujo efeito é a produção de danos massivos em determinados territórios, os quais atingem, sobremaneira, populações pobres, negras, indígenas e mulheres. Desse modo, a partir do desenvolvimento da concepção da política da morte, é possível visualizar como Estados, mercados e corporações atuam dentro da lógica neoliberal, de forma a manter os seus interesses privados e econômicos,

e simultaneamente retroalimentar as dinâmicas individuais que os legitimam, mesmo que para isso sejam aniquiladas vidas humanas e não humanas.

A necropolítica, na acepção trazida por Achille Mbembe (2018), exemplifica como o elemento condicionante da raça, aplicado fora do campo europeu, em especial, nas regiões do Sul Global, demarca a transferência do poder soberano, antes pautado no gerenciamento da vida, para então, na produção e administração da morte. Esta que organiza e programa o direito de matar através da política do “deixar viver e fazer morrer”.¹² *Necro* vêm do termo grego “morte”, sendo a *necro* (política) a organização e programação do poder soberano para gerar a morte. Como forma de executar o necropoder na modernidade, mormente sobre os corpos racializados, se faz necessário um valoroso processo de transformação cultural e social, mediado pela naturalização e banalização da morte de alguns grupos e pessoas, de modo que a determinação geopolítica onde o extermínio se estabelecerá se torna fulcral nessa estratégia política. Para tanto, a organização e estruturação de um projeto político ideológico se torna fundamental na configuração do espaço territorial a ser adentrado, uma vez que, a partir da construção do “Outro”, se produz e reproduz formas materiais e imaginárias de derrotá-lo, as quais são reverberadas pela própria sociedade. O racismo, e os seus mecanismos legitimadores calcados na dimensão biopolítica, são cruciais para a produção da morte do Outro, inaugurando uma forma operacional de soberania orientada pela “[...] capacidade de definir quem importa e quem não importa, assim como quem é descartável e quem não é” (MBEMBE, 2018, p. 135; CARNEIRO, 2005).

Nesse contexto, a criminologia verde, voltada aos estudos sobre os danos sociais, especificamente, no campo das degradações ambientais, há algum tempo já tem reconhecido os grandes contrastes existentes entre as vítimas das ações/omissões dos Estados, mercados e grandes corporações. Dialogando, nessa perspectiva, com estudos e denúncias realizadas que apontam movimentos contra as injustiças ambientais e o racismo ambiental, internacional¹³ e

¹²O ponto crítico de Mbembe (2018) na perspectiva da biopolítica foucaultiana, é de que esta desconsidera os processos humanos perversos ocorridos anteriormente ao holocausto nazista – o qual foi considerado o ápice das violências já perpetradas e vivenciadas pela humanidade. O autor, portanto, aponta que as colônias constituem o cenário inicial e de experiência para a aplicabilidade dos mecanismos de poder pautados na lógica do extermínio do “Outro” que, posteriormente, seriam aplicados na Europa. Assim, os elementos que produziram o genocídio de judeus, ciganos, prostitutas, e demais perseguidos no período nazifascista, fazem parte de um amplo conjunto de práticas e discursos racistas, importados do período colonial, especialmente, da escravidão.

¹³A palavra foi conceituada pela primeira vez na década 1980, oportunidade em que o Reverendo Benjamin Chavis da *United Church of Christ* (UCC) divulgou os resultados de pesquisas realizadas sobre os efeitos das instalações de despejos de lixos tóxicos em locais majoritariamente compostos por populações negras e pobres. O estudo comprovou que o fator racial era caracterizante para a instalação e exercício dessas empresas (BULLARD, 2004).

nacionalmente¹⁴. O não reconhecimento do racismo ambiental, assim como a ausência de políticas sociais que promovam ações de enfrentamento às violências visíveis e invisíveis dos Estados, mercados e corporações são necessárias para que os poderosos continuem lucrando, bem como potencializando a saúde do mercado. Esta relação é recíproca, de modo que ambos contribuem com a estrutura neoliberal.

Além disso, tanto em relação ao espaço macro, quanto microssocial, não há conferência significativa que contabilize a gravidade dos crimes dos poderosos, notadamente, na mesma proporção com que se reconhece a lesão provocadas por crimes comuns (patrimônio; tráfico de drogas; homicídio). No contexto brasileiro, isso se deve muito em razão da extensão de ações autoritárias, racistas e excludentes, mantendo, assim, a lógica de perseguição, rotulação social e institucional voltada às populações não-brancas (COLOGNESE, 2017; SILVEIRA, 2018; BUDÓ, 2015; BECKER, 2010). A necropolítica insere-se nesse contexto devido à construção do perfil do sujeito a ser aniquilado, como também pelo território a ser adentrado pela dominação das atividades estatais-corporativas, através das quais a articulação entre esses fatores ocorre por meio da raça e os espectros de racialização (MBEMBE, 2014).

Não raro, os discursos propagados pelos poderosos são direcionados à demonização e criminalização dos povos originários, ao mesmo tempo em que empreendem esforços na defesa dos interesses econômicos das grandes empresas. Assim, o extermínio de alguns grupos de resistência e enfrentamento traduzem táticas empreendidas por agentes poderosos para a manutenção das suas atividades corporativas lucrativas e potencialmente danosas. Segundo o último relatório produzido pela Comissão Pastoral da Terra (2019), constatou-se um aumento exponencial no número de conflitos por terra no país, envolvendo povos tradicionais e fazendeiros, especialmente, a partir do primeiro ano do governo Bolsonaro¹⁵. Em 2019, registrou-se o maior número de conflitos rurais ocorridos nos últimos cinco anos, da mesma forma, em que também se contabilizou o maior número de lideranças indígenas assassinadas, em comparação aos últimos onze anos. Tal realidade também resultou em mais de mil famílias atingidas na Amazônia no ano de 2019, sobretudo, em decorrência dos ataques sofridos pelo garimpo e agropecuária (MILANEZ et al, 2019b).

¹⁴Como se discutirá mais adiante, em áreas em que ocorreram crimes ambientais de grande complexidade, como Brumadinho e Mariana, a maioria da população atingida é não-branca.

¹⁵“Bolsonaro é autor de inúmeras falas públicas racistas, e o início de seu governo merece uma análise mais aprofundada diante da agressividade dos ataques contra os povos indígenas, a desestruturação da FUNAI e do subsistema de saúde indígena e a incitação ao ódio contra indígenas. Mas como compreender as propostas de “integração”, a comparação de indígenas em seus territórios a “animais em zoológicos”, ou declarações de que “o índio é um ser humano igualzinho nós”, mas “em situação inferior a nós”, sem a categoria de racismo?” (MILANEZ et al, 2019, p. 2169).

O grau de suspensão excepcional da aplicação normativa/garantidora, em relação ao racismo ambiental e a esse cariz de marginalização dos então atingidos e atingidas é necessariamente um ponto a ser destacado. É como se os mecanismos da pulverização soberana de aplicação e/ou desativação da regra (AGAMBEN, 2004, p. 18; DIVAN, 2020, p. 109-113) atingissem um ápice conformando espécie de tipo ideal e ainda mais desnudo de *homo sacer*. Os efeitos gerados pela nova espécie de soberania produzem uma ação de exceção que opera através de ações (mais) repressivas, (mais) violentas e (mais) coercitivas, considerando a suscetibilidade produzida e retroalimentada pela fragilidade à qual são pressionadas essas populações pelo capital na configuração neoliberal. Banerjee (2008) denomina esse cenário como parte do necrocapitalismo, segundo o qual a soberania colonial se estabelece através do estado de exceção na economia política moderna, ponto que as respostas jurídicas – civis ou criminais – não conseguem alcançar a tempo e modo devido, como nos apontam os exemplos de atuação, no sistema de justiça criminal e no campo da responsabilidade civil, nos casos de Brumadinho e Mariana¹⁶. As atuais ações e omissões do governo brasileiro em torno da agenda ambiental, com o aumento significativo das áreas de desmatamento na Amazônia (INPE, 2020), deflagram a aposta na degradação ambiental como política de governo, na contramão dos dispositivos internacionais e constitucionais.

Nessa forma de organização do espaço, não há distinção entre ambientes políticos internos e externos, uma vez que não há limitação geográfica demarcada, de modo que o próprio Estado se transforma em uma máquina de guerra, capaz não só de dominar e controlar a população local, como também de explorar e exterminar a própria natureza em que a população alvo se organiza e vive:

Em Kosovo, a “degradação” das capacidades sérvias tomou a forma de uma guerra infraestrutural que destruiu pontes, ferrovias, rodovias, redes de comunicação, armazéns e depósitos de petróleo, centrais termoeletricas, centrais elétricas e instalações de tratamento de água. Como se pode presumir, a execução de tal estratégia militar, especialmente quando combinada com a imposição de sanções, resulta na falência do sistema de sobrevivência do inimigo. Os danos persistentes à vida civil são particularmente eloquentes. Por exemplo, a destruição do complexo petroquímico Pancevo, nos arredores de Belgrado, durante a campanha do Kosovo “deixou as proximidades tão contaminada com cloreto de vinilo, amônia, mercúrio, nafta e dioxinas, que se recomendou o aborto às mulheres grávidas, da mesma forma que todas as mulheres locais foram aconselhadas a evitar a gravidez durante dois anos”. As guerras da época da globalização, assim, visam forçar o inimigo à

¹⁶ João Paulo Viana (2016, p. 13), analisando os impactos do rompimento da barragem em Mariana, por exemplo, indica as múltiplas dimensões dos danos: “[...] além das mortes e perda de propriedades, concentradas nos trechos de rio próximos à barragem, os prejuízos socioambientais mais relevantes associados ao desastre correspondem aos problemas causados ao ambiente aquático, aos recursos nele existentes, em particular os recursos pesqueiros afetando diretamente os trabalhadores da pesca, e os recursos hídricos, afetando seus usuários, em particular as cidades que faziam a captação de água no Rio Doce para abastecimento da população urbana, além dos usuários no meio rural, em especial os agricultores e pecuaristas”.

submissão, independentemente de consequências imediatas, efeitos secundários e “danos colaterais” das ações militares (MBEMBE, 2018, p. 138).

A característica da nova forma de relação entre o capital e o poder se opera através da “privatização da violência”, de modo que os exércitos de guerra e as milícias permanecem aliadas ao mercado global neoliberal. Desse modo, a exploração e a destruição ambiental no território dominado pelo poder corporativo-estatal¹⁷ passam a ser instrumento de ataque às vidas humanas; isso quando não realizada de forma direta, a morte também pode ser operacionalizada de forma indireta, por meio da negação e aniquilamento dos meios básicos de sobrevivência das populações não brancas, atingindo capacidades de produção agrícola locais, a autonomia alimentar, impossibilitando o acesso aos recursos naturais e impactando irreversivelmente o solo, os rios e o ar (GRŽINIĆ; TATLIĆ, 2014, p. 25).

No Brasil, estima-se que mais de 75% das populações negras integram as zonas de risco ambiental, evidenciando o claro fator de racialização nos territórios de degradação ambiental. Tal estatística revela que, além das probabilidades de sofrerem com os danos ambientais oriundos das atividades empresariais, as populações não brancas também possuem maiores suscetibilidades a desenvolverem problemas psicológicos, uma vez que fazem parte de uma realidade de vulnerabilidade humana, de desclassificação e desterritorialização, as quais impactam negativamente em todas as relações de suas vidas (SILVA, 2019; BARRETO, 2010). No caso do crime ambiental em Mariana/MG, Wanderley (2015) realizou um levantamento a partir do recorte distrital, evidenciando o critério de raça como determinante nesse contexto de destruição ambiental, constatando que 84,3% das vítimas em Bento Rodrigues se consideravam pardas ou pretas; 79,8% no distrito de Santa Rita Durão; 80% em Paracatu, e 67,3%, na Cidade de Mariana/MG. Estudo desenvolvido por Bruno Milanez et al (2019) sobre o crime ambiental em Brumadinho (MG) indicou que, “sobre características de raça e renda da população afetada pelo rompimento nos primeiros quilômetros do caminho do rejeito indicou uma maior presença de população negra, bem como de baixa renda. Assim, constatou-se que a população residente na área definida metodologicamente como afetada pelo rejeito da Vale em Brumadinho era predominantemente de não brancos (63,8%), percentagem populacional superior às médias municipal (52,5%) e estadual (54,6%), inclusive nas áreas rurais (respectivamente, 59,8% e

¹⁷ Olmo (1990) explica como o ecocídio, biocídio e o genocídio foram ferramentas de ataques violentos utilizados pelos Estados Unidos contra os povos latino-americanos no contexto de guerra as drogas, uma vez que as ações policiais militarizadas provocaram danos irreparáveis no meio ambiente, afetando, portanto, as vidas humanas ali localizadas. O mecanismo eco-bio-genocida ocorreu, por exemplo, por meio da disseminação do herbicida *Round-up*, produzido pela grande potência Monsanto.

59,5%). Nas áreas indicadas como as populações e residências mais atingidas, Parque Cachoeira e Córrego do Feijão, os percentuais de não brancos chegavam a 70,5% e 58,8%, respectivamente. A média do rendimento nominal mensal para pessoas com mais de 10 anos de idade (com e sem rendimento) na área delimitada na investigação, em 2010 (ano de realização do censo), foi de R\$ 475,25; 7% a menos que o salário-mínimo do período” (MILANEZ et al, 2019a, p. 8).

O racismo ambiental também pode ser evidenciado através das condições sociais de saneamento básico a que as populações não brancas são historicamente submetidas, de modo que o capital ainda as direciona para locais ambientalmente insalubres, evidenciando-se a alta periculosidade de suas exposições. Isso ocorre tanto em relação aos fatores que prejudicam as suas condições mínimas de vida, como também pela neutralização, através da obliteração das possibilidades de sobrevivência humana nesses ambientes. O nível de produção de mortes das populações negras no Brasil por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado (DRSAI), entre os anos de 1996 a 2014, equivaleram a 97.897, o que totaliza a queda de 710 aviões. Contabilizando populações negras sem qualquer condição de saneamento básico, o número de vitimizações se expande. Entre os anos de 2008 a 2016, 2 milhões de pessoas foram internadas por doenças relacionadas à falta de saneamento no Brasil, sendo o marcador da raça uma constante (JESUS, 2020, p. 8).

Dessa forma, a localização político-geográfica das populações não-brancas, ocasionadas pelo neocolonialismo, aliada às ausências do Estado na elaboração de políticas públicas sociais, integra o projeto da necropolítica, especialmente através do racismo ambiental. Por esta razão, a criminologia verde deve estar voltada ao rompimento com os processos epistemicidas que concentram alto valor sobre as produções ocidentais, para então reconhecer, identificar e denunciar publicamente as ações danosas de Estados, mercados e corporações, e suas vítimas nos territórios do Sul Global.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Colocadas essas questões e dados, impõe-se um recorte criminológico verde a partir da necropolítica enquanto marco teórico e fator premente de abordagem. Especialmente, voltado para a compreensão da realidade social pautada nos ditames do mercado global neoliberal, onde as grandes corporações e os Estados atuam de forma conjunta, aniquilando e destruindo territórios e povos inteiros, e, atingindo intencionalmente, ou não, populações pobres, negras, indígenas e mulheres, como forma de manter intactas as suas barganhas. Do mesmo modo que

parece indiscutível que se parta (em uma análise criminológica desse cariz) de um modelo que destaque a subjetivação empresarial e competitiva, propício na racionalidade neoliberal, que contribui com a produção mais severa do racismo estrutural, e que conta com apoio da sociedade civil, perpassando pelos próprios atingidos e atingidas por estas violências.

É importante considerar, para o avanço nas agendas de pesquisa da Criminologia Verde, que as articulações entre neoliberalismo, crimes ambientais, mercados e corporações passam menos pela atuação do sistema de justiça criminal – reprodutor do racismo e da seletividade de classe, como já indicou a Criminologia Crítica -, e mais por uma visão que amplie os diálogos institucionais em torno da visibilidade das populações mais afetadas pelos crimes ambientais, para a imbricação entre liberdade (e direito à vida) de indivíduos ou de populações inteiras à luta pela terra, pelo meio ambiente e por condições dignas de vida. Cientes de que tais esferas reproduzem relações de poder também associadas a interesses do capital e do Estado, é importante perceber como o discurso em torno da “sustentabilidade” oferece possibilidades de reprodução de uma lógica punitiva (inoperante) ou se abre possibilidades para que novas hipóteses (coletivas, transnacionais) de responsabilização possam ser pensadas.

Por esta razão, considerando que a produção de danos sociais massivos representa não apenas interesses macroestruturais, como também das próprias camadas da sociedade civil, através da mídia e até mesmo do discurso científico, os estudos criminológicos verdes não podem perder de vista os espectros mais perversos das atividades legais e ilegais dos poderosos, sobretudo, o epicentro das suas vitimizações, as quais são, interminavelmente, atravessadas por critérios de raça, classe, etnia e gênero. Sendo assim, a criminologia verde deve adotar um viés crítico e radical a partir da necropolítica, como forma de possibilitar uma análise substancial em relação não apenas aos discursos corporativos que disseminam a racionalidade neoliberal, como também em (des)construir as pontes hegemônicas, dentro do próprio universo acadêmico, mirando no combate as injustiças sociais e ao racismo ambiental que assombram as sociedades de capitalismo periférico.

REFERÊNCIAS

AAS, Katja Franko. ‘**The Earth is one but the world is not**’: Criminological theory and its geopolitical divisions. *Theoretical criminology*, v. 16, n. 1, p. 5-20, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGOZINO, Biko. **Counter-colonial criminology**: A critique of imperialist reason. Pluto Press, 2003.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Estado, Regulação e Crise**. Práxis Interdisciplinar, v. 1, n. 1, 2013.

ALMEIDA, Daniela dos Santos; TOTTI, Virgínia; PIRES, Thula. Racismo Ambiental e a distribuição racialmente desigual dos danos ambientais no Brasil. **Relatório PIBIC, Rio de Janeiro**, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do. Neoliberalismo e democracia que resta: uma análise desde o caso brasileiro/Neoliberalism and democracy that remains: an analysis from the brazilian case. **Profanações**, v. 5, n. 2, p. 129-146, 2018.

_____; SWATEK, Tatiana das Neves. Criminologia midiática: um estudo sobre o programa “cidade alerta” (rede record de televisão). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 1, 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: del Puerto, 2005.

AUGUSTO, Acácio; WILKE, Helena. Racionalidade neoliberal e segurança: embates entre democracia securitária e anarquia. In: RAGO, Margareth; PELEGRINI, Maurício (org.). **Neoliberalismo, feminismos e contracondutas: perspectivas foucaultianas**. São Paulo: Intermeios, 2019. p. 225-245.

BALLESTRIN, L. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.

BANERJEE, Subhabrata Bobby. Necrocapitalism. **Organization Studies**, v. 29, n. 12, p. 1541-1563, 2008.

BARAK, Gregg. **Unchecked corporate power: Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it**. Taylor & Francis, 2017.

_____. (Ed.). **The Routledge international handbook of the crimes of the powerful**. Routledge, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Ana Cláudia de Jesus. O lugar dos negros pobres na cidade: estudo na área de risco do bairro dom bosco. **Libertas**, Juiz de Fora, v.10, n.2, p. 188 - 215, 2010.

BECKER, Howard S. Outsiders. **Criminology Theory: Selected Classic Readings**, p. 187, 2010.

BÖHM, Maria Laura. El delito de maldesarrollo. In: **Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas**. Tirant lo Blanch, 2020. p. 269-310.

_____. Empresas transnacionais, violações de direitos humanos e violência estrutural na América Latina: um enfoque criminológico. **Revista InSURgência**, n. 2, v. 3, 2017.

BROWN, Wendy. **Cidadania Sacrificial**. Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Trad. Juliane Bianchi Leão. Rio de Janeiro: Zazie Edições; Copenhague, 2018.

_____. **El pueblo sin atributos**: La secreta revolución del neoliberalismo. Malpaso Ediciones SL, 2017.

BRUM, Eliane; GLOCK, Clara. A cidade que mata o futuro: em 2020, Altamira enfrenta um aumento avassalador de suicídios de adolescentes, **EL PAÍS**, 27 abr, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-04-27/a-cidade-que-mata-o-futuro-em-2020-altamira-enfrenta-um-aumento-avassalador-de-suicidios-de-adolescentes.html>

BUDÓ, Marília de Nardin. **As mortes no campo e a operação greenwashing do “agro”**: invisibilização de danos sociais massivos no Brasil, 2017.

_____. Isolar o fato e pôr a culpa nos astros: o plano de fuga perfeito, 2015. Disponível: <https://www.revistaovies.com/tag/companhia-vale-do-rio-doce/>

_____. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o Amianto/Silenced harms: the banality of evil in the scientific discourse on Asbestos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 1, p. 127-140, 2016.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Org.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 45.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese de Doutorado.

CARRASCO, Anita; FERNANDEZ, Eduardo. Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero: La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso. **Estudios Atacameños**, San Pedro de Atacama, n. 38, pp. 75-92, 2009.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Editora José Olympio, 2017.

CICARÉ, Facundo Taibi Taibi. Green criminology y ejercicios de visualidad en la Habana: confusión, estados de negación y " orientales". **Crítica penal y poder**, n. 14, 2018.

COHEN, Stanley. **States of Denial**: Knowing about Atrocities and Suffering. Cambridge: Polity, 2001.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. O caso samarco: vitimização ambiental e dano social corporativo no cenário de mariana-uma investigação empírica a partir da perspectiva das vítimas. **Revista eletrônica direito e política**, v. 13, n. 2, p. 956-988, 2018.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no Campo Brasil 2019, Goiânia, 2019. Disponível em: <https://cptnacional.org.br/downloads-2/download/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14195-conflitos-no-campo-brasil-2019-web>.

COSTA, Alfredo; FELIPPE, Miguel Fernandes; REIS, Gabriel. Licenciamento Ambiental de Grandes Empreendimentos Minerários: Dos Alarmes que Ninguém Escuta a Tragédia no Rio Doce. **Revista Geografias**, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufmg.br/index.php/geografias/article/view/13469>

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A nova razão do mundo**: Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Revolução Permanente**: ensaio sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2020.

DUARTE, André. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. **Revista Cinética**, v. 1, p. 1-16, 2008.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. SciELO-EDUFBA, 2008.

FISHER, Mark. **Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?**. Traduzido por Rodrigo Gonsalves, Jorge Adeodato e Maikel da Silveira. Autonomia Literária, 1 ed. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). 4ª Tiragem. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979), Martins Fontes, Tradução de Eduardo Brandão, 2008.

GALTUNG, Johan. Três formas de violência, três formas de paz. A paz, a guerra e a formação social indo-europeia. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 71, p. 63-75, 2005.

GÓES, Luciano. Abolicionismo penal? Mas qual abolicionismo, “cara pálida”? **Revista InSURgência**, Brasília, ano 3, v.3, n.2, 2017.

GOYES, David Rodríguez. Green activist criminology and the epistemologies of the South. **Critical Criminology**, v. 24, n. 4, p. 503-518, 2016.

_____.; SOUTH, Nigel. Green criminology before ‘green criminology’: Amnesia and absences. **Critical Criminology**, v. 25, n. 2, p. 165-181, 2017.

GRŽINIĆ, Marina; TATLIĆ, Šefik. **Necropolitics, racialization, and global capitalism: Historicization of biopolitics and forensics of politics**, art, and life. Lexington Books, 2014.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Declaração**. Isto não é um manifesto. Trad. Carlos Szlak. 2. ed. São Paulo: n-1 edições, 2016.

INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Nota Técnica – Estimativa do PRODES 2020. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5615#:~:text=Folders-,Estimativa%20de%20desmatamento%20por%20corte%20raso%20na%20Amaz%C3%B4nia,2020%20%C3%A9%20de%2011.088%20km%C2%B2&text=O%20Instituto%20Nacional%20de%20Pesquisas,a%2031%20julho%20de%202020. Acesso em 4 fev. 2021.

HALSEY, Mark. **Against 'green' criminology**. *British Journal of Criminology*, v. 44, n. 6, p. 833-853, 2004.

HALL, Matthew. **Victims, criminal process and environmental justice**. University of Sheffield, 2012. Disponível em: <http://www.greencriminology.org/conferences/2012-09-17%20Matthew%20Hall%20-%20Victims,%20Criminal%20Process%20and%20Environmental%20Justice.pdf> Acesso em 17 fev. 2021.

HERNANDEZ, Fernando DM; MAGALHÃES, Sônia Barbosa. Ciência, cientistas, democracia desfigurada e licenciamento ambiental. **As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental, editado por Andréa Zhouri**, p. 295-324, 2011.

JESUS, Victor de. Racializando o olhar (sociológico) sobre a saúde ambiental em saneamento da população negra: um continuum colonial chamado racismo ambiental. **Saúde e Sociedade**, v. 29, p. e180519, 2020.

LAZZARATO, Maurizio. La fábrica del hombre endeudado. **Revista Científica General José María Córdova**, v. 11, n. 12, p. 291-292, 2013.

LYNCH, Michael. The greening of criminology: A perspective on the 1990s, In, SOUTH, Nigel. *Green Criminology*. London: Routledge, 2017

LONG, M., STRETESKY, P., LYNCH, M., & FENWICK, E. **Crime in the coal industry: Implications for green criminology and treadmill of production**, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018.

_____. **Crítica da razão negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

MEDEIROS, Cíntia Rodrigues de Oliveira. **Inimigos públicos: crimes corporativos e necrocorporações**. 2013. Tese de Doutorado.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, E. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005, 33-49.

MILANEZ, Bruno; MAGNO, Lucas; SANTOS, Rodrigo; COELHO, Tádzio; PINTO, Raquel Giffoni; WANDERLEY, Luiz J. M.; MANSUR, Maíra M.; GONÇALVES, Ricardo J. A. F. **Minas não há mais: avaliação dos aspectos econômicos e institucionais do desastre da Vale na bacia do rio Paraopeba**. *Versos: textos para discussão*, 2019, n. 3, p. 1-114.

_____.; SÁ, Lúcia; KRENAK, Ailton; CRUZ, Felipe Sotto Maior; RAMOS, Elisa Urbano; JESUS, Genilson dos Santos de (Taquary Pataxó). Existência e diferença: o racismo contra os povos indígenas. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 3, p. 2161-2181, 2019.

NATALI, Lorenzo. **A visual approach for green criminology: Exploring the social perception of environmental harm**. Springer, 2016.

NESTER, William. **Globalization, wealth, and power in the twenty-first century**. Palgrave Macmillan, 2010.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, p. 30, 1990.

PENIDO, Maria de Oliveira. Bio(necro)política da mineração: quando o desastre atinge o corpo-território. **Revista Brasileira de Geografia**. Rio de Janeiro, v. 63, n. 2, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (coord.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires. 2005. Clacso. P.107-130

RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. **Victimología: Presente y futuro**. Temis. Bogotá, 1993.

RIVERA, Iñaki Beiras. Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. **AA. VV. Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**, p. 207-222, 2014.

RUGGIERO, Vincenzo. **Los crímenes de la economía: un análisis criminológico del pensamiento económico**. Tradução de Daniel Jiménez Franco. Madrid: Marcial Pons, 2018.

_____.; SOUTH, Nigel South. **Green Criminology and Crimes of the Economy: Theory, Research and Praxis**, Springer Science, 2013a.

_____.; SOUTH, Nigel. Toxic State—Corporate Crimes, Neoliberalism, and Green Criminology: The Hazards and Legacies of the Oil, Chemical and Mineral Industries. **International Journal for Crime, Justice and Social Democracy**, v. 2, n. 2, p. 12-26. 2013b. Disponível em: https://eprints.qut.edu.au/68041/1/C1_South_Toxic_State_Pub_Paper.pdf. Acesso em: jul. 2020.

_____.; SOUTH, Nigel. Green criminology and dirty collar crime. **Critical criminology**, v. 18, n. 4, p. 251-262, 2010.

SALLEH, Ariel. Class, race, and gender discourse in the ecofeminism/deep ecology debate. **Environmental Ethics**, v. 15, n. 3, p. 225-244, 1993.

SANTOS; Jádía Larissa Timm dos; AMARAL, Augusto Jobim do. Neoliberalismo e colapso ambiental: a comodificação dos recursos naturais. In **Socioambientalismo, consumo e biopolítica**, p. 34-60.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 3, p. 40-79, 2017.

SILVA, Pedro Henrique Moreira. **A bio-necropolítica das injustiças ambientais: das vulnerabilidades humanas à tragédia-crime no município de Brumadinho/MG**. 2019. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) - Dom Helder Escola de Direito.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Crimes do Estado e justiça de transição. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**, p. 45, 2012.

_____. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: por uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 121-157

SILVEIRA, Alexandre Marques. **Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de osasco-sp: um estudo criminológico a partir da representação das vítimas**. Faculdade meridional – IMED. ppgd mestrado em direito, 2018.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**. Versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos.–1. ed.–Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of neutralization: A theory of delinquency. **American sociological review**, v. 22, n. 6, p. 664-670, 1957.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. Introduction to the Special Issue on Crimes of the Powerful. **The Howard Journal**, V.4, N. 1, 2015. DOI: 10.1111/hojo.121.

_____.; WHYTE, David. Workplace harm and the illusions of law. In: DORLING, Danny; GORDON, Dave; HILLYARD, Paddy; PANTAZIS, Christina; PEMBERTON, Simon; TOMBS, Steve. **Criminal obsessions: Why harm matters more than crime**. London: Will McMahon, 2005.

VIANA, João Paulo. **Os Pescadores da bacia do Rio Doce: subsídios para a mitigação dos impactos socioambientais do desastre da Samarco em Mariana, Minas Gerais**. Brasília: IPEA, 2016.

WALTERS, Reece. Criminologias verdes. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 201 – 219.

WANDERLEY, Luiz Jardim. Índícios de racismo ambiental na tragédia de Mariana: resultados preliminares e nota técnica. **Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, 2015.

WEIS, Valeria Vegh. Por una criminología crítica verde del sur un análisis sobre selectividad penal, pueblos indígenas y daños ambientales en argentina. **Revista crítica penal y poder**, 2019, N° 16, MARZO P. 53-74.

WHITE, Rob. **Climate change criminology**. Policy Press, 2018

_____.; SOUTH, Nigel. **The future of green criminology: Horizon scanning and climate change**. In: American Society of Criminology Annual Meeting, Atlanta Marriott Marquis. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de La Criminologia**, 2006.

_____. Introducción a Criminología, civilización y nuevo orden mundial, de Wayne Morrison. **Revista crítica penal y poder**, n. 2, 2012.

Submissão: 15/12/2021 Aprovação: 30/05/2023.

GOVERNANCE ET LA NOUVELLE LOI BRÉSILIEUNE D'APPEL OFFRE : UN DEBAT SUR UNE INHERENTE LIMITATION À LA CONCURRENCE

GOVERNANCE AND ITS RELATIONSHIP WITH THE NEWLAW FOR PUBLIC ACQUISITION IN BRAZIL: A DEBATE ON AN INHERENT LIMITATION ON COMPETITION

GOVERNANÇA E SUA RELAÇÃO COM A NOVA LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÃO PÚBLICA: UM DEBATE SOBRE UMA INERENTE LIMITAÇÃO À COMPETIÇÃO

*Bruno Marques*¹
Centro Universitário de Brasília

*Grace Garbaccio*²
Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

*Sandro Dezan*³
Universidade do Minho

Résumé:

Cet article vise à démontrer comment le concept d'Administration Publique est en changement permanent face aux divers modèles d'État. En conséquence, le nouveau modèle d'État impose un objectif sur l'Administration Publique de ne pas permettre que quelque directive constitutionnelle soit déformée. Ainsi, une nouvelle discussion a été posée par l'académie brésilienne, avant et après la approbation de la loi sur l'acquisition des services et produits publics, notamment: l'exigence de la gouvernance par les fournisseurs d'État, de la même manière comme c'est déjà exigé aux entreprises privées. Ainsi, une exigence comme celle-ci ne pourra pas être considérée inexcusable? Pour répondre à cette question, cette étude présente les divers types d'Administration Publique et comme il est considéré inconcevable quelque exigence de gouvernance qui aboutisse à une restriction de la compétitivité. Ainsi, l'hypothèse à confirmer est qu'une exigence de gouvernance ne pourrait jamais résulter en une diminution de la compétitivité entre les fournisseurs publics. Il s'agit d'une étude dogmatique avec la méthodologie d'analyse des discours.

Mots-clés:

Loi d'appel offre. Stéréotype d'administration. Limitation à la compétitivité. Directives Constitutionnelles obligatoires.

¹ Auditor Público Externo do TCE-MT, lotado na Secretaria de Obras e Serviços de Engenharia. Professor de Direito das Obrigações do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. Doutorando em Direito Uniceub. Mestre em Administração: Estratégia e Estudos das Organizações – Universidade Federal do Paraná. Especialista em Controladoria e Finanças e em Engenharia de Produção – PUC-PR. Especialista em Direito, Controle Externo e Administração Pública – FGV. Graduado em Engenharia Civil pela Unicamp e em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura.

² Doutorado em Direito pela *Université de Limoges*/França e devidamente reconhecimento pela UFSC em 2010. Professora do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional e do profissional em Administração Pública no Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Professora da Pós-Graduação da FIA em São Paulo e da ESPM em São Paulo e no Rio Grande do Sul.

³ Doutor em Direito pela Universidade de Direito de Vitória – FGV. Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga). Investigador Integrado (Professor Associado) do Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho e do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII/Braga). Professor no Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo).

Abstract:

This article highlights changes in the archetypes of state administration. Thus, from a perspective of constitutional public administration, a recent discussion has taken place before and after the approval of the Bidding Law, given the demands of expected governance. In these terms, it has been debated whether an ISO certification related to governance could not be seen as an undue delegation of public powers and an indirect way of subverting free competition. Therefore, the present study starts from the main archetypes of state and state administration to show how the current administrative model results in a balance of transparency and governance and broad competition. The confirmable hypothesis would be that in the current model, any requirement of private certification prior to the contractual execution by the bidders would remain unfeasible. Therefore, the confirmable hypothesis would be that a certification could not be required of them before the contractual conclusion. The methodology adopted was discourse and content analysis of a dogmatic methodological study.

Keywords:

Public acquisition law. Administrative stereotypes. Limitations to competitiveness. Mandatory constitutional guidelines.

Resumo:

Este artigo evidencia as alterações nos arquétipos de administração estatal. Assim, sob uma perspectiva de administração pública constitucional, recente discussão tem sido travada antes e após a aprovação da Lei de Licitação haja vista as demandas de governanças previstas. Nestes termos, tem-se debatido se uma certificação ISO relacionada à governança não poderia ser vista como uma delegação indevida de poderes públicos e via indireta de subversão da livre concorrência. Portanto, o presente estudo parte dos principais arquétipos de estado e administração estatal para evidenciar como o atual modelo administrativo resulta em um equilíbrio de transparência e governança e ampla concorrência. A hipótese confirmável seria que no atual modelo, restar-se-ia incabível qualquer exigência de certificação privada prévia a celebração contratual por parte dos licitantes. Portanto, a hipótese confirmável seria que uma certificação não poderia ser exigida destes antes da celebração contratual. A metodologia adotada foi análise de discurso e de conteúdo de um estudo metodológico dogmático.

Palavras-chaves:

Lei de licitação. Arquétipos administrativos. Limites à competitividade. Diretivas constitucionais obrigatórias.

1 INTRODUCTION

L'analyse du mode d'organisation des États a créé plusieurs positions et sources de pensées antagonistes dans le monde académique, sans que l'on puisse énumérer l'une comme la supérieure ou même la meilleure.

Cette discussion est importante, si l'on considère que le mode d'organisation de l'État peut refléter l'un ou l'autre stéréotype d'administration et sa façon se rapporter aux particuliers.

Dans ce contexte, l'adoption des démocraties modernes du modèle d'État régulateur peut inévitablement aboutir à divers conflits d'intérêt public contre ceux des particuliers.

Ce débat a déjà été, exhaustivement, discuté par plusieurs membres de l'académie, mais il vient d'être, une fois de plus, reconsidéré, à cause de la nouvelle pandémie et de quelques scandales liés à la hausse des prix dans certains contrats publics brésiliens, résultant en une inévitable soumission des intérêts collectifs face aux privés.

Dans ce contexte, il faut considérer que, si d'une perspective administrative réglementaire, il y aura certaines obligations qui doivent être inhérentes à l'Administration (comme la sauvegarde des intérêts collectifs), dans une autre perspective, il faut encore relever

l'hypothèse que certains groupes privilégiés puissent utiliser l'appareil public pour s'approprier des ressources collectives.

Cette idée a été déjà considérée par plusieurs auteurs de la théorie de l'agence, mais, récemment, elle a gagné des nouvelles répercussions à cause des scandales dans les contrats de santé brésilienne, spécialement, en ce qui concerne les acquisitions d'appareils de respiration pour les patients du Covid-19.

Dans ce contexte, une ancienne discussion académique revient d'être remise en question : comment pourrait-on garantir les intérêts de la société civile en permettant à l'État de s'engager librement avec les fournisseurs?

Ainsi cet article vise à rediscuter la relation existante entre le mode de préserver l'indépendance publique et une possible diminution de la compétitivité en dépit d'une inévitable exigence imposée par la Loi brésilienne d'appel d'offre, notamment, ce qui concerne l'exigence de gouvernance.

L'hypothèse mise en question est que certains certificats ISO (comme le ISO 37.000 liés à la gouvernance) possiblement exigés ne doivent pas être comme ceux qui sont fournis par l'administration elle-même.

Cet article commence ainsi avec un premier débat sur l'évolution des modes d'État et ses relations avec les sujets particuliers.

Le but est de démontrer que le nouveau stéréotype moderne d'États exigera un équilibre inévitable et inhérent entre l'exigence de gouvernance et un niveau minimum de concurrence entre les particuliers qui veulent signer un contrat avec le pouvoir public, deux idéologies opposées qui doivent être équilibrées par l'administration.

Dans cette partie de l'étude, les principales recherches sur le thème seront exposées.

Après la démonstration de la partie théorique, la Loi d'appel d'offre brésilien sera analysé d'un point de vue d'une possible limitation entre les concurrents.

La méthodologie utilisée est basée sur une analyse des discours et contenus sous une perspective dogmatique inductive: ce qui concerne l'adéquation entre les observations empiriques et les théories postulées.

Il faut, aussi, mettre en évidence la limitation de l'étude qui se résume à une analyse des possibles restrictions de la compétitivité dans la Loi brésilienne d'appel d'offre public. Ainsi, cette étude ne pourra pas être transportée aux autres systèmes juridiques sans une vive attention à cette question.

2 L'EVOLUTION DES MODES D'ÉTATS ET LEURS RAPPORTS AVEC LES PARTICULIERS

À l'origine, le concept d'État était lié à une relation de liberté des citoyens contre quelques contraintes qui venaient de l'ancien régime. Cette idée a été conçue par un certain groupe de chercheurs qui avaient perdu leurs propriétés à cause des actes du roi.

Cette première notion d'État libéral était conçue par la première génération des étudiants en droit constitutionnel et administratif (LOCKE, 2005, p. 380, HOBBS, 2008, p. 147; KANT, 2000, p. 26; HEGER, 2000, p XXVII). C'était le modèle orthodoxe d'État libéral.

Cette notion de gouvernement était liée à Rousseau (2005, p.160) qui soutenait le point de vue que les devoirs des États devaient se résumer à une perspective d'abstention gouvernementale sur les propriétés privées.

Cependant, cette conception a créé plusieurs gouffres sociaux à l'époque, entraînant ainsi, le besoin d'une nouvelle conception.

Sous cette perspective, plusieurs auteurs allemands, plutôt ceux de l'école de Frankfort, ont perfectionné ces premières idées en ce qui concerne les devoirs gouvernementaux à travers une perspective de besoin de rupture effective du *statut quo* précédent (SHUMPETER, 2020, p. 05).

Il a fallu un nouveau concept des devoirs gouvernementaux plus positifs, afin que les citoyens puissent bien profiter d'un État de bien-être social.

En même temps, l'École française discutait l'impossibilité d'idéaliser quelque conception d'État prévue dans une constitution qui était l'impossibilité de refléter la réalité sociale à laquelle elle prétendait (LASSALLE, 1998, p. 18).

Cette discussion spéculative a eu des partisans allemands farouche après la réédition de la Constitution allemande de 1919 — Constitution Allemande de Weimar (1919) — et ses diverses directives insérées dans le texte.

La question qui a été, longuement, débattue est sur l'hypothèse. Les dispositions contenues dans le texte pourraient-elles être conçues comme ayant des forces normatives?

La thèse plus acceptée était celle des Conrad Hesse et Canaris dont les idées affirmaient que toutes les dispositions inscrites dans la constitution allemande devaient être considérées obligatoires au pouvoir exécutif et même au législatif.

Alors, les devoirs énoncés dans le texte constitutionnel, bien que ceux liés à un niveau minimum d'éducation et santé devaient orienter les législateurs et le chef du pouvoir exécutif

de ne pas appliquer quelque attitude qui pourrait les tromper (HESSE, 1991, p. 03; CANARIS, 2002, p. 45).

Néanmoins, les grands endettements des États, notamment, ceux des pays d'Amérique Latine, ont entraîné un nouveau débat sur la question. Jusqu'à quand serait possible de financer les concessions des prestations positives gouvernementales ?

En Angleterre, par exemple, la question des déficits récurrents a annoncé les premières réformes gouvernementales afin que l'État puisse offrir des services publics de qualité supérieure. Il a donc fallu que l'État fournisse moins de services, mais avec de meilleures qualités. Cette idée a été bien développée dans le gouvernement de Margaret Thatcher — *la Dame de fer* —.

En effet, ce concept a été transmis à l'Amérique Latine où ce stéréotype a trouvé des partisans.

Aux États-Unis, ce stéréotype a poussé une alternative viable de réunir les intérêts privés et ceux de l'administration publique à travers la conception d'agences de régulation qui pouvaient intervenir dans les marchés quand il fallait bien le faire. Dès lors, ce modèle nord-américain influence tous les archétypes d'administration sud-américains.

Alors, plusieurs auteurs ont développé l'idée que les économies fragiles de l'Amérique Latine étaient incompatibles avec les demandes des marchands du XXI^e Siècle, surtout, si l'on observait les exigences de l'administration publique pour acquérir des biens à travers un processus bureaucratique d'appel d'offre limitant, ainsi, toutes les entreprises publiques d'être compétitives contre celles du secteur privé (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 15 ; PIQUET CARNEIRO, 1995, p. 150). Ce modèle est plus connu comme l'idéologie du *New Public Management*⁴ (NPM).

Cependant, ceci n'a pas été un modèle universellement accepté. Dans ces termes, des études empiriques liées au processus de privatisation en Amérique Latine ont démontré que, si d'un côté, il y avait des exemples d'augmentation de compétitivité après le processus de privatisation, comme ceux vus au Pérou, d'un autre côté il y en avait d'autres comme ceux du secteur mexicain où le processus de privatisation n'a pas eu les résultats positifs souhaités (ABRUCIO et LOUREIRO, 2018, p. 53).

Ces études ont démontré que si divers secteurs pouvaient captiver les intérêts privés, il y en avait d'autres qui devaient rester sur le contrôle de l'État, comme ceux vus en Argentine

⁴ NPM: un modèle de gouvernement qui décrivait la diminution de la taille d'État.

et en Bolivie comme dans le secteur d'eau (ABRUCIO et LOUREIRO, 2018, p.144; CHONG et LOPEZ DE SILANES, 2005, p. 200).

Ainsi, il y avait certaines activités publiques qui ne pouvaient pas être déléguées à l'initiative privée pour une question de conflit d'intérêts. C'est pourquoi le modèle autocratique est vu dans le pouvoir judiciaire et même dans les actes administratifs considérés comme obligatoires et inhérents au pouvoir exécutif (WEBER, 2010, p.74; FRUNK *et. at.*, 1984, p. 20, SCHUMPETER, 2020, p. 40).

Aussi, il y a nul doute que dans quelque démocratie modérée, il est impossible de déléguer certaines activités. Cependant, c'est aussi possible d'énumérer quelques-unes qui seront toujours incompatibles au secteur privé. D'ailleurs, Levitsky et Ziblatt (2019, p. 200) montrent qu'une délégation de certaines activités, inévitablement, entraînerait des dépurations des fondations sur lesquelles les systèmes de démocraties sont fondés.

Étant donné qu'il y a un cœur d'activités évidemment intouchable, les études récentes montrent encore une augmentation des canaux des plaintes disponibles aux citoyens afin d'éviter quelques abus de pouvoir privé, plutôt ceux qui viennent des secteurs concentrés et pour bien répondre à leurs plaintes.

Ainsi, toutes les agences de régulations ont augmenté les mécanismes de réclamations disponibles comme ceux qui sont vus dans les cas brésiliens des agences de santé et même de l'aviation civile (OLIVEIRA, 2009, p. 158; GUERRA e SALINAS, 2020, p. 10).

Le but de cette idée est d'améliorer les modes avec lesquels les citoyens peuvent exiger leurs droits contre certains abus de la part du secteur privé. En effet, la délégation de certaines activités publiques ne peut pas entraîner une servitude, une dépendance, de la population aux profits exorbitants de certaines entreprises.

Ainsi, l'abstinence des états en promouvant un effectif contrôle sur les marchés concentrés peut résulter en sa propre responsabilité de ne pas garantir un équilibre entre les consommateurs et les intérêts des entreprises, puisque la responsabilité civile de l'État, soit aquilienne, soit contractuelle, est garantie à tout le monde qui vient de subir une faute, un manque des droits constitutionnellement garantis (*Schuld*).

C'est pourquoi quelques discussions de culpabilité restent dispensables quand on vérifie un abus de la part de ceux qui ont le pouvoir économique (DULLIGER, 2020, p. 16, SIRENA, 2019, p. 545; WERRO, 2017, p. 45) et même ceux qui signent un contrat avec le pouvoir public.

Dans ces cas, la culpabilité d'état est présumée, parce que quelque permission d'abus par la partie plus forte montre une inefficacité de la part de l'État en promouvant la paix sociale et en laissant ses citoyens dans la main de petits groupes privés.

Enfin, s'il est possible d'annoncer une diminution des devoirs de l'État en conséquence du nouveau modèle d'administration, c'est encore possible de le responsabiliser pour soumettre la population aux intérêts des grandes entreprises. Le mode de l'État régulateur montre ainsi un devoir imposé à l'État de promouvoir un marché efficace et vraiment compétitif. Dans ce cas, un modèle d'État régulateur impose un devoir de réguler, effectivement, les relations déséquilibrées comme celles qui concernent les consommateurs — *Staatsrecht von Saarlandes und Schuld von der Stadt* —.

Cette idée est vue, non seulement, dans le système brésilien, mais dans tous les autres qui ont l'origine romaine (HLAWON et JAILLET, 2016, p. 123; WERRO, 2017, p. 45; KELLER, WEBER ET CHAPPUIS 2018, p. 214; SIRENA, 2019, p. 545; LACROIX, 2012, p. 39; 2013, p. 453).

Spécifiquement dans les études de la responsabilité de l'État, plusieurs auteurs démontrent une inhérente renaissance et unification de la responsabilité aquilienne et contractuelle dans un seul type: en conséquence du fondement de la responsabilité sur la faute, soit celle qui vient des relations contractuelles, soit celle qui vient des obligations imposées aux citoyens et aux entreprises, théorie qui a été déjà prévue par les anciens auteurs comme Caio Mario da Silva Pereira et Pontes de Miranda (EHRHARDT JR., 2011, p. 177; 2017, p. 182; SILVA PEREIRA, 2016, p. 110; ROSENVALD, FARIAS et BRAGA NETTO, 2016, p. 559; DIAZ, 1998, p. 5).

Ces études sont, évidemment, influencées par la thèse française de Lois Huguency (1904, p. 120) dont les résultats montrent que la responsabilité civile doit être imposée comme une conséquence de la faute, peu importe de quelle origine elle vienne.

Alors, étant donné que même dans le mode d'état moderne, il y aura toujours certaines activités qui ne pourront être jamais déléguées, même avec le mode d'État néolibéral, cette idée résultera inévitablement en un nouveau mode de concevoir le droit administratif et dès lors la forme avec laquelle l'Administration Publique interagit avec ses propres fournisseurs, discussion qui sera l'objet du prochain chapitre.

Ainsi, l'administration publique récente et régulatrice est, par définition, chargée de vérifier le niveau de gouvernance de ses fournisseurs en conséquence de ses propres devoirs de sauvegarde des droits des citoyens qui la financent.

3 LE MODERNE ARCHETYPE D'ADMINISTRATION ET SA RELATION AVEC LES EXIGENCES DES TRANSPARENCES PAR LEURS FOURNISSEURS: UN NOUVEAU MODE DE VUE DU DROIT ADMINISTRATIF CONTEMPORAIN

Au début, les relations qui existaient entre l'état et les citoyens ressemblaient à l'ancien régime. Les actes de l'administration étaient dotés d'une certaine supériorité qui lui permettait de les imposer aux citoyens contre leur volonté sans aucune opportunité de se manifester dans les processus (SILVA, 2003, p. 64).

Cependant, aujourd'hui, ces premières idées ont été, dramatiquement, changées par la conception du droit administratif comme une forme d'expression de la position des états concernant les désirs et les devoirs imposés par la population et contre lesquels il ne peut jamais l'affronter.

Alors, un acte administratif devra être considéré nul, non seulement dans les cas de ne pas atteindre son objectif direct — la concrétisation des désirs de la population — mais aussi dans le cas de ne pas observer l'obligation de donner l'opportunité à tous les citoyens touchés de se manifester.

Il faut, donc, observer que dans un état de droit, l'administration devra, toujours, observer le contradictoire à tous ceux qui pourront être touchés par les conséquences de ses actes.

Par conséquent, les idées des actes d'État supérieur ne sont plus compatibles avec la notion plus développée des obligations étatiques.

Ainsi, si dans le passé on pouvait observer les actes administratifs comme une émanation du pouvoir du roi, maintenant, ces idées sont toutes tombées par terre, car l'argumentation d'un état démocratique, par sa propre définition, met en question l'obligation d'écouter les arguments qui viennent de ceux qui seront touchés, soit directement, soit indirectement (SILVA, 2003, p. 445-569; ROMANI, 1912, p. 179, p. 190). Cet archétype est vu encore dans tous les systèmes de lois qui viennent d'une base italienne (ZANOBINI, 1949, p. 46.).

Dans un futur proche, plusieurs choses concernant les droits collectifs comme la neutralité face au réseau — internet — et même l'obligation de conférer des prestations positives comme un développement durable et l'accès à tous les citoyens aux ressources informatiques seront effectivement exigées.

Dans ce but, le principe de la neutralité qui, auparavant, était suffisant pour ne pas permettre l'absorption des intérêts publics par ceux des commerces privés, aujourd'hui, il commence à demander une posture plus active de l'administration publique.

Sous ce prétexte, au Brésil, la nouvelle Loi d'appel d'offres a été élaborée et publiée en avril 2021.

De telle manière, quelques questions qui concernaient, purement, le secteur privé comme des obligations de gouvernance commencent, déjà, à être obligatoires même dans le secteur public.

Ces concepts des plus grandes ouvertures de transparence par l'Administration Publique sont fondés sur l'idée que l'administration doit promouvoir aux citoyens des meilleurs services possibles et de sorte que les contrats administratifs soient plus transparents, en évitant quelque distorsion de ses fondamentaux.

Il faut, donc, observer que si un niveau de gouvernance est déjà exigé des entreprises qui traitent avec les ressources boursières, comme un mode d'éviter une mauvaise utilisation de leurs capitaux pour la haute administration, cette demande devra, ainsi, être imposée même dans les acquisitions publiques.

C'est-à-dire, si ces obligations sont imposées dans le secteur privé, on ne peut jamais tolérer que les intérêts de l'Administration Publique, qui gère les ressources collectives, soient appropriés par des groupes privés.

De cette façon, pour mieux expliquer comment **la nouvelle loi** traitera ce cas, il faut d'abord, démontrer certains concepts qui concernent la gouvernance et ses relations avec le nouveau modèle d'administration plus transparente, thème du prochain chapitre.

4 LA GOUVERNANCE: UN VIEUX MODELE QUI EXIGE ACTUELLEMENT DE NOUVEAUX STEREOTYPES D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Le concept de gouvernance a été développé dans le secteur privé étant lié aux scandales de corruption impétrant l'entreprise Enron qui a manipulé ses données de comptabilité résultant en une perte pour ses actionnaires.

La manipulation des données a suivi d'une nouvelle loi — Loi Sabanes-Oxley (SOX) — qui demandait un rigoureux contrôle par administrateurs d'entreprise afin que les données ne viennent pas à être une fois de plus maquillées.

Dans ce contexte, les relations existantes sur le marché boursier sont directement connectées à la confiance que les investisseurs ont sur la haute administration tel que les résultats ne refléteront que la vérité.

Ce concept est plutôt lié surtout: a) à l'obligation imposée aux entreprises d'avoir un audit indépendant qui confirmerait la fiabilité des données; b) une mobilisation de tous les

*stakeholders*⁵ pour une augmentation de transparence dans les contrats; e même c) de secteurs indépendants chargés de la *compliance* et de la gouvernance et qui doivent informer à la haute administration quelques détournements entre la posture exigée de l'entreprise et celle qui est effectivement vérifiée (TARANTINO, 2006. p. 335).

Cette situation est, aujourd'hui, imposée à toutes les entreprises qui veulent négocier leurs actions aux marchés internationaux. Cependant, la doctrine sépare la notion de gouvernance de celle de la *compliance*.

Selon la doctrine récente, la notion de compliance est dirigée à une conformité entre les pratiques des entreprises et celles imposées par la loi. Toutefois, une discussion de gouvernance demandera inévitablement, non seulement, une conformation avec les demandes de la loi, mais surtout, une position de toute l'entreprise pour adopter les meilleures pratiques sociales et environnementales.

Ainsi, aujourd'hui, les nouvelles frontières concernant la gouvernance montrent plusieurs exigences. Ce sont, ce qui montre les résultats des études plus récentes françaises (LAHLOU, 2008, p.15).

En ce qui concerne le Brésil, les règles de gouvernance sont dictées par une agence gouvernementale — CVM⁶ —. Il y a aussi un Institut qui publie, de temps en temps, les meilleures règles de gouvernance sociales et environnementales (Institut Brésilien de Gouvernance Corporative)⁷.

Dans ce contexte il y a des auteurs qui voient des valeurs fondamentales dans tous les systèmes de droit positif et même comme une inhérente conséquence du texte constitutionnel imposé aux tous types d'administrations, par exemple: la bonne foi et l'enrichissement injuste (DEZAN, 2017, p. 5). C'est ainsi, impensable que certaines commandes légales qui veulent sauvegarder un contrat résultent en un détournement des archétypes et valeurs qui sont vus comme plus que normatifs.

Alors, dans l'Administration Publique, le thème est plutôt développé par diverses études.

Entre eux, un travail, particulièrement, se démarque: celui de Vieira e Barreto (2019, p. 50) qui décrivent la gouvernance publique comme un devoir lié aux engagements de tous les acteurs autour de l'organisation.

⁵ *Stakeholders*: les acteurs qui ont quelques relations avec l'entreprise: soit employé, soit propriétaire, soit fournisseur.

⁶ CVM: Commission de valeurs mobilières.

⁷ Disponible sur le site: <https://www.ibgc.org.br/>.

Les auteurs démontrent que la gouvernance doit être vue comme une structure physique et même psychologique par l'organisation avec le but d'augmenter les valeurs de ses clients. D'une perspective de l'administration publique, la gouvernance doit ainsi être imaginée comme une espèce de réciprocité mutuelle.

La complexité dans la gouvernance publique est limitée par le fait que le prix de ses produits n'est jamais vu comme un mécanisme efficace de réglementation de la compétitivité à cause de son seul consommateur – le pouvoir exécutif -.

Par conséquent, la question d'une absence de gouvernance dans le secteur public est considérée plus dangereuse parce que c'est possible de nuire à toute une population qui, indirectement, le finance et inévitablement sera affectée.

En ce contexte, la Cour de Comptes Brésilienne a déjà développé l'idée que la gouvernance doit intégrer non seulement la propre Administration comme tous ses contrats.

La Cour défend le concept que le gouvernement fédéral doit, en conséquence, établir des règles générales de gouvernance à être adoptées par toutes les administrations publiques, soit fédérales, soit municipales, soit régionales.

En revanche, si la gouvernance pouvait être vue comme conséquence d'une meilleure transparence, exigée à l'Administration Publique, il faut, aussi, considérer que cette exigence ne pourrait atteindre un tel niveau qui la rende impossible d'atteindre la meilleure compétition entre ses fournisseurs. D'une façon plus facile: les exigences de gouvernances ne pourraient pas résulter en un déséquilibre de telle manière à restreindre la participation de toutes les entreprises qui veulent signer un contrat avec l'Administration.

De l'autre côté, il y a une autre question très délicate qui, récemment, a gagné des discussions particulières: la possibilité d'exiger un certificat privé ISO 37.000 de gouvernance aux fournisseurs qui veulent signer un contrat avec l'Administration Publique.

Cette question n'avait pas été très débattue jusqu'à ce moment, mais a gagné des nouvelles répercutions à cause de la nouvelle Loi brésilienne d'acquisition de produits et services publics, surtout, par l'imposition de gouvernance.

Cependant, la doctrine a commencé à questionner la possibilité que cette exigence soit vue comme une certaine limitation indirecte à la libre compétition qui devait pénétrer toutes les Administrations Publiques. De la même façon, un autre point de vue questionné est la possibilité d'une exigence de certificats internationaux, comme ceux fournis par l'entreprise ISO, internationalement connue.

Dans cette discussion, certains auteurs ont commencé à indiquer que certaines attestations doivent être fournis par la propre administration publique étant donné que le projet fédéral existant offre déjà ce type de qualification.

Dans cette discussion, certains auteurs ont commencé à indiquer un inévitable équilibre qui doit être ajusté par l'Administration d'Etat de telle manière que certains certificats doivent être fournis par la propre administration elle-même, plutôt, puisque l'actuel projet fédéral brésilien du contrôle interne – *pro ética* – déjà permet d'offrir ce type de certificat à un coût plus raisonnables que ceux internationaux.

La question posée est qu'une exigence de certificat privé peut être vue comme une influence indirecte des intérêts privés au détriment de ceux de la collectivité diffusément protégée.

Ce débat était paralysé jusqu'à ce moment, mais, vient récemment d'être rediscuté à cause du nouveau projet et ses exigences de gouvernance prévues.

Afin de répondre à cette question, cette étude vise à analyser la nouvelle loi brésilienne d'appel d'offre et quelques restrictions inscrites. L'analyse est dogmatique avec la méthodologie de l'analyse des discours et des contenus (MARIANI e ORLANDI, 2000, p. 213; MONEBHURRUN, p. 5; VARELLA, p. 423) qui visent à une adéquation entre la théorie et la réalité présentée.

5 L'ANALYSE DE LA NOUVELLE LOI BRÉSILIENNE D'APPEL D'OFFRE: EST-ELLE RESTRICTIVE A LA COMPETITIONS, OU PAS?

Les États, comme toutes les autres personnes juridiques, interviennent dans l'économie en achetant divers produits et services sous prétexte d'acquérir leurs propres ressources dont ils en ont besoin.

L'ancienne Loi d'acquisition, n° 8.999, vient de 1993, datent de plus de 20 ans. Puis, à condition de connecter les acquisitions publiques à celles du système privé, une nouvelle Loi d'acquisition a été approuvée au parlement brésilien (la Loi fédérale n° 14 133, de 01 avril de 2021).

Après diverses modifications, le texte qui a été accordé entre les deux chambres parlementaires, impose, dans l'article n. 11, que la haute administration, municipale, fédérale et régionale, de tous les pouvoirs, seront directement responsables pour implémenter une gestion de risques et même des contrôles externes afin d'évaluer, diriger et améliorer les processus d'acquisition publique et leurs contrats subséquents de sorte que les premières lignes

défensives contre quelques mauvaises utilisations des ressources soient celles des employés et fonctionnaires publics chargés de la gouvernance.

Dans ce but, une question est mise en discussion: est-il possible d'exiger un certificat de bonne gouvernance comme celui d'ISO 37.000 internationalement connu comme une attestation de bonne gouvernance?

Cependant, en permettant ce type d'exigence, la compétitivité entre les fournisseurs sera indirectement affectée et diminuée, surtout, si l'on considère que ces certificats devront être payés en dollar, de telle manière que seulement un petit groupe de grands producteurs pourra les acquérir.

Étant donné les principes de neutralité qui doit orienter toutes les administrations, entre eux, ceux de la meilleure compétitivité et neutralité entre les entreprises, il est possible de conclure que la propre administration doit fournir ces certificats ou même qu'il est possible d'exiger aux privés – comme les ISOs -, mais, seulement, après la célébration du contrat.

Ainsi, malgré diverses voix contraires, il est possible de soutenir la thèse que l'exigence de gouvernance ne doit pas déformer les principes constitutionnels en ce qui concerne l'administration publique qui doit les observer.

D'ailleurs, les nouvelles doctrines, comme on a déjà démontré réaffirment que les impositions des directives constitutionnelles sont dotées d'efficacité pleine.

Ainsi, par une simple question de définition, l'Administration Publique doit être engagée sur l'application effective des directrices constitutionnelles, entre elles, le principe de la plus grande compétitivité entre les fournisseurs.

Il faut, donc, admettre que si d'un côté un niveau de gouvernance doit être exigible, notamment, face aux diverses mauvaises utilisations vues avec les ressources des investisseurs après le cas Enron aux États-Unis. D'un autre côté, cette exigence ne pourrait jamais confronter une directrice constitutionnelle comme celle qui impose la meilleure compétitivité entre les fournisseurs publics de sorte que les programmes déjà existants dans le gouvernement fédéral, comme le *pro éthique*, pourront être utilisés comme une forme alternative de promouvoir et garantir, en même temps, un haut niveau de compétitivité avec un minimum raisonnable de gouvernance exigée aux entreprises du XXI^e Siècle, surtout, à celles qui veulent signer un contrat avec le secteur public.

L'hypothèse initiale a donc été confirmée par les principales études montrées dans la première partie de cet article et aussi par la posture de la doctrine majoritaire.

Ainsi, quelques obligations qui concernent le certificat de gouvernance doivent être: a) ou celui que la propre administration publique déjà fourni – comme celui du projet suivant -

Pro-éthique (*Pro- ética*) du gouvernement fédéral – ou b) même celui privés - ISOs – mais, exigible, seulement, après l'effective signature du contrat public, en évitant quelque restriction à la grande compétitivité qui est constitutionnellement protégée.

6 CONCLUSION

Dans cette étude, il a été démontré que le développement des stéréotypes d'Administration Publique vient d'être modifié jusqu'aux premiers modèles, notamment, liés au libéralisme, mais, a récemment trouvé ses principales sources de légitimité dans les devoirs constitutionnellement prévus.

C'est pourquoi les modes d'Administration Publique sont toujours en constante évolution, de telle manière que dans le contexte actuel la majorité des auteurs considèrent la concrétisation des directives constitutionnelles comme les principaux buts de l'Administration Publique.

Par conséquent, étant donné que le principe de neutralité et de la plus grande compétitivité entre les fournisseurs sont explicitement prévus dans le texte constitutionnel, il faut, donc, observer que certaines impositions dans un nouveau modèle d'acquisition des produits et services publics ne pourront jamais déformer une directrice constitutionnelle.

Ainsi, quelques obligations qui concernent au contrôle de gouvernance doivent être: a) ou celui que la propre administration publique a déjà fourni – comme celui du projet suivant - Pro-éthique (*Pro- ética*) du gouvernement fédéral – ou b) même celui de des privés - ISOs – exigible seulement après l'effective signature du contrat public, en évitant quelque restriction à la grande compétitivité qui est constitutionnellement protégée.

BIBLIOGRAPHIE

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. **Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira**. São Paulo: IPEA, 2018. Disponible en: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8560/1/Burocracia.pdf>. Accédé: 12/08/2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 1, ano 47, p. 7-39, jan./abr. 1996.

CANARIS, Wilhelm Claus. **Systemdenke nun systemdenken in der Jurisprudenz**. 2. Ed. Berlin: Dünken und Humblot, 2002.

CHONG, Alberto; LÓPES DE SILANES, Florêncio. **Privatization in Latin America: Myths and reality**. Washington: Stanford University Press, 2005.

DEZAN. **O conteúdo valorativo da norma jurídica**: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da administração pública. 2017. Thèse (Thèse de Doctorat en Droit) – Universidade Federal de Vitória, Vitória ES, 2017.

DIAZ, Alberto Júlio. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DULLIGER, Silvia. **Bürgerliches Recht. Band Zwei. Schuldrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Austria, Springer-Verlag/Wien, 2020.

EHRHARDT JR. Marcos Augusto de. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé (Tese de Doutorado em Direito)**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

_____. *Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé*. 2. ed. São Paulo, Fórum, 2017.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natahsa Schmitt Caccia. Revolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. **Revista de Direito FGV**. São Paulo, vol. 16, n. 1, p. 1949 -242, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81689/77909>. Accédé en: 13 ago. 2020.

HLAWON, Martin. JAILLET, Laura. Staatsrecht in Grundzügen. Staatsecht in Grundzügen/Droit constitutionnel. Sarre, Deutschland. **Étude juridique franco-allemande**, v. 12, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.cjfa.eu>. Accédé en: 14/08/2018.

HEGER, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. 4. Ed. Berlin: Berliner Ausgabe, 2017.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUGUENEY, Lois. **L'idée de peine privée en droit contemporain**. 345 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Université de Dijon, Dijon-France, 1904.

FRUNK, Albrecht *et. al.* **Verrechtlichung und verdrängung**: die Bürokratie und ihre Klientel. Frankfurt: Verlag für Sozialwissenschaften, 1984.

KANT, Immanuel. **A paz eterna e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2000.

KELLER, Alfred. WEBER, Stephan, CHAPPUIS, GUY. **Disposition de responsabilité civile**. 14. ed. Berna, Ausgereicht: Stämpflis Editions SA, 2018.

LACROIX, Mariève. Le fait générateur de responsabilités civiles extracontractuelles: L'illicéité à la faute simple au regard de l'article «457 Code civil de Québec. [SI], **Revue juridique Thémis**, v. 46, n. 1, pp. 39–54, 2012. Disponível em: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4837-le-fait-generateur-de-responsabilite-civile->

extracontractuelle-personnelle-continuum-de-lrllliceite-a-la-faute-simple-au-regard-de-lrarticle-1457-c-c-q-.html. Accédé en: 14/08/2020.

_____. La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et Québécois. **McGill's law journal - Revue de droit de McGill**. Montréal, vol. 52, n. 02, p. 425-474, 2013.

LAHLOU, Névine. **Vers la fin de la vie privée ?** Les données personnelles à l'ère des Big datèrent. Paris. Université de Sorbonne. 2008. Dissertation (Mateur em droit) — Université de Sorbonne, Paris, France, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 2008.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, DANIEL. **How democracies die**. 1. ed. Nova York: Broadway Books, 2019.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARIANI, Bethania; ORLANDI, Eni Puccinelli. Análise de discurso-princípios e procedimentos. **Revista Anapoll**, [S.l.], v. 1, n. 08, p 213-219, jan./jun. 2000. **Disponível em:** <https://revistadaanpoll.emnuvens.com.br/revista>. Accédé en: 07 set. 2020.

MONEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. VARELLA, Marcelo. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.l.], vol. 3, n 02, p. 423-443, jul. dez. 2013. **Disponível em:** <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/>. Accédé en: 16/08/2020.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte Americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n 47, p. 157 -176, 2009.

PIQUET CARNEIRO, Carlos César (1994). As demandas de formação de Administradores públicos frente ao novo perfil do Estado. **Revista do Serviço público**, Rio de Janeiro, ano 46, vol. 119, n. 1. jan. 1995.

ROMANI, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**. Milano: Società Editrice, 1912.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Lisboa: Almedina, 2003.

SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO da. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2016.

SIRENA, Pietro. **Il concetto di danni**: Rassegna di diritto civile, Napoli, n. 2, p 453-565, 2019.

TARANTINO, Anthony. **Manager Guide to Compliance: Sarbanes-Oxley, Coso, ERM, COBIT, IFRS, BASEL II, OMBA-123, ASX-10, OECD principles, Turnbull Guidance, Best Practice, and Cases Studies**. United States: John Wiley& Sons, Inc. 2006.

SCHUMPETER, Joseph Joseph Aloïs. **Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie**. 10. ed. Stuttgart: Atelier Reichert, 2020.

VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, Gestão de Riscos e Integridade**. Brasília: Enap, 2019.

WEBER, Maximilian Carl Emil. **Die Protestantische Ethik und der Geits des Kapitalismus**. Frankfurt: Campus Verlaf GmbH, 2010.

WERRO, Franz. **La responsabilité civile**. 3. ed. Berna: Stämpflis Editions S.A, 2017.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**: principi generali. Volume Primo. Quinta Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1949.

Submissão: 23/09/2020. Aprovação: 14/07/2023

DA (IM)POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA, PARA INCORPORAÇÃO DE ÁREA, DO REGISTRO DE IMÓVEIS INDÍGENAS¹

THE (IM) POSSIBILITY OF ADMINISTRATIVE RECTIFICATION, FOR THE INCORPORATION OF AREA, OF THE REGISTRATION OF INDIGENOUS PROPERTIES

Thiago Carneiro²

Escola Superior Dom Helder Câmara

Magno Gomes³

Escola Superior Dom Helder Câmara

Resumo:

O presente artigo pretende responder se a alteração promovida pela Lei n. 10.931 de 2004 sobre a Lei n. 6.015 de 1973, que permite a retificação administrativa de medidas de áreas imobiliárias e que eventualmente resulte em incorporação de terreno, pode ser aplicada no caso de terras indígenas. Buscou-se a comprovação de que haveria a possibilidade, tendo em vista que o direito indígena de domínio é transindividual, detido por grupo social vulnerável, merecendo, portanto, prevalência sobre a segurança jurídica registral. A partir do marco teórico da técnica da ponderação cunhada por Alexy (2012), foi possível concluir, por meio de subsunção do caso à fórmula do peso, que não há argumentos racionais jurídicos que embasem um afastamento da segurança jurídica registral, devendo a retificação de áreas indígenas que resulte em incorporação de terreno ser realizada pela via judicial, pois não trará qualquer prejuízo ao grupo. Ao contrário, por se tratar de grupo social hipervulnerável, toda demanda que envolva discussão de seus direitos exige intervenção e defesa pelo Ministério Público, como *custos legis*, conforme a Constituição.

Palavras-chave:

Aumento de área. Retificação administrativa. Terras indígenas. Ponderação de direitos fundamentais. Segurança jurídica registral.

Abstract:

It aims to analyze if the modification promoted by Federal Act No. 10,931, 2004 on Federal Act No. 6.015,1973, which allows administrative rectification of measures in real estate areas and eventually results in land incorporation, can be applied in case of indigenous lands. It was sought to prove that there would be a possibility, considering that indigenous right to domain is transindividual right, held by a vulnerable social group, therefore deserving to prevail over the legal security of the registry. However, from the theoretical framework of the balancing technique created by Alexy, it was possible to conclude, through subsumption of case to the weight formula, that there are no rational legal arguments to support a departure from the registration legal security, so that it prevails over indigenous right to land domain, and rectification of indigenous areas that results in

¹ Trabalho financiado pelo Edital 03 de 2019 da Escola Superior Dom Helder Câmara, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

² Doutorando em Sustentabilidade e Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre em Sustentabilidade e Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Registrador e Tabelião.

³ Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA.

incorporation of land must be carried out by judicial means, because will not prejudice the group. Because it is a hypervulnerable social group, any demand involving discussion of their rights requires intervention and defense by Public Attorney Office, according to the Constitution.

Keywords:

Area increase. Administrative rectification. Indigenous lands. Balancing of fundamental rights. Legal security of registry.

1 INTRODUÇÃO

O advento da Lei n. 10.931 de 2004, que alterou a Lei n. 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos), inovou ao possibilitar a retificação administrativa, no Registro de Imóveis, das medidas de áreas imobiliárias, procedimento que era restrito à via judicial.

Essa alteração trouxe celeridade e eficiência ao procedimento, uma vez que o processo judicial é moroso e burocrático, tendo em vista, principalmente, a sobrecarga que o Poder Judiciário enfrenta atualmente, além de enaltecer o princípio da autonomia do registrador, fortalecendo a fé pública que lhe é depositada, por meio do fortalecimento da segurança jurídica registral.

Contudo, há casos de retificação de medidas perimetrais que podem acarretar um aumento de área e, conseqüentemente, representar uma incorporação de terreno, o que, conforme parte da doutrina e decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é procedimento restrito ainda à via judicial, por uma necessidade de preservação da segurança jurídica registral.

Desse modo, questiona-se, então, se, tratando-se de incorporação por aumento de área de terras destinadas à posse indígena, não seria possível a retificação administrativa do registro. Isso porque, considerando-se a necessidade de eficiência e facilitação dos procedimentos de consolidação dos direitos indígenas, incluindo-se o direito de posse, o direito indígena possuiria uma prevalência, por se tratar de direito transindividual pertencente a grupo social vulnerável.

Nesse sentido, o objetivo é analisar a possibilidade de retificação administrativa, junto ao Cartório, das áreas relativas a terras de domínio indígena que resultem em acréscimo, furtando-se à via judicial, em razão de possuírem, os direitos indígenas, natureza relevante na categoria dos direitos fundamentais, enquanto transindividuais, permitindo sobrepor à segurança jurídica registral.

A presente pesquisa se mostra de suma relevância social, por demonstrar que os Cartórios, na ampliação de seu campo de atuação, têm trazido muita celeridade e economia aos procedimentos que administra, aliadas à necessária segurança jurídica, de modo que é interessante buscar transferir as demandas que forem possíveis do Poder Judiciário. Entretanto,

apesar da morosidade e burocracia inerentes ao desempenho desse Poder, há direitos que, por sua natureza, precisam ser discutidos sob seu crivo, mormente quando exigida a intervenção e defesa pelo Ministério Público, em razão de, dessa forma, conferir-se um caráter mais democrático às soluções apresentadas. É o que se concluirá.

E embora a hipótese ao problema proposto mostre-se relativamente previsível, as discussões científicas não são válidas apenas quando apresentem respostas diferentes das que já existem. A sociedade, as relações que guarda e, conseqüentemente, os desafios que se apresentam estão em evolução e constante aumento de complexidade, de maneira que é sempre necessário à comunidade científica discutir formas de facilitar e aprimorar a resolução de conflitos, sobretudo, no que tange aos conflitos jurídicos, que discutem direitos de alta relevância e enfrentam tantos desafios como morosidade e sobrecarga do Judiciário, altos custos e desgaste emocional e financeiro para as partes envolvidas.

Portanto, apontar novas possibilidades à solução de conflitos que já existem é sempre válido e exigível dos pesquisadores, enquanto cientistas jurídicos. E concluir que, para determinada situação, a melhor saída ainda é a alternativa atual disponível no sistema jurídico recorrente, também é de grande contribuição à evolução do Direito e da sociedade, pois, assim, evitam-se a permanência de diversas conjecturas, infundadas e superficiais, cujo tempo e conhecimento direcionado pode ser aplicado em outras discussões de igual relevância e utilidade, uma vez que o conhecimento científica se dá em uma rede de diálogo contínuo e interligado, e nunca de forma isolada.

A metodologia utilizada consiste em uma análise qualitativa, por meio de uma abordagem dedutiva, partindo de uma técnica de pesquisa bibliográfica, documental, normativa e jurisprudencial, cujo objetivo é explorar e propor uma melhor interpretação.

Utilizar-se-á, então, como marco teórico, a teoria filosófica dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2012), por ser a teoria que melhor desenvolve o conceito e importância dos princípios jurídicos de direitos fundamentais, apresentando a técnica da ponderação, um procedimento de argumentação lógico-racional que, de maneira imparcial e matematizada, permite concluir, pelo método dedutivo, se, no caso concreto da retificação administrativa de áreas indígenas com acréscimo de medida, deve prevalecer o direito transindividual de domínio dos grupos indígenas ou a segurança jurídica registral.

Para corroborar a conclusão do marco teórico, será trazida, ainda, decisão proferida pelo STJ, no Recurso Especial (REsp) n. 1.228.288/RS (BRASIL, 2016), que faz uma análise muito detida e comprometida com a manutenção da segurança jurídica e do regime democrático, no que tange ao direito de propriedade.

No desenvolvimento da discussão, desenvolver-se-á uma análise do que seria jurisdição contenciosa e voluntária (natureza do procedimento que era exigido para retificação de área pela redação original da Lei n. 6.015 de 1973) e desjudicialização, bem como um comparativo entre a redação original da Lei de Registros Públicos e o benefício trazido pela desjudicialização promovida pela Lei 10.931 de 2004.

Ao final, realiza-se, após uma explanação acerca da natureza transindividual do direito indígena à posse de terras, uma ponderação entre os princípios de direitos fundamentais à segurança jurídica registral e ao direito indígena à tal posse, com base na teoria proposta por Alexy (2012), que apresenta uma teoria apta a solucionar colisões entre direitos fundamentais nos casos concretos, a partir do estabelecimento das leis da colisão.

2 JURISDIÇÃO CONTENCIOSA, VOLUNTÁRIA E DESJUDICIALIZAÇÃO

Para fins didáticos, é possível estabelecer a divisão do gênero jurisdição entre as espécies: contenciosa e voluntária, as quais se encontram consagradas no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Há duas correntes que apontam a natureza jurídica da jurisdição voluntária: a teoria administrativista ou clássica e a teoria revisionista ou jurisdicionalista.

A primeira teoria defende que o juiz exerce uma atividade de administração pública de interesses privados, pois não há substituição da vontade das partes pela lei, não há aplicação do direito material na solução do caso concreto, considerando que não há lide (pretensão resistida em um conflito de interesses), não há parte (mero interessado), não há processo (mero procedimento), e não há coisa julgada material (NEVES, 2016, p. 41-45).

A segunda teoria defende que o juiz exerce atividade jurisdicional com peculiaridades, sabendo-se que a substitutividade e a lide não são essenciais à jurisdição, a subsunção do caso concreto ao direito material é apenas um dos escopos da jurisdição – e sua ausência não a desconfigura. Embora as partes tenham vontades convergentes, há uma pretensão resistida pela exigência da lei em submissão à atuação do juiz (espécie de lide); parte não implica a existência de situação antagônica; processo não implica apenas caráter jurisdicional, pode ser também administrativo (NEVES, 2016, p. 41-45).

Como última diferença em relação à teoria administrativista, a teoria revisionista, em sua vertente majoritária, defende que não se pode falar em ausência de coisa julgada material, pois, mantendo-se a situação fático-probatória em que foi produzida a coisa julgada, a decisão se faz imutável e indiscutível, abrindo a possibilidade de revisão apenas no caso de superveniente modificação dos fatos e fundamentos jurídicos (NEVES, 2016, p. 44-45).

Na jurisdição voluntária, ao contrário da contenciosa, a opção político-legislativa estabeleceu a obrigatoriedade de intervenção do Poder Judiciário, para conferir efeito jurídico e satisfação da pretensão em determinadas relações jurídicas (NEVES, 2016, p. 39).

Constata-se maior presença de traços do sistema inquisitivo – em relação à jurisdição contenciosa, no desenrolar de todo o processo –, que se manifestam no poder do juiz de produzir provas e decidir contra a vontade de ambas as partes, além de poder iniciar determinada demanda de ofício e ter a faculdade de julgar com base no juízo de equidade, o qual, conforme doutrina majoritária, afasta a legalidade e confere discricionariedade ao julgador para se basear em oportunidade e conveniência (NEVES, 2016, p. 39-41).

Cumprir ressaltar que a jurisdição implica a judicialização de conflitos – centralização da solução de demandas no Poder Judiciário –, expressão, conforme Ribeiro, utilizada há décadas para representar um fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, que consagrou os direitos fundamentais como corolário do Estado Democrático de Direito, trazendo maior segurança jurídica às relações jurídicas e imparcialidade ao seu tratamento (RIBEIRO, 2013, p. 26-27).

Tamanha é a importância dos direitos fundamentais, que “informam os elementos fundamentais da ordem jurídica fundamental e também configuram um conjunto de posições fundamentais jurídicas que vinculam os legisladores, os administradores e os tribunais” (GAVIÃO FILHO; FREITAS, 2020, p. 254).

Importante ressaltar, inclusive, que, no direito ambiental, verifica-se que o fenômeno da judicialização de conflitos tem assumido a função primordial de apresentar casos de descumprimento da legislação ou de seu cumprimento limítrofe “quando há divergências sobre a interpretação ou os procedimentos de aplicação das leis –, revelar a defesa de direitos que podem ser formalmente assegurados, mas carecem de eficácia” (BÖLTER; DERANI, 2018, p. 220).

Por outro lado, é importante destacar o fenômeno da desjudicialização, que representa uma face contrária à judicialização, caracterizada, segundo Ribeiro, pela elaboração de legislação que “possibilita a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição” (RIBEIRO, 2013, p. 30), seja essa voluntária ou contenciosa.

A ampliação do acesso à Justiça, enquanto direito fundamental social constitucional, constitui a terceira onda de renovação do processo civil no Brasil, que busca trazer mais efetividade aos litígios (MANCUSO, 2009, p. 54), tendo o Poder Judiciário enfrentado uma crise decorrente do elevado número de demandas, das custas processuais, do muito tempo despendido no desenrolar de um processo, bem como do desgaste das partes.

Por essas razões, a sociedade pós-industrial tem desenvolvido a cultura do acordo, que vem permitindo, nos últimos anos no Brasil, a institucionalização de diferentes maneiras de gestão dos interesses e solução de litígios, promovendo uma nova consciência acerca dos conflitos sociais. Daí o surgimento dos métodos alternativos de solução de conflitos, como conciliação e mediação (expressamente prestigiados no CPC/15), dentre os quais, encontram-se os procedimentos extrajudiciais – que não passam pelo crivo do Poder Judiciário.

O fenômeno da desjudicialização é benéfico por trazer maior celeridade e satisfatoriedade à solução das demandas sociais, dentro de uma sociedade contemporânea com relações e necessidades altamente complexas. Justamente por isso, surgiu, segundo Ribeiro, uma insuficiência do Estado-juiz em fornecer respostas satisfatórias em termos de qualidade, celeridade e efetividade, em razão da velocidade em que as transformações sociais ocorrem (RIBEIRO, 2013, p. 31).

Exemplos de desjudicialização são as leis que permitiram a realização de divórcio e partilha de bens, bem como inventário, junto aos Cartórios. Nesse contexto, pode-se apontar também a Lei n. 10.931 de 2004, que alterou a Lei n. 6.015 de 1973 (Lei dos Registros Públicos), permitindo a retificação administrativa de áreas no registro imobiliário, isto é, diretamente no Cartório, procedimento que era permitido somente na via judicial.

3 RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

A alteração na Lei n. 6.015 de 1973, promovida pela Lei n. 10.931 de 2004, teve como intuito consolidar o princípio da autonomia do registrador imobiliário, trazendo confiabilidade à sua atuação, para alcançar maior celeridade e eficiência nos procedimentos de retificação do registro de imóvel, partindo do pressuposto de que a via judicial é sempre mais burocrática e demorada. Além disso, enfatiza a seriedade e responsabilidade por parte do registrador.

Em vista dessa alteração, vale fazer um comparativo entre a Lei 6.015 de 1973 em sua redação original e na redação alterada pela Lei n. 10.931 de 2004, no que tange à presente discussão.

3.1 Redação original da Lei n. 6.015 de 1973

Na redação original, a Lei dos Registros Públicos dispunha sobre o procedimento de retificação do registro de imóveis nos artigos 213 e 214, como um procedimento de jurisdição voluntária, *in verbis*:

Art. 213. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar sua retificação, por meio de processo próprio.

Art. 214. A requerimento do interessado, poderá ser retificado o erro constante do registro, desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro.

§ 1º A retificação será feita mediante despacho judicial, salvo no caso de erro evidente, o qual o oficial, desde logo, corrigirá, com a devida cautela.

§ 2º Se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados, para se manifestarem sobre o requerimento, em dez (10) dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores.

§ 3º O Ministério Público será ouvido no pedido de retificação.

§ 4º Se o pedido de retificação for impugnado fundamentadamente, o Juiz remeterá o interessado para as vias ordinárias.

§ 5º Da sentença do Juiz, deferindo ou não o requerimento, cabe o recurso de apelação com ambos os efeitos (BRASIL, 1973b).

Ou seja, independentemente do grau de complexidade da alteração pretendida, bem como da quantidade de área envolvida na retificação, era necessária a instauração de processo, por provocação do interessado. Indispensável, ainda, era a intervenção do Ministério Público, independentemente de haver pretensão resistida, o que, claramente, promovia uma sobrecarga desnecessária do Poder Judiciário, acompanhada da ausência de efetividade do processo, em termos de celeridade e economia.

3.2 Redação alterada pela Lei n. 10.931 de 2004

Com o advento da nova lei, possibilitou-se a realização de retificação do registro de imóveis diretamente pelo Oficial do Registro, submetendo-se a demanda ao Poder Judiciário somente na hipótese de haver discordância de confrontante (proprietário ou possuidor) ou ameaça de lesão a direito, e, ainda assim, tem-se um processo judicial mais simplificado do que o originalmente previsto.

Inclusive, importante ressaltar que existe um Manual de Processo de Registro de Terras Indígenas, que foi elaborado pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR), junto às Associações estaduais e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece toda a regulamentação necessária, com a maior clareza e facilitação possível da realização dos procedimentos necessários junto ao Registro de Imóveis, a fim de promover a regularização fundiária (ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL *et al.*, 2020).

Trata-se de um exemplo de desjudicialização, que é sempre benéfica, tendo em vista que “o jurisdicionado precisa de uma resposta jurídica para seu conflito, em tempo hábil a produzir seus efeitos, de modo que o bem da vida em disputa ainda esteja posto à disposição e

não tenha se deteriorado em razão do tempo” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 102).

A discussão do presente artigo se atém ao inciso II do artigo 213 – especificamente nos casos de que resultem aumento de área – que assim prevê:

[...]

II - a requerimento do interessado, no caso de **inserção ou alteração de medida perimetral** de que resulte, ou não, **alteração de área**, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim [assinado] pelos confrontantes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) [...] (BRASIL, 2004).

Essa é a hipótese de retificação consensual (bilateral), a qual exige a concordância expressa dos confrontantes do imóvel, que deve ser apresentada no requerimento, juntamente com os demais documentos exigidos para sua instrução.

Conforme Mello, o sistema de registro de imóveis se baseia no princípio da especialidade, o qual dispõe que os imóveis são individualizados por aproximação em relação aos imóveis com que confronta. É um sistema que traz segurança jurídica às relações, garantindo o direito real de propriedade ao titular do imóvel, cuja confiabilidade permite maior celeridade e fomento do mercado econômico (MELLO, 2007, on-line).

O parágrafo 7º do referido artigo ainda prevê que:

§ 7º Pelo mesmo procedimento previsto neste artigo poderão ser apurados os remanescentes de áreas parcialmente alienadas, caso em que serão considerados como confrontantes tão-somente os confinantes das áreas remanescentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) (BRASIL, 2004).

Segundo Mezzari, essa hipótese é muito recorrente nos casos que envolvem terras rurais objeto de desapropriação parcial, em que se identifica uma área remanescente (cuja anuência dos lindeiros deve ser obtida) não passível de determinação pelo registro originário ou pelo procedimento de desapropriação, atraindo também o procedimento previsto no inciso II do referido artigo (MEZZARI, 2007, on-line).

Por sua vez, o parágrafo 8º dispõe que:

§ 8º As áreas públicas poderão ser demarcadas ou ter seus registros retificados pelo mesmo procedimento previsto neste artigo, desde que constem do registro ou sejam logradouros devidamente averbados. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) (BRASIL, 2004).

Ainda segundo Mezzari, as áreas públicas também podem ter seus registros submetidos ao mesmo procedimento de retificação, desde que constem do registro próprio ou estejam

devidamente averbadas – não podendo ser meramente citadas como confrontantes de outros imóveis –, podendo se submeter ao mesmo procedimento que os imóveis particulares, se constantes de matrícula ou transcrição. Esse entendimento se aplica também aos imóveis pertencentes à União (MEZZARI, 2007, on-line).

Para os casos de aumento de área, que podem decorrer da inserção ou alteração de medidas perimetrais, há uma controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de retificação administrativa.

Para Mezzari, no caso de aumento de área que envolva apenas um terreno individualizado de maneira *ad corpus* – o proprietário estiver efetivamente de posse da área controvertida –, é possível a retificação administrativa, independentemente da proporção de aumento envolvida, isto é, tratando-se de imóvel que sempre apresentou as mesmas medidas e área superficial em sua matrícula e em seu integral histórico de registro (MEZZARI, 2007, on-line).

Contudo, nos casos em que se desejar obter a incorporação de terreno ao terreno próprio – ou seja, o proprietário não estiver efetivamente de posse da área controvertida –, ainda que se trate de área de direta continuidade desse, é necessária ação própria de usucapião, para garantir que o requerente da alteração de medidas não esteja se apossando de terreno alheio (MEZZARI, 2007, on-line).

No primeiro caso, de mera retificação administrativa, não há parâmetros objetivos estabelecidos no direito brasileiro sobre a quantidade de área que pode ser alterada administrativamente. Contudo, segundo Mezzari, decisões judiciais de primeira instância aplicaram e ainda o fazem, de maneira discricionária, o limite de 5% (ou de 1/20), com base em previsão do parágrafo único do artigo 1.136 do Código Civil de 1916 – reproduzido no parágrafo 1º do artigo 500 do Código Civil de 2002 (CC/2002) - que estabelecia que, no caso de compra e venda *ad mensuram*, diferenças com limite até essa proporção não acarretariam indenização ou complementação de preço, o que não se aplica aos casos de retificação imobiliária (MEZZARI, 2007, on-line).

Conclui-se que o caso concreto deve ser analisado individualmente pelo Oficial de Registro, atendo-se à forma de comprovação que julgar mais exata e conveniente – oitiva do requerente, documentos, diligência *in loco* –, com base em seu foro íntimo, evitando que haja necessidade de recorrer ao Judiciário para dirimir controvérsias dessa natureza (MEZZARI, 2007, on-line).

A ideia de ampliação das funções desenvolvidas no âmbito dos Cartórios é justamente permitir que haja mais celeridade e economia nos trâmites e, conseqüentemente, nas soluções

fornecidas aos interessados. Principalmente, porque há procedimentos de relativa simplicidade no trato, que não justificam uma intervenção morosa do Judiciário.

4 ANÁLISE QUALITATIVA DA DECISÃO PROFERIDA NO RESP N. 1.228.288/RS

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão, no REsp n. 1.228.288/RS, em 03 de março de 2016, estabelecendo que:

A Lei de Registros Públicos busca dar plena validade, eficácia e segurança aos registros, visando, sobretudo, proteger o interesse dos legítimos proprietários e de terceiros. Isso se faz por intermédio de rígido controle desses registros, que devem guardar a mais próxima representação e individualização de cada imóvel, de modo a torná-lo inconfundível com qualquer outro, razão de se exigir a plena e perfeita identificação de suas características, confrontações e localização. (BRASIL, 2016).

Determinou, ainda, que o procedimento de retificação previsto na referida lei não pode ser aplicado “como forma de aquisição ou aumento de propriedade imobiliária, pois destinado apenas à correção dos assentos existentes no registro de imóveis, considerando-se a situação fática do bem” (BRASIL, 2016).

No caso concreto, alvo do recurso, a requerente postulou, via ação judicial de retificação de registro – que se caracteriza como procedimento de jurisdição voluntária –, a incorporação de grande extensão de área ao seu imóvel privado, em razão de modificação viária. Porém, permitir essa retificação seria promover uma incorporação de área ao imóvel original, diante da ocorrência de alteração da situação fática do bem, e não apenas erro, imprecisão ou omissão relativa às medidas no registro.

Tanto é que o requerimento administrativo previamente realizado pela requerente foi indeferido no Registro de Imóveis competente com base no mesmo argumento jurídico, em cujo procedimento de jurisdição voluntária não ocorreu sequer a notificação dos confrontantes, impedindo que estes pudessem alegar eventual prejuízo sofrido pela incorporação. Justamente por tais razões, os pareceres emitidos pelo Ministério Público (MP), fiscal da lei nos casos que envolvem direitos reais, foram desfavoráveis à pretensão.

5 DO DIREITO DE PROPRIEDADE INDÍGENA

Diante do exposto, cumpre analisar se, em se tratando de terras indígenas, deve-se conferir o mesmo tratamento quanto à retificação administrativa do registro imobiliário que

acarrete aumento de área, no sentido de impedir a incorporação imobiliária pela via administrativa e sempre recorrer à via judicial, pelo procedimento de jurisdição voluntária, para dirimir a controvérsia.

5.1 Interesse transindividual

O direito de propriedade está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), precisamente no artigo 5º, inciso XXII, enquanto direito fundamental individual. O direito de propriedade indígena está previsto no artigo 231, *caput* e parágrafos, abrangendo tanto as terras ocupadas pelos índios por tradição, quanto as terras que se fizerem necessárias à sua reprodução, desenvolvimento de suas atividades e de seu bem-estar, bem como à preservação de suas crenças e tradições (BRASIL, 1988).

Segundo a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), existem diferentes categorias de terras indígenas, sendo pertinentes ao presente trabalho a abordagem de duas modalidades específicas: as tradicionalmente ocupadas e as reservas indígenas.

As terras tradicionalmente ocupadas são aquelas previstas no artigo 231 da CRFB/88, que constituem direito originário e possuem seu processo de demarcação previsto no Decreto n. 1.775 de 1996 (BRASIL, 1996). Por outro lado, as reservas indígenas são as terras adquiridas posteriormente, seja por meio de doação, desapropriação ou aquisição por outra via pela União, que são destinadas à posse indígena. Ambas as modalidades de terras integram o patrimônio da União, mas são de usufruto dos povos indígenas, e devem ser registradas em Cartório, após eventual processo administrativo que se fizer necessário (BRASIL, 2021).

Dessa forma, entende-se que não há direito de propriedade indígena, nesse sentido, mas somente um direito possessório, que permite o usufruto permanente das riquezas do solo e das águas que porventura existam na terra, isto é, o direito de gozar e usar dessas áreas de demarcação e proteção por parte da União, de modo que os povos indígenas detêm somente algumas das faculdades do direito de propriedade, faltando-lhes o direito de dispor (GOMES PIVA; LOZER PATRÍCIO, 2017, p. 59-61).

Refere-se a direito ou interesse transindividual, que representa uma categoria de direitos integrante basicamente da terceira dimensão dos direitos humanos, que engloba os direitos pertencentes a toda a humanidade. Os direitos dos povos indígenas se enquadram na classificação de direitos transindividuais coletivos, que são aqueles “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990).

Foi em razão da necessidade de garantir uma “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados (BRASIL, 1988), que a CRFB/88 consagrou as “instituições independentes e capazes de atingir, ou pelo menos de possibilitar atingir, os objetivos propostos” em seu texto, que são as chamadas funções essenciais à justiça (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 149), tendo como grandes exemplos o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Tanto que o artigo 129, inciso V, da CRFB/88 determina que é função institucional do Ministério Público “[...] defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” – grupo social não só vulnerável, mas hipervulnerável –, devendo intervir “em todos os atos do processo” (artigo 232), justamente porque cabe ao órgão a “defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme artigo 127 do mesmo diploma jurídico (BRASIL, 1988). O MP sempre deve atuar em causas que envolvem direitos fundamentais de grupos vulneráveis e direitos transindividuais.

No mesmo sentido, conforme artigo 4º, inciso XI, da Lei Complementar n. 80/1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública), com redação conferida pela Lei Complementar n. 132 de 2009, também cabe à Defensoria Pública, enquanto função institucional, a defesa de “grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado” (BRASIL, 2009a), configurando verdadeira cláusula aberta para inserção, inclusive, dos povos indígenas.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, por meio do pleno, na Petição n. 3388/RR (BRASIL, 2009b), que os arts. 231 e 232 da CRFB/88 representam um “completo estatuto da causa indígena”, de modo que “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, os índios, foram reconhecidos (declarados, e não constituídos), e a demarcação dessas terras obedece a “modelo de continuidade”, isto é, à “demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária” (BRASIL, 2009b).

É direito plenamente compatibilizado com o desenvolvimento sustentável, inclusive, na visão do STF, posto que o usufruto é consciente e exercido nos limites da preservação ambiental. O desenvolvimento sustentável é muito priorizado atualmente, no cenário nacional e internacional, tendo sido alvo de discussão nos tribunais a sua compatibilidade com o direito indígena à posse de terras, excedendo a uma proteção ambiental, mas se tratando de uma “sustentabilidade intergeracional que permeia todas as atividades e todos os contextos, [...] com fito de desenvolver pensamentos, ações e ideologias” (GOMES; FERREIRA, 2018, p. 160).

É importante ressaltar que a propriedade sempre deve atender à função, que é reflexo da preponderância do interesse coletivo sobre o interesse privado, devendo propiciar condições de habitação que garantam um mínimo de dignidade humana (POZZETTI; LOUREIRO, 2020, p.

292).

5.2 Do conflito entre os princípios da segurança jurídica registral e do direito à posse indígena: ponderação em Robert Alexy

Robert Alexy desenvolveu uma teoria que propõe uma técnica de ponderação entre princípios de direitos fundamentais, de modo que, todos sempre permanecem válidos e vigentes no ordenamento jurídico, de modo abstrato, ainda que, em um caso concreto, um princípio seja efetivado em maior medida do que o outro, com base no exigido pelas circunstâncias subjacentes, a partir de um discurso racional.

O autor traz uma concepção não-positivista do Direito e que traz uma distinção semântica qualitativa entre regras e princípios (ALEXY, 2012, p. 51-52), focando nas normas com conteúdo de direito fundamental e mostrando-se uma teoria mais analítica, precisa e normativa (TOVAR, 2015, p. 173), que permite que os direitos fundamentais sejam efetivados na maior medida possibilitada pelo caso concreto em análise.

Segundo Alexy, as normas de direitos fundamentais apresentam conteúdo deontico, ou seja, de dever-ser, e os direitos fundamentais são normas que delinham a estrutura fundamental da sociedade e possui o grau mais elevado de regulação, por estarem dispostos na legislação de maior hierarquia, que é a Constituição, razão pela qual sua interpretação permite uma maior flexibilização no momento da aplicação no caso concreto, a fim de serem preservados e não se apresentarem na configuração de aplicação de tudo-ou-nada (ALEXY, 2012, p. 53),.

A partir disso surge a distinção fundamental entre regras e princípios, em que ambos são normas com conteúdo deontico, mas os princípios são aplicados em graus, em cada caso concreto, conforme suas possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que os direitos fundamentais se apresentam, por clara inferência, com natureza jurídica de princípio (ALEXY, 2015, p. 190).

Os princípios, portanto, são comandos de otimização, que serão aplicados em maior ou menor medida ao caso, quando em colisão com outros princípios. As possibilidades jurídicas são compostas por outras regras e princípios aplicáveis ao caso. A prevalência de um ou outro princípio no caso concreto dependerá do peso efetivo que cada um apresentará, após equacionado um conjunto de premissas na fórmula do peso, mas a prevalência de um princípio não o exclui do ordenamento jurídico, porquanto será sempre válido (ALEXY, 2012, p. 93-94).

Não há princípio absoluto, que sempre prevaleça em todo caso concreto, tudo depende de uma ponderação a ser realizada por meio da fórmula do peso. Em um caso concreto, sempre

será construída uma relação de precedência de um princípio em face de outro, com base nas possibilidades fáticas e jurídicas que permeiam o caso. É a chamada “lei da colisão” (ALEXY, 2012, p. 98-99).

As possibilidades são compostas pela máxima da proporcionalidade e suas três vertentes: adequação (aptidão do meio ao alcance do fim pretendido), necessidade (escolha do meio adequado menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2014a, p. 53-54), que é a verdadeira ponderação – cumprida a partir das seguintes fases: determinar o grau em que um princípio *x* é descumprido; determinar o grau em que o princípio *y* contraposto deve ser cumprido; concluir se justifica descumprir o princípio *y* para cumprir o *x* (ALEXY, 2005, p. 574).

A ponderação é composta por duas leis. A primeira determina que o grau de cumprimento de um princípio deve ser inversamente proporcional ao grau de descumprimento do contraposto (ALEXY, 2005, p. 573). A segunda determina que o descumprimento de um princípio de direito constitucional deve ser diretamente proporcional ao grau de certeza ou confiabilidade nas premissas subjacentes a ele (ALEXY, 2007, p. 25).

A fórmula do peso é um sistema inferencial lógico, cujas premissas são estabelecidas implicitamente e representadas por uma escala triádica numérica, que representam as intensidades e graus de certeza, a fim de facilitar a compreensão e o caminho a ser seguido para a conclusão acerca do resultado da ponderação. Todas as premissas, com seus respectivos valores atribuídos, devem ser passíveis de justificação (argumentação racional), para que o raciocínio seja racional e válido (ALEXY, 2005, p. 576). Na versão mais atual de sua teoria, Alexy apresentou a fórmula do peso refinada, assim representada:

Figura 1 – Fórmula do peso refinada (Refined Weight Formula)

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n}{I_j \times W_j \times R_j^e \times R_j^n}$$

Fonte: (ALEXY, 2014b, p. 513-514).

Sendo que $W_{i,j}$ é o peso do princípio P_i em relação ao princípio oposto P_j ; I_i é o grau de descumprimento do P_i ; I_j é a importância de se cumprir P_j ; W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios em análise e geralmente são iguais, neutralizando, por se tratarem, ambos, de direitos constitucionais (de mesmo peso); R_i e R_j são o grau de certeza nas premissas empíricas e normativas referentes ao nível de descumprimento de P_i e de descumprimento de

P_j , se P_i não fosse descumprido (ALEXY, 2014b, p. 513-514).

As variáveis do peso abstrato e do descumprimento são classificadas, na escala triádica, como “leve”, “moderada” ou “grave”, valoradas pela escala geométrica como 2^0 (igual a 1), 2^1 (igual a 2) e 2^2 (igual a 4), enquanto as premissas de certeza ou confiabilidade são classificadas como “confiável”, “plausível” e “não evidentemente falso”, valoradas pela escala geométrica como 2^0 (igual a 1), 2^{-1} (igual a $\frac{1}{2}$) e 2^{-2} (igual a $\frac{1}{4}$) (ALEXY, 2014b, p. 515).

No caso específico de uma colisão de direitos fundamentais em concreto – entre o direito à segurança jurídica registral e o direito à posse indígena de terras próprias –, no sentido do Estado adquirir uma terra para transferência à posse indígena, seja por meio de desapropriação, compra e venda, dentre outros, para fins de estabelecimento de uma reserva, cujas medidas estejam equivocadas no Registro de Imóveis, e se almeje a retificação administrativa que resulte em incorporação de área de propriedade privada, deve-se verificar se a ponderação de Alexy (2014b), pela fórmula do peso, permite ou não essa retificação diretamente no Registro de Imóveis, já que o intuito dessa é aumentar a celeridade na efetivação de um direito transindividual.

Suponha-se que “i” represente o princípio do direito indígena à posse de terras, e “s” represente o princípio da segurança jurídica registral.

O direito indígena à posse de terras está previsto na CRFB/88, no ordenamento internacional, por meio da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), artigo 1º – Decreto brasileiro n. 5.051 de 2004 (BRASIL, 2004), revogado pelo Decreto brasileiro n. 10.088 de 2019 (BRASIL, 2019), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), artigo 27 – Decreto brasileiro n. 592 de 1992 (BRASIL, 1992), e da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2008). Possui também proteção pela legislação federal, por meio do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001 de 1973), e pela jurisprudência sólida do STF. Ou seja, pode-se lhe atribuir, inicialmente, peso abstrato (W_i) máximo, 4.

Do mesmo modo, pode-se atribuir peso (W_s) máximo, 4, ao princípio da segurança jurídica, sem maior necessidade argumentativa, por razões já solidificadas na doutrina jurídica acerca da imprescindibilidade do princípio para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao grau de descumprimento e cumprimento de cada princípio, pode-se dizer que o grau de descumprimento do princípio do direito indígena à posse de terras deve ser grave ($I_i = 4$) e possuir o mesmo grau de importância do cumprimento do princípio da segurança jurídica

(Is = 4).

Até então, verifica-se que a equação encontra um impasse e as premissas estão se anulando. Contudo, ao se verificarem as premissas normativas e empíricas subjacentes a cada princípio, verifica-se que não há confiabilidade nas premissas que permitiriam uma violação da segurança jurídica registral em prol do direito indígena à posse.

O direito indígena à posse de terras é um princípio substantivo (seu conteúdo é um direito que representa um bem da vida), enquanto a segurança jurídica é um princípio formal, que diz respeito à dimensão de realidade conceitual do direito, exigindo otimização da legalidade e da eficácia social (ALEXY, 2014b, p. 516).

O princípio formal determina que as regras elaboradas pelas autoridades estatais legitimadas impõem seu próprio cumprimento, de maneira que não podem ser relativizadas ou flexibilizadas sem motivos fortes estabelecidos (ALEXY, 2014b, p. 516-517), salvo se estiver diante de uma injustiça extrema, que faz com que o direito deixe de ser direito, razão pela qual deve-se afastar a segurança jurídica e, portanto, a aplicação da lei formal, caso em que o direito cederia à correção moral (TRIVISONNO, 2015, p. 111).

Desse modo, considerando-se que, no caso em análise do presente artigo, embora a retificação administrativa de terras indígenas que resultem em incorporação de área seja muito mais célere do que um procedimento judicial, a demora na retificação da área dificilmente acarretará algum prejuízo efetivo ao povo indígena, um simples ajuste de área, que não impede a posse imediata sobre a área incontroversa, que será transferida e registrada no Registro de Imóveis inicialmente.

Sendo assim, e considerando que todo procedimento judicial que envolva direito indígena exige a intervenção do MP como custos legis, enquanto função institucional, por se tratar de direito transindividual de grupo vulnerável, deve prevalecer, no caso, a segurança jurídica registral, a fim de evitar violação a direito de propriedade alheia e até mesmo retirar a confiabilidade atribuída ao Oficial de Registro, que não pode banalizar a forma de realização das retificações administrativas, para que a situação não retorne ao nível de sobrecarga do Poder Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a modificação realizada pela Lei n. 10.931 de 2004, em face da Lei n. 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos), visando possibilitar em Cartório a retificação de medidas de áreas imobiliárias e que, eventualmente, resulte em acréscimo de terreno,

pretendeu-se demonstrar se esse procedimento administrativo poderia ser aplicado ao caso de terras indígenas adquiridas com medidas perimetrais incorretas, uma vez que o direito indígena de domínio sobre terras é direito fundamental transindividual, de suma relevância.

Inicialmente, poder-se-ia afirmar a prevalência do direito indígena à posse de terras sobre o direito à segurança jurídica registral, em vista do primeiro ter natureza transindividual, ostentado por grupo social vulnerável, protegido por diplomas jurídicos nacionais e internacionais.

Contudo, a partir de uma ponderação de direitos fundamentais amparada pelas leis da ponderação e pela fórmula do peso cunhadas por Alexy (2014a), verifica-se que, por mais que o direito indígena à posse de terras próprias apresente suma relevância no ordenamento jurídico brasileiro, não se justifica, juridicamente, a violação da segurança jurídica registral para a promoção da retificação administrativa de terras indígenas.

Trata-se de um caso em que a submissão da controvérsia à via judicial não acarretará prejuízos concretos efetivos aos grupos indígenas. Ora, a posse sobre as terras pode ser exercida de imediato, após registro, ainda que haja necessidade de correção das medidas perimetrais posteriormente.

Além disso, toda demanda envolvendo direito indígena, máxime, de posse, exige a necessária intervenção do órgão do MP como *custos legis*. Os povos indígenas são considerados hipervulneráveis, sendo necessário que seus interesses sejam resguardados pela instituição que preza pela estrutura democrática e isonômica do Estado de Direito.

O primeiro capítulo, a partir da distinção entre os conceitos de jurisdição contenciosa, jurisdição voluntária e desjudicialização, demonstrou a importância desse último fenômeno, como forma de transferir a solução de conflitos mais simples do Poder Judiciário, proporcionando os benefícios de maior celeridade e economia nas soluções fornecidas aos interessados. E, como pontuado no segundo capítulo, a alteração promovida na Lei de Registros Públicos, para possibilidade da retificação de áreas imobiliárias no Registro de Imóveis, foi justamente uma incorporação desse fenômeno.

O terceiro capítulo, por sua vez, trouxe uma análise da decisão do STJ, proferida no Recurso Especial 1.228.288/RS (BRASIL, 2016), apoiada por parecer do Ministério Público, em que ficou estabelecida a impossibilidade de retificação de áreas imobiliárias que resultem em incorporação de terreno, em razão da possibilidade de violação de direito de propriedade alheio, sem sequer a participação e oitiva dos eventuais titulares desse direito, interessados na discussão.

Por fim, o quarto e último capítulo discorreu sobre a importância dos direitos

transindividuais de domínio indígena sobre terras, sobretudo por se tratar de grupo hipervulnerável pela legislação brasileira, que requer a defesa do Ministério Público, de maneira que as demandas que envolvem discussão de seus direitos devem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Foi por essa perspectiva e pela prevalência da segurança jurídica no caso em análise, que a fórmula do peso de Robert Alexy concluiu pela impossibilidade de retificação administrativa de terras indígenas, para incorporação de área.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo foi alcançado, refutando-se a hipótese preliminar de que o direito transindividual de domínio indígena sobre terras teria prevalência sobre a segurança jurídica registral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ALEXY, Robert. The weight formula. *In*: STELMACH, Jerzy; BROŹEK, Bartosz; ZAŁUSK, Wojciech. **Studies in the Philosophy of Law: Frontiers of the economic analysis of law**. Kraków: Jagiellonian University Press, 2007. p. 9-27.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. **Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, v. 22, p. 51-65, 2014a. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/2783>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 12, n. 3, p. 513-524, 2014b. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL *et al.* **Manual de processo de registro de terras indígenas**. Brasília, ANOREG/BR: 2020. Disponível em: <https://irib.org.br/arquivos/manual_de_processo_de_registro_de_terras_indigenas.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1242>>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 nov. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 out. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1973a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1973b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de

2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm#art59>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Ministério dos Povos Indígenas. Terras indígenas. **Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai)**, Brasília, 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.228.288/RS. Recurso especial. Retificação de registro de imóvel. Art. 213 da Lei n. 6.015/73. Pretensão de aquisição de propriedade. Impossibilidade. Recorrente: Rio Grande Energia S/A. Relator: Min. João Otávio de Noronha. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 mar. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1492572&num_registro=201100032396&data=20160310&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Petição 3388/RR. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2009b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 02 set. 2020.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais estatuídos não diretamente ou implícitos? **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 232-257, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1630/676>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864/6843>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, nº 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/667/560>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

GOMES PIVA, Bruno; LOZER PATRÍCIO, Mariza Giacomini. Conflito material do direito de propriedade indígena. **Revista Prolegómenos: Derechos y Valores**, Bogotá, v. XX, n. 39, p. 55-71, enero-junio. 2017. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87650862005>>. Acesso em: 01 set. 2020.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O papel da Defensoria Pública como instrumento de efetivação do acesso à Justiça aos vulneráveis. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 91, p. 143-165, jan./fev. 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3527>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no**

contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Maurício Bianchini. **A retificação extrajudicial no registro de imóveis.** Brasília: Associação dos Notários e Registradores do Brasil, 2007. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/imported_8942>. Acesso em: 02 set. 2020.

MEZZARI, Mario Pazutti. **O novo processo de retificação do registro imobiliário.** Porto Alegre: Colégio Registral do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/imported_3195/>. Acesso em: 02 set. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil:** volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.** Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unid_as_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

POZZETTI, Valmir César; LOUREIRO, Rebecca Lucas Camilo Suano. **Revista Jurídica Unicuritiba,** Curitiba, v. 2, n. 59, p. 283-310, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4092/371372406>>. Acesso em: 02 set. 2020.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p25.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

TOVAR, Alejandro Nava. **La institucionalización de la razón:** la filosofía del derecho de Robert Alexy. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2015.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço Jurídico Journal of Law,** Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 97-122, edição especial 2015. Disponível em: <<https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/9676/pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Submissão: 21/12/2020. Aprovação: 25/09/2023.

ODE ÀS “PEDRAS PISADAS DO CAIS”: PROPOSTAS PARA UMA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO A PARTIR DA MEMÓRIA DO RACISMO NO BRASIL

ODE TO “STEPPED STONES FROM THE PIER”: PROPOSALS FOR A CRITICAL THEORY OF LAW BASED ON THE MEMORY OF RACISM IN BRAZIL

*Antônio Leal de Oliveira*¹
Faculdade de Direito de Vitória

*Raoni Vieira Gomes*²
Faculdade de Direito de Vitória

Resumo:

Inspirado na canção “Mestre-Sala dos Mares” (João Bosco e Aldir Blanc) esse artigo tem como objetivo geral propor a necessidade do desenvolvimento de uma leitura crítica da história oficial brasileira e da sua decorrente teoria dos direitos humanos, que partindo do paradigma dos vencidos, pode provocar um outro imperativo epistemológico para essa história e essa teoria. A partir dos aportes da teoria da memória política de Walter Benjamin, e tendo como objeto privilegiado de análise a permanência da violência social e político-estatal contra a população negra no Brasil, esse artigo é construído pelo método indutivo de forma a chamar atenção para os efeitos perversos da construção política da memória, da história e do Direito, feitas por aqueles que não cessaram de vencer. Nesse sentido, o enredo da canção servirá de pano de fundo para propormos uma outra versão da história e, conseqüentemente, do Direito que tenha em conta a memória dos vencidos e por isso seja mais justa, próxima e adequada às suas expectativas e necessidades.

Palavras-chave:

Memória política. Violência Racial. Teoria do Direito. Direitos Humanos.

Abstract:

Inspired by the song “Mestre-Sala dos Mares” (João Bosco and Aldir Blanc), this article has the general objective of proposing the need to develop a critical reading of Brazilian official history and its resulting theory of human rights, which, starting from the paradigm of defeated, can provoke another epistemological imperative for this history and this theory. Based on the contributions of Walter Benjamin's theory of political memory, and having as a privileged object of analysis the permanence of social and political-state violence against the black population in Brazil, this article is constructed using the inductive method in order to draw attention to the perverse effects of the political construction of memory, history and Law, carried out by those who have never stopped winning. In this sense, the song's plot will serve as a backdrop for us to propose another version of history and, consequently, of Law that takes into account the memory of the losers and is therefore fairer, closer and more appropriate to their expectations and needs.

Key-words:

Political memory. Racial Violence. Law Theory. Human Rights.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Público pela *Université Paris Nanterre*. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq-FDV Teoria Crítica do Constitucionalismo. Membro fundador da Rede de Estudos Benjaminianos (REB).

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela FDV-ES. Membro da Rede de Estudos Benjaminianos (REB). Advogado.

1 INTRODUÇÃO

“Salve o almirante negro que tem por monumento as pedras pisadas do cais”.
(João Bosco e Aldir Blanc)

Em 1974, João Bosco (música) e Aldir Blanc (letra) compõem a música “O mestre-sala dos mares”, que ficou imortalizada na interpretação de Elis Regina e que pode ser classificada como um “Samba-Exaltação³”, não só pela riqueza da sua construção melódica, quanto pelo enredo que traz. Conforme depoimento de Aldir Blanc a música surgiu de um projeto de se fazer um curta-metragem sobre a vida de João Candido, líder da Revolta da Chibata. Apesar do projeto do curta nunca ter sido concluído, o sucesso imediato da música foi capaz de superar inclusive, segundo relata Blanc, as ameaças e imposições explícitas da censura que não aceitava uma exaltação à um marinheiro insurgente que quebrou hierarquia e matou oficiais e, além de tudo, negro, ou nas palavras de Aldir Blanc lembrando o diálogo com um dos censores: “O problema (da música) é essa história de **negro, negro, negro...**” (negrito no original, Cf. Blanc, c1995).

A beleza da música e as provocações que traz servem como um importante mote para os objetivos desse artigo, isso porque, em primeiro lugar, evidencia a permanência de um passado que insiste em não passar e que fica caracterizado pela música que exalta (em glórias) um verdadeiro herói brasileiro na luta contra a violência racial e que merece o devido reconhecimento social da sua importância e da sua memória. Nessa ode a esse grande herói brasileiro, os autores da música fazem menção a seu antecessor nas lutas antirracistas e antiescravagistas (o Dragão do Mar), além de, como indica o depoimento trazido acima, manifestarem uma faceta da violência ditatorial brasileira que foge do estereótipo da sua opressão por motivações ideológicas e ao mesmo tempo deixa claro aquilo que nesse artigo vamos qualificar (com Walter Benjamin) como “eterno-retorno” do sofrimento para essas vítimas negras da violência estatal e policial.

Nesse sentido, Walter Benjamin é explícito em apontar que “nunca há um monumento de cultura que não seja, ao mesmo tempo, um monumento da barbárie” (Cf. tese VII sobre “O conceito de história”, In: Löwy, 2010, p.70) e a letra da música coaduna com essa afirmação benjaminiana ao afirmar que João Candido tinha como “monumento as pedras pisadas no cais”,

³ Trata-se de um subtipo do mais característico gênero musical brasileiro (o samba) que traz como marcas composições sofisticadas, um grande sentimento ao Brasil em um relato épico (Cf. VITAL, 2013).

ou seja, a exaltação da memória de João Candido passa, necessariamente, pelo reconhecimento do monumento à sua luta nas pedras pisadas daquele que é considerado um dos principais portos escravagistas do Brasil, o Cais do Valongo⁴.

Diante disso, esse artigo será construído de modo a apresentar, num primeiro momento, a teoria da memória de Walter Benjamin como um antídoto à versão da história escrita pelos vencedores. Se a narrativa contada pelos vencedores é contada desde os primórdios pelos colonizadores, nos cabe desconstruí-la, ocupá-la, substituí-la. Os açoitados pela violência da exceção permanente (Cf. Benjamin) é que são defendidos no presente artigo, com ênfase no povo negro, que aqui contempla também os chamados pardos⁵.

Em uma segunda parte, nosso texto buscará apresentar, a partir dessa teoria da memória apresentada no primeiro capítulo, a necessidade e a urgência de pensarmos em outra história brasileira que fuja dos ditames da narrativa oficial eurocêntrica e colonizadora e tenha como elemento fundamental de análise do Brasil escravocrata e sua recorrência no racismo estrutural cotidiano (Cf. Almeida, 2018). Nesse sentido, não só é essencial pensarmos em um contar alternativo da história, a partir desse terrível paradigma, mas também, dada à continuidade do sofrimento que provoca, devemos pensar em novos modelos epistemológicos para o Direito.

Construir e manter esse trabalho de memória depende, necessariamente, de reconhecermos que, diferentemente do registro histórico do passado, a memória exige um contínuo trabalho no presente para se manter viva. Conforme veremos com Walter Benjamin, podemos afirmar que a memória é a história viva, é a história ainda presente, ainda doendo e aberta a novas escrituras.

No Brasil, ainda é incipiente o desenvolvimento de uma teoria da memória que dê conta das questões brasileiras, notadamente os deletérios efeitos da empresa colonial escravagista e seu corolário no vigente racismo da sociedade brasileira. Referimo-nos, nesse sentido, ao passado faltante, não contado, ao passado dos oprimidos, dos derrotados que até hoje anseiam por justiça e pela interrupção do seu sofrimento, sobretudo em um contexto em que o passado dos vencedores segue presente, sob a forma de história oficial.

⁴ Considerado como o principal porto de entradas de africanos escravizados no Brasil, seu sítio arqueológico está situado na região central da cidade do Rio de Janeiro e, apesar dos seus poucos escombros restantes, foi inserido em, 2017, na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO (Cais, c2014).

⁵ Filiamo-nos, pois, ao defendido por Abdias Nascimento (2016, p. 48): “Um brasileiro é designado *preto, negro, moreno, mulato, crioulo, pardo, mestiço, cabra* - ou qualquer outro eufemismo; e o que todo o mundo compreende imediatamente, sem possibilidade de dúvidas, é que se trata de um *homem-de-cor*, isto é, aquele assim chamado descende de africanos escravizados. Trata-se, portanto, de um *negro*, não importa a gradação da cor da sua pele. Não vamos perder tempo com distinções supérfluas...”

A construção de saberes críticos a partir do paradigma dos vencidos, pode provocar um novo imperativo epistemológico, um corolário da necessidade de fazer justiça às “*rubras cascatas*” que “*jorravam das costas dos negros entre cantos e chibatas*” e que, conseqüentemente, acabe “*inundando o coração, do pessoal do porão que a exemplo marinheiro gritava então...*” (Cf. a primeira versão antes da censura, In: Blanc, c1995).

2 A TEORIA DA MEMÓRIA POLÍTICA DE WALTER BENJAMIN COMO UMA CRÍTICA À HISTÓRIA ESCRITA PELOS VENCEDORES: FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA HISTÓRIA “ESCOVADA A CONTRAPELO”

O historiador judeu-polonês Isaac Schipper afirmou, pouco antes de ser enviado para o campo de concentração, onde seria morto: “a história é, geralmente, escrita pelos vencedores. Tudo o que sabemos dos povos assassinados é o que seus assassinos queriam dizer sobre isso”⁶ (Schipper *apud* Ertel, 1993, p.23). A preocupação manifestada por um homem às vésperas de sua morte, em um campo de extermínio, deixa claro que qualquer teoria que compreenda a história como um progresso linear, acaba por ocultar todo elemento que lhe é exterior. Isto tem como objetivo criar uma narrativa da história homogênea, a narrativa dos vencedores.

Conforme lição de Edward Said, no seu “*Orientalismo*”, aprendemos que aquilo que se conhece por Oriente foi criado à força pelo Ocidente colonizador. E é a partir dessa visão construída pelo colonizador que o Oriente se torna objeto de julgamento, de estudos e de disciplina. Como consequência dessa apropriação epistemológica torna-se natural uma avaliação desse objetivo (o Oriente e o oriental) como inferior ao Ocidental ou senão como merecedor de uma explicação mais adequada e racional das suas “*excentricidades*”. Aquilo que Said chama de “*Orientalismo*” é a construção social, cultural, histórica, política, jurídica e econômica que resume o Oriente aos campos disciplinares, judiciais, educacionais, ou seja, o que os reduz à mera curiosidade, ao escrutínio invasivo, à exploração natural e humana (Said, 2012, p.74).

Diante disso, uma narrativa histórica ao se tornar oficial acaba servindo de fundamento legitimador do poder. E esse processo é caracterizado pelo esquecimento da experiência daquele que viveu (n)a história e do tempo pelo qual essa história passou. É como se a história

⁶ No original: L’Histoire est écrite, en général, par les vainqueurs. Tout ce que nous savons des peuples assassinés est ce que leurs assassins ont bien voulu en dire. (Schipper *apud* Ertel, 1993, p.23).

pudesse ser construída somente pelos seus fatos, pouco importando as pessoas que acabam como coadjuvantes destes (Derroitte, 2012, p.34).

Nessa mesma linha, Franz Fanon em sua obra “Os condenados da Terra” afirma que a violência da colonização importa num sentido em que o colonizador (ou colono nos dizeres de Fanon ou vencedor, nos dizeres de Benjamin) constrói, a partir desse processo de exploração violenta, a sua verdade, a sua narrativa de superação e sucesso e, na linha do que afirma Said acima, é enfático em apontar:

que tem razão o colono quando diz conhecê-los. Foi o colono que fez e continua fazendo o colonizado. O colono tira a sua verdade, isto é, os seus bens, do sistema colonial (Fanon, 1961, p. 31).

É em face desse cenário que Benjamin atuará para denunciar toda concepção de história que, agindo por uma “*identificação com os vencedores*” (que são os heróis ou gênios), consagra a visão desses últimos contra o exército dos vencidos e dos sem-nomes: “*os dominantes de turno são os herdeiros de todos os que, algum dia, venceram*” (cf. Tese VII de Benjamin, in Löwy, 2010, p.70). É por isso que podemos afirmar que o tribunal da história, caso exista, é injusto, pois ele consagra os vencedores, exclui os marginalizados e condena os vencidos ao esquecimento.

Contra o fantasma de uma história universal, linear e finalista, de uma história edificante dos vencedores, Benjamin propôs como contraponto uma história dos vencidos, que desenha e pontua a recorrência dos saltos revolucionários (Perret, 1992, p.74). Diante disso, é que aparece como imperativa a tarefa de se buscar construir um conceito de história “à contrapelo” (cf. sua famosa expressão da Tese VII, In: Löwy, 2010, p.70), que dê conta da realidade dos oprimidos, que acabam vivenciando um verdadeiro “estado de exceção” que é a regra nas periferias e morros, nas cadeias e na realidade cotidiana de uma população oprimida e violentada em todos os aspectos e à todo momento

Quando Aimé Césaire afirmou que a “Europa é indefensável”, ele adiciona importantes elementos à preocupação benjaminiana porque aponta que é preciso conhecer a fundo o colonialismo para darmos conta de fazer um retrato mais fiel e adequado da figura do colonizador. Pois sua epistemologia, sua violência e opressão continuam vivas e atuantes. Importante reconhecer que o mesmo paradigma civilizatório que afirmou (e afirma) levar desenvolvimento e progresso aos povos “bárbaros” colonizados é o mesmo que nega a esses mesmos povos acesso aos mais básicos bens e serviços necessários a uma vida digna, tais como educação, saúde, segurança, saneamento etc. (Césaire, 2020, p.27).

2.1 “Rubras cascatas, jorravam das costas dos santos entre cantos e chibatas”: o eterno-retorno do sofrimento - repetição e continuidade de uma história de opressão

Quando a poesia de Aldir Blanc nos impacta ao falar em “rubras cascatas” que jorravam “das costas dos santos entre cantos e chibatas”, tais palavras nos impõem termos em conta que esse sofrimento ainda é cotidiano. É nessa linha que nos filiamos à crítica benjaminiana que denuncia que a história acaba por assumir o papel de mito no interior das estruturas estatais e tendo por finalidade própria proteger essas últimas, vez que forjadas como instrumentos de manutenção dos privilegiados, dos vencedores da história.

A moderna representação da história aliada à ideologia do progresso permite às estruturas opressivas do Estado se repetir sem repouso, renascendo de formas novas e repetindo o antigo sob uma aparência nova, reiterando o *eterno-retorno do mesmo* do qual Blanqui fornece uma visão infernal (Dufour – El Maleh, 1993, p.93).

Nesse passo, parte da construção do pensamento a respeito do Brasil se pautou na crença religiosa, de que ao Brasil um determinado futuro estaria estabelecido e este seria positivo, virtuoso. Seguindo no caminho da *ordem* e do *progresso* a hora do Brasil chegaria, contudo, ao que se nota, há um abismo sócio-racial, ocultado pelo contar homogêneo da história:

Se o Brasil é terra abençoada por Deus, se é paraíso reencontrado, então somos o berço do mundo, pois somos o mundo originário e original. E se o país está “deitado eternamente em berço esplêndido”, é porque fazemos parte do plano providencial de Deus (...). Nosso passado assegura nosso futuro num *continuum* atemporal que vai da origem ao porvir e se somos, como sempre dizemos, “Brasil, país do futuro”, é porque Deus nos ofereceu os signos para conhecermos nosso destino (Chauí, 2006, p. 75).

É em face disso que Benjamin irá afirmar que é especialmente em memória dos sem nome que deve ser dedicada a construção da história (Benjamin, 2012, p.175 e ss.). Isso fica claro quando percebemos que essa ralé não ganha significação para sua vida nem quando morre, como se a indiferença quanto ao seu destino deixasse ainda mais claro e evidente que além de suas vidas nada valerem, sua morte evidencia o desvalor das próprias vidas, pois em nada a situação dos seus semelhantes parece mudar do seu triste e inevitável destino.

Contra a epopeia do homem e a ideologia do progresso, Benjamin propõe destacar os fracassos, as falhas na história, os caminhos da contingência que o poder ignora e a memória esquece. Sua proposta se dá porque o historicismo (assim como ocorre com a Política, o Direito, a Sociologia, todos os herdeiros da racionalidade moderna, iluminista e positivista) implica na negação do tempo em que se desenvolveu a história real, ao mesmo tempo também na negação

do sujeito dessa história, pois esse historicismo se contenta em registrar e perpetuar a opressão passada.

A experiência vivida se configura como o último refúgio do eu, condenado a se ensimesmar na própria interioridade, sozinho com seu injusto sofrimento, tornado individual. Com esse historicismo, se desenvolve o individualismo moderno na qual a identidade se reduz à soma das identificações (Perret, 1992, p.75).

2.2 “Há muito tempo, nas águas da Guanabara, o dragão do mar reapareceu, na figura de um bravo feiticeiro, a quem a história não esqueceu”: a memória política como justiça para as vítimas da história

Benjamin destaca a força do trabalho de memória, tal qual o trecho da canção de Bosco e Blanc que fala que “não esquecemos jamais”, de forma que ao mesmo tempo em que destrói os nexos (por pensar o passado a partir de um forte conceito de presente), inscreve o passado no presente. Diante disso, forja-se uma “historiografia baseada na memória” que traz a luz tanto as expectativas frustradas (“os sonhos não realizados”), as promessas negligenciadas, como as relaciona com as insatisfações do presente (Seligmann-Silva, 2006, p.389).

Olgária Matos ressalta que, para Benjamin, o estudo da história é o estudo do atual, uma vez que somente o presente permite uma visão em conjunto das diversas e esparsas experiências do passado, permitindo, assim, relações, conexões, esclarecimentos, até então impensáveis sem a intermediação do presente. Dessa forma, ela assevera: “todo conhecimento histórico é autoconhecimento do presente” (Matos, 2006, p.244).

A mensagem política benjaminiana traz a ideia de que ele não está preocupado, unicamente, em recuperar uma tradição, pelo contrário, sua preocupação é dar voz aos excluídos, é rememorar suas histórias, ouvir a narração (a sua narração) sobre o que lhe acometeu, de forma a possibilitar a criação de uma nova tradição, ou seja, é negando a continuidade dos fatos e buscando o que foi interrompido, esquecido, camuflado, que ele pretende uma nova versão da história capaz de (re)estabelecer a responsabilidade com o mundo e com o outro.

Essa responsabilidade vem do que se deve aos antepassados, cujo presente foi construído pelas suas costas, lutas, sangue etc. Se hoje se vive em uma democracia é porque muitos lutaram e morreram para que isso acontecesse. Esse poder messiânico, que os “netos têm sobre os avôs”, é que é capaz de responder às suas perguntas, de atender às suas angústias, de dizer se aquele caminho que pensavam ser o melhor deu certo. Em suma, o que se pretende

aqui é afirmar a dimensão política da memória como reconhecimento. Pois, sem essa memória, sem o reconhecimento da história dos antepassados, o homem nunca será capaz de entender o que agora desfruta ou sofre (Mate, 2011, p.10).

Parece claro o quanto legado da escravidão condiciona o funcionamento social brasileiro, visto que aqueles que não cessaram de vencer não abandonam as trincheiras e empreendem esforços políticos, econômicos e socioculturais para impedir que a história seja contada a partir de outros testemunhos, constituindo novas narrativas, desta feita sob a perspectiva do colonizado.

Como as memórias do Dragão do Mar e do Almirante Negro, histórias contadas em verso e prosa, testemunhos de negros que lutaram contra a escravidão e suas permanências e foram vencedores, tanto no seu presente de luta, quanto na preservação da sua memória, contrariando a regra. Há, portanto, na luta, na ideia de redenção do passado trágico no presente, a chispa de esperança que ilumina o contar não linear da história.

3. A EXIGÊNCIA DE OUTRA HISTÓRIA BRASILEIRA

Diante do que foi até aqui trazido, cabe tornar explícito, mais uma vez, que nosso texto tem como objeto privilegiado de análise a realidade e história/memória do povo negro e as imbricações da escravidão na perpetuação do açoite sobre os corpos negros. Portanto, é importante “racializar a produção de memória (e) se inscreve nesse trabalho para evitar que se reproduza o silenciamento das contribuições negras na luta por democracia [...]” (PIRES, 2018, p. 1057).

Ainda, é preciso dar centralidade a outros relatos, outras histórias, calcadas, desta feita, em testemunhos “capazes de evidenciar as estruturas materiais e simbólicas pelas quais as hierarquias raciais são sustentadas [...]” (PIRES, 2005, p. 73) sirvam como caminho à construção de uma memória racial, balizando o lembrar, para que não se esqueça, para que não se repita. Eis a lição de Abdias Nascimento (2019, p. 273):

a memória dos afro-brasileiros, muito ao contrário do que afirmam aqueles historiadores convencionais de visão curta e superficial entendimento, não se inicia com o tráfico escravo e nem nos primórdios da escravidão de africanos, no século XV. Em nosso país, a elite dominante sempre desenvolveu esforços para evitar impedir que o negro brasileiro, após a chamada abolição, pudesse assumir suas raízes étnicas, históricas e culturais, dessa forma seccionando-o do seu tronco familiar africano.

Com efeito, é fundamental tratarmos das ligações entre a escravidão e o progresso, já que inicialmente fora vista como legalmente aceitável, como indispensável à sustentação econômica da própria colônia, de tal forma que mesmo a abolição também se deu sob o pálio econômico e jurídico, afinal havia necessidade de criar e regulamentar um mercado consumidor, em uma perspectiva dos escravagistas.

Como já tratamos no capítulo anterior, se é comum o esquecimento e o contar enviesado da história é, também, uma decorrência dos poucos espaços concedidos aos outros olhares, aos que se dedicam a observar as “pedrinhas miudinhas”, como ensina o professor Luiz Antonio Simas:

É pela aproximação amorosa, pelo ato de acariciar com devoção sagrada – amor, eu diria – as pedrinhas miúdas, que me ilumino no mundo. Os olhos brasileiros são os únicos que tenho para mirar os dias. É com eles que eu busco conhecer e, mais do que isso, me reconhecer, na aldeia dos meus e do meu filho – terra das alegrias na festa, das canções de gentilezas e dos fuzuês onde, amiúde, não se imaginaria, de tão escassa, a vida. O resto são as coisas e pessoas poderosas – inimigas dos rios e das ruas – e suas irrelevâncias (Simas, 2019, p. 14).

Ainda nessa linha: “o historicismo é, assim, baseado numa percepção da história como vitória. Mas é cego em relação a essa pressuposição” (Felman, 2014, p. 58), eis que fundamental a esta forma de contar a história a manutenção do *continuum*. No complexo e bem sucedido empreendimento de ocultação do legado da escravidão foram realizadas diversas operações e tentativas de deturpação, ocultação, apagamento etc., conforme nos apresenta Jessé Souza.⁷

Ainda a respeito das disputas em torno da história, Felman nota que o historicismo se posiciona em um embate entre verdade e poder, pois a história oficial é centrada na perspectiva do vencedor e a sua voz silencia a do vencido. Nesse sentido,

o que é chamado de progresso, e o que Benjamin vê apenas como um empilhamento de catástrofe sobre catástrofe, é, portanto, a transmissão do discurso histórico de governante para governante, de uma instância de poder para outra (Felman, 2014, p. 59).

Foram empreendidas diversas tentativas de distorção da história brasileira no rumo da fuga da escravidão como ponto central da formação brasileira. Dentre os variados ataques perpetrados pela sociedade brasileira contra os escravizados, ganha destaque o apresentado por

⁷ Em seu livro “A elite do atraso: da escravidão à lava jato”, o autor apresenta digressão sociopolítica de grandes pensadores da “inteligência nacional” e relaciona suas abordagens com o ocultamento da maior chaga brasileira, a escravidão.

Vellozo e Almeida⁸ ao apontar que durante o período do Império havia certa paz, que acompanhava a imaginária oposição entre um regime liberal e uma sociedade escravocrata, composta por uma imensa massa de escravizados: “no Brasil, escravista a transplantação desse aparato liberal de ocultação funcionava de modo farsesco.” (Vellozo; Almeida, 2019, p. 214).

O *acordo tácito da sociedade brasileira contra os escravizados* era tamanho que apesar da prevalência dos negros, o controle sobre seus corpos dificultava a luta, a resistência, embora as revoltas fossem constantes.

Diante das profundas desigualdades sociais, o controle sobre os corpos negros se dava por meio da violência controlada pelos proprietários, aos quais o Estado franqueava o uso da força para manter a *ordem*. Para que esta engrenagem pudesse agir, o arcabouço legislativo fora fundamental, pois as diferenças vistas e sentidas no cotidiano foram também materializadas na lei. Com os escravizados sob controle poder-se-ia alcançar o *progresso*. Portanto, o caminhar linear calcado no progresso acaba por normalizar o trágico, culminando na minoração dos seus efeitos deletérios. Nesse sentido, sentencia Almeida:

O racismo é parte de um processo social que ocorre pelas mãos dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição. Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas (Almeida, 2018, p. 39).

É uma escolha política, é reconhecer que as construções socioculturais, históricas, etc., se dão sob uma modernidade universalizante, o que além de pretensioso é irreal, eis que os *valores* ínsitos à modernidade liberal contemplam apenas os vencedores. Por conta disso, ainda

a proposta política da memória é interromper essa lógica da história, a lógica do progresso, que se causou vítimas no passado e hoje exige, com toda naturalidade, que se aceite o custo do progresso atual (Mate, 2011, p. 163).

O esquecimento é causador dor. A ocultação do passado trágico facilita sua perpetuação no presente. Por séculos a história dos negros e da escravidão negra no Brasil foi contada pelos vencedores, de modo enviesado, há ainda muito a se abordar a respeito da escravidão, os ardis para sua ocultação, suas permanências e efeitos no cotidiano.

3.1 “Glória a todas as lutas inglórias Que através da nossa história, não esquecemos jamais”: a escravidão como evento máximo da sociedade brasileira

⁸ O pacto de todos contra os escravos no Brasil Imperial

Afirmamos que história do negro brasileiro, essa história de um navegante (almirante) negro saudado no porto por “mocinhas francesas, jovens polacas e por batalhões de mulatas”, compõe um núcleo indispensável e fundamental da história do Brasil. É preciso reiterar, entretanto, que foi uma história construída no abandono pelo Estado, na restrição de circular pelas cidades, na minoração da sua cultura e da sua religião, com vistas ao distanciamento, à morte em vida e à morte da memória.

Com a chegada da República, a vida do negro tardaria em melhorar, apesar dos anúncios de uma Constituição moderna, de valores iluministas. Ainda que determinantes diretos para a formação econômica brasileira, os cativos não eram vistos como pessoas, eram tratados como coisas, menos quando cometiam crimes:

Para todos os efeitos civis – contratos, herança etc. – o escravo não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para o direito penal, melhor dizendo, para efeito da persecução penal, o escravo era considerado responsável, humano (Silva Júnior, 1999, p. 328)

Ainda, o escravizado era propriedade dos senhores, e, ao primeiro sinal de fraqueza econômica era vendido. Então, a abolição passou a ser vista como uma boa alternativa para melhorar as finanças. As mudanças de perspectiva econômica na sociedade pré-abolição não impediam, contudo, a luta dos escravizados, afinal nunca houve aceitação pacífica da escravidão.

Nessa linha, optamos por destacar duas revoltas peculiares e comandadas por homens negros, antes e depois da abolição. Ambas com farta documentação, apesar das disputas ao longo da história para sua afirmação.

A primeira revolta é a liderada por Chico da Matilde, o Dragão do Mar, que, somado a outros libertos e ex-escravizados, lutou contra o comércio de escravos no Ceará, aonde a abolição chegou primeiro, em 1884, fruto também de sua luta.

Já na Revolta da Chibata, rebelião tocada por João Candido, o “Almirante Negro”, cuja figura se tornara maior apenas nos anos vindouros, chegando a ser visto como herói. Porém, com o passar dos anos houve um esquecimento forçado da sua memória. Nessa revolta, marinheiros negros se rebelaram, pois lhes aplicavam chibatadas mesmo após a abolição. Tratava-se de trabalhadores do mar, oprimidos por sua condição social e racial e que tocaram movimentos de grande repercussão, vitoriosos em seus objetivos imediatos de combate ao escravismo e suas permanências (Morel, 2016, p. 17).

Em face disso, o Almirante Negro liderou a revolta que fez cessar as chibatadas contra os marinheiros negros. Já no período da ditadura civil militar de 1964-1985, a letra da música foi alterada pela censura, em mais uma tentativa daqueles que detém a força de ocultar a história de lutas e também glórias dos negros. Essas batalhas travadas por esses personagens formam o enredo do samba de Aldir Blanc e João Bosco que trouxemos como fio condutor da nossa narrativa neste artigo desde a introdução.

Não em vão pesquisadoras como Thula Pires (2018) apontam a ligação entre as práticas de violência da ditadura civil militar brasileira e a escravidão. Há uma confluência de tecnologias de violência e de opressão, as quais se mantiveram e foram aprimoradas nos porões da ditadura.

Acredita-se que durante a ditadura no Brasil, além da violência racial estrutural ligada aos órgãos de Justiça Penal e enfrentada por ativistas negros, houve uma repressão específica para conter a organização da comunidade negra. Isso aconteceu porque essa mobilização questionava a imagem que o Estado queria apresentar, tanto nacionalmente, como um "paraíso racial", quanto internamente, ao unir pessoas dispostas a desafiar as opressões sofridas pelos negros na sociedade brasileira.

A ditadura, ao adotar o mito da democracia racial como base ideológica, protegia o modelo de supremacia branca e sufocava qualquer resistência direta da população não branca contra as violências sofridas. Um exemplo emblemático da herança do racismo institucional da Polícia Militar é o episódio do "arrastão" em 1982. A prática, revelada pela imprensa, expôs uma situação em que policiais escoltavam homens negros amarrados por uma corda após uma blitz nos Morros da Coroa/Cachoeirinha. Esse evento destacou que quase um século após a abolição formal, órgãos de segurança pública ainda perpetuavam práticas escravistas no Rio de Janeiro.

É conhecida a perseguição imposta pela ditadura ao Movimento Negro, aos bailes *blacks* e ao samba, uma vez que, segundo a visão dos censores e ditadores, a militância negra, a cultura negra, apontaria para o caminho da divisão, ao passo que, tentavam fazer valer a versão de que existira no Brasil uma *democracia racial*.

3.2. A permanência das consequências raciais da escravidão na construção de outra história brasileira

A palavra racismo é alvo de constante disputa de poder, pois forjada sob o viés eurocêntrico, dispensada a visão de todo o mundo *oriental*, tendo no *ocidente* uma fôrma para

o mundo. Com o passar dos anos a palavra racismo “permitiu dar voz às vítimas de inúmeros processos de hierarquização, os quais estavam em curso mesmo antes da criação e do uso científico e (racista) da palavra” (Duarte, 2017, p. 25).

Foram firmados critérios de cidadania no período que se sucedeu à abolição da escravidão e a raça passou a ser o principal ponto de desigualdade. A construção desse processo teve suporte de parte da academia brasileira, sobretudo os do direito, da medicina e da engenharia. Ainda, numa sociedade majoritariamente negra, as elites econômicas, do campo e da cidade, visavam ao branqueamento da população, pois a maioria negra era tida como vergonhosa para a minoria branca.

A miscigenação do país, que surgiu como alternativa, e as elites brancas logo começaram a se questionar: “com efeito, esses ‘homens de sciencia’, céticos com as promessas de igualdade, com a abolição e a República, perguntavam-se, cada vez mais, sobre as causas e as diferenças entre os homens”. A raça seguia como baliza hierárquica, sendo usado pelas “elites letradas” (Schwarcz, 2019, p. 316), como base para o pacto social do século XIX. A solução para essa questão não foi vista sob a perspectiva dos negros. A luta por direitos, por igualdade e pelo cumprimento das supostas benesses oriundas modernidade euro centrada não chegara aos negros, pois sequer eram vistos como cidadãos.

Nesse caminho, havia um convívio entre o liberalismo e o racismo, vez que “o dogma da desigualdade racial pode ser, de certa forma, entendido como estranho fruto, uma perversão do Iluminismo humanitarista, que buscava naturalizar a desigualdade em sociedades só formalmente igualitárias” (Schwarcz, 2019, p. 320). Sérgio Adorno corrobora essa afirmação quando ressalta que:

Dada a persistência do fundamento escravo na reprodução das relações sociais, condenou-se ao silêncio a vontade geral, mesmo porque nem eleitores e sequer cidadãos eram a maioria dos constituintes do corpo social. Vale dizer que, se a soberania esteve proclamada solene e retoricamente nas leis, não esteve por certo presente nos costumes; prevaleceu a desigualdade na liberdade; haja vista a crença, quase ardente, entre as elites dominantes de que os “excessos” comprometiam a tranquilidade, a propriedade e a segurança dos indivíduos. Característico daquela época, o gosto pela liberdade de poucos sufocou o grito pela condição de igualdade de muitos. Liberdade associou-se a modernização e progresso; democracia, a anarquia. Nesse contexto de lutas políticas, o “liberalismo heróico”, nascido e edificado nos movimentos pré-independência, foi paulatinamente substituído por um liberalismo regressista (Adorno, 1988, p. 47).

Múltiplas foram as formas criadas apagar o negro da sociedade brasileira. Houve a miscigenação, mas não alcançou o objetivo, depois o embranquecimento, por meio da imigração, e a democracia racial, esta, talvez a que mais tenha alcançado musculatura histórica

no Brasil. Um dos maiores responsáveis pela disseminação do racismo mascarado de técnica, de pensamento moderno, Nina Rodrigues liderou estudos na busca por um país branco. Já no século XX, embasado em uma combinação de criminologia com biologia, Nina Rodrigues que era um relevante médico, professor, escritor e antropólogo brasileiro, seguidor do paradigma etiológico⁹ europeu, se valeu da má ciência para conduzir seus ideais de embranquecimento, fundamentado, sobretudo, na visão racista de Cesare Lombroso¹⁰.

Luciano Góes aduz que Nina Rodrigues se valeu do paradigma etiológico para constituir uma base racista, que daria

nova legitimação ao projeto político histórico brasileiro de extermínio e de exclusão do negro (...), criando uma teoria que considerou o negro (...) nossos criminosos natos, reforçando, assim, as bases racistas do país (...) e a adoção de políticas públicas que, de acordo com os postulados da Criminologia Positiva, tratassem os negros e os mestiços desigualmente, eis que inferiores, primitivos e perigosos (Góes, 2016, p. 22).

Conforme essa visão, afrodescendentes e africanos eram inferiores, o que bastaria para a adoção de leis declaradamente segregatórias. O racismo destas teorias mitigava o livre arbítrio, pois, para ele, os negros teriam reduzida capacidade intelectual. (Telles, 2003, p. 44). Interessante a coincidência histórica: Nina Rodrigues recebeu elogios e foi citado por Freyre: “ao ilustre professor (...) deve-se o primeiro esforço crítico no sentido da discriminação dos estoques africanos de colonização no Brasil” (Freyre, 2006, p. 383), o que talvez simbolize o *continuum* na forma de contar a história dos negros no Brasil.

Por mais que boa parte da população estivesse satisfeita com a política de miscigenação, esta não agradava a setores das elites, que sempre buscava embranquecer: “o país era descrito como uma nação composta por raças miscigenadas, porém em transição” (Schwarcz, 2019, p. 17). Relevante frisar desde já que a miscigenação se deu por meio da violência: “fundamentado na exploração sexual da mulher negra, foi erguido como um fenômeno de puro e simples genocídio” (Nascimento, 2016, p. 84).

A mestiçagem era insuficiente, o que levou à busca por formas mais drásticas, como o uso de teorias eugenistas. Apesar de não ter sido usada por muito tempo, a eugenia deixou marcas perenes na sociedade brasileira. Diante das promessas de que, em uma geração, a população embranqueceria, a eugenia logo ganhou aceitação, o que também levou à busca por

⁹ Etiologia é a ciência das causas, portanto, o paradigma etiológico teria como objetivo buscar as causas do crime na figura do criminoso, como se fora inerente às suas características naturais. Esse paradigma tem como norte, portanto, o determinismo calcado na crença de que alguns indivíduos teriam patologias inatas apenas por sua compleição física (GOÉS, 2016, p. 19).

¹⁰ Cesare Lombroso foi o criador da Criminologia Positivista, para a qual o *homem delinquente* poderia ser encontrado de acordo com suas características morfológicas, notadamente a cor da sua pele.

imigrantes europeus, afinal: “o branqueamento prescrito pelos eugenistas tornar-se-ia a sustentação principal da política de imigração no Brasil” (Telles, 2003, p. 46).

Com o fim da imigração europeia nos anos 20 do século XX, a miscigenação voltou a ser um problema. Novas teorias eugenistas surgiram, contudo perderam espaço para a mestiçagem cujo expoente estava na obra “Casa Grande e Senzala”, de Gilberto Freyre.

De fato fundamental, a obra de Freyre também tem aspectos polêmicos, pois contribuiu para o mito de que no Brasil há uma “democracia racial”. Segundo essa visão, haveria boa convivência entre as culturas europeias, africanas e indígenas e que isso contribuiria para a ausência de racismo no Brasil (Freyre, 2006, p. 231). A força dessa obra ajudou na crença “de que esse era um país racial e culturalmente miscigenado, passava a vigorar como uma espécie de ideologia não oficial do Estado, mantida acima das clivagens de raça e classe e dos conflitos sociais que se precipitam na época” (Schwarcz, 2019, p. 325).

A ideologia da democracia racial foi usada para ocultar o racismo brasileiro, que se não é declarado, apesar de estrutural, pauta toda nossa sociedade. Por trás da falaciosa democracia racial há o genocídio do negro. Importante lugar de análise das consequências da normalização do racismo estrutural é o sistema de justiça penal, regido pela seletividade racial.

A incompatibilidade entre a modernidade eurocêntrica e a realidade brasileira encontra local privilegiado de análise no sistema penal, pois as violações de direitos e garantias fundamentais evidenciam as falhas na busca pela fruição do projeto constitucional de 1988. Uma vez que se trata de uma dupla operação: justifica-se o exercício do poder punitivo como decorrência dos valores talhados na formação do Estado sob a perspectiva *moderna*.

Ainda, conforme apresentado por Pires e Flauzina (2022, p. 2815-2840) em artigo no qual defendem: “os modelos constitucionais que serviram de ponto de referência para o pensamento constitucional brasileiro (...) obliteraram disputas políticas concretas que, naquele mesmo contexto, enunciavam diferentes projetos de nação, de Estado, de Direito, de Democracia”. As autoras tratam também da noção de duplo “para pensar a herança constitucional francesa e estadunidense”, pois entendem que a permanência da violência sobre as pessoas negras, mesmo em diáspora, representa “uma presença-ausente sobre as quais se sustentam as promessas modernas”.

Foi a necessidade que levou o homem a trocar liberdade por segurança e nacos de liberdade para gozar com o resto. Contudo, o Estado é veículo de violência e de violação aos direitos fundamentais, conforme Benjamin em *sobre a crítica do poder como violência*:

Talvez tenhamos antes de dar atenção à surpreendente possibilidade de o interesse do Direito pela monopolização do poder em face da pessoa individual não se explicar pela intenção de garantir os fins do Direito, mas antes o próprio Direito. Trata-se da possibilidade de o poder, quando não cai sob a alçada do respectivo Direito, o ameaçar, não pelos fins que possa ter em vista, mas pela sua simples existência fora do âmbito do direito (Benjamin, 2016, p. 63).

Nesse sentido, a justiça é também a redenção do passado, pois a redenção possibilita a felicidade em vida. Afinal, com o abandono da memória dos mortos, “relacionaremos a vida frustrada dos mortos com os interesses dos vivos”. Por isso que “a recordação permite salvar o passado ao dar sentido à injustiça passada, ainda que ninguém garanta que algum dia lhe seja feita justiça. A redenção que ele alcança é a do sentido” (Mate, 2011, p. 32). Portanto, é “nítido que o sistema punitivo surge como importante campo político e burocrático de gestão da miséria e de exclusão política” (Carvalho, 2014, p. 15), indo ao encontro do que o formou, desvelando a não aplicação da *modernidade* no Brasil.

4 CONCLUSÃO

*“Glória a todas as lutas inglórias que
através da nossa história não esquecemos
jamais” (João Bosco e Aldir Blanc)*

A música da dupla João Bosco e Aldir Blanc que nos inspirou até aqui acaba por trazer também uma mensagem de esperança ao propor uma exaltação às lutas inglórias que perpassam a nossa história e que “não esquecemos jamais”. A constatação do esquecimento dessas lutas e desse sangue derramado é um dos principais fatores a motivar a redação dessas linhas. Se as histórias desses dois ícones da luta antirracista, antiescravagista, retratados na música não foi capaz de se converter em memória, em um sentimento vivo de reivindicação por justiça, o que se dirá sobre a possibilidade de registro daqueles que sofrem em silêncio, sozinhos e sempre.

É tendo o imperativo epistemológico da memória, conforme Benjamin, que nos valem da memória do sofrimento negro no Brasil como paradigma para propormos uma abordagem crítica que possam contribuir ao fortalecimento de epistemologias críticas ao colonialismo.

Seguindo por esse trilha, acreditamos ser indispensável a ruptura com a visão colonizada do direito a partir de uma contra-leitura da realidade do ponto de vista dos oprimidos. Isso para exhibir que, caso permaneça encastelado e distante, apegado ao dogmatismo e ao positivismo, o direito será indutor de barbárie, ao passo que, noutra perspectiva, se fundado em uma lógica inclusiva, pode vir a ser instrumento de distribuição e fruição de direitos de forma isonômica.

O racismo no Brasil tem origem na empresa colonial, calcada na ordem escravocrata, mas muitas vezes é silenciado ou minimizado pelos discursos dominantes, como o *mito da democracia racial*. Ao trazer à tona a memória das vítimas do racismo, é possível questionar as narrativas hegemônicas e dar visibilidade às lutas e resistências históricas dos africanos em diáspora no Brasil.

Além disso, a teoria da memória de Benjamin também pode contribuir para a compreensão das formas contemporâneas de racismo no Brasil. Ao examinar as estruturas sociais, políticas e econômicas que perpetuam a desigualdade racial, é possível reconhecer como o passado histórico continua a influenciar e moldar as relações raciais no presente.

Dessa forma, ao unir a teoria da memória de Walter Benjamin aos estudos sobre o racismo, podemos ampliar a compreensão das dinâmicas raciais e promover uma reflexão crítica sobre a construção da memória coletiva e as lutas por justiça e isonomia.

O *continuum* da violência social e estatal motivada por questões raciais é bastante para ensejar a formação de um novo padrão racional, jurídico, estatal, econômico e político que seja capaz de atender as exigências de reparação e justiça, mas, sobretudo que possa encerrar sua marcha contínua ao escancarar essa permanência e o seu, correlato, silenciamento.

Defendemos o desenvolvimento e a valorização de novas formas de se pensar e operar as construções sociais e institucionais brasileiras a partir do paradigma da teoria da memória política e da narrativa do oprimido que são capazes de promover a liberação desse “eterno-retorno do sofrimento”.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 10ª Reimpressão. São Paulo: editora brasiliense, 1996.

_____. Eduard Fuchs, colecionador e historiador. In: BENJAMIN. **O anjo da história - Walter Benjamin**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p.123-164.

BENJAMIN, Walter. Crítica do poder como violência. In: BENJAMIN. **O Anjo da História**. Org. e trad. João Barreto. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 67-82.

BLANC, Aldir. O mestre-sala dos mares. DHNet, c1995. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/memoria/textos/mestre_sala.htm. Acessado em: 28 de outubro de 2020.

BOSCO, João e BLANC, Aldir. O mestre-sala dos mares. **Caça à Raposa**, RCA Victor, 1975.

CAIS DO VALONGO. IPHAN, c2014. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1605/>. Acessado em: 02 de novembro de 2002.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. São Paulo: Veneta, 2020.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

DERROITTE, Élise: **“La critique de la critique: de la philosophie de l’histoire de Walter Benjamin”**. Hildenshein/Zurique/Nova Iorque: Georg Olms Verlag, 2012.

DUARTE, Evandro Piza. Editorial Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 135, São Paulo: RT, p. 17, 2017.

DUFOUR-EL MALEH, Marie-Cécile: **Angelus Novus: essai sur l’œuvre de Walter Benjamin**. Bruxelas: Éditions Ousia, 1990.

_____. **“La nuit sauvée: Walter Benjamin et la pensée de l’histoire”**. Bruxelas: Ousia, 1993.

ERTEL, Rachel: **“Dans la langue de personne. Poésie yiddish de l’anéantissement”**. Paris: Éditions du Seuil, 1993.

FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. Lisboa: Ulisseia Ilimitada, 1961.

FELMAN, Shoshana. **O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas no século XXI**. Trad. Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal**. 51 ed. São Paulo: Global, 2006.

GOÉS, Luciano. **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio. Uma leitura sobre as teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo editorial, 2010.

MATE, Reyes: **“La razón de los vencidos”**. 2ª ed. Barcelona: Anthropos, 2008.

_____. **“Meia-noite na história”. Comentários às teses de Walter Benjamin Sobre o conceito de história**. Porto Alegre: Editora Unisinos. 2011.

MATOS, Olgária. A rosa de paracelso. In: NOVAES, Adauto (org.). **Tempo e História**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MOREL, Edmar. **A revolta da chibata**. Org Marco Morel. São Paulo, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. 2. ed. São Paulo: Global Editora, 2016.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. 3 ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Ipeafro, 2019.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Constitucionalismo da Inimizade. **Revista Direito e Práxis**, vol. 13. N. 04, 2022. P. 2815-2840.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. “Estruturas intocadas: Racismo e ditadura no Rio de Janeiro”. In: **Revista. Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n 2, 2018, p. 1054-1079.

PERRET, Catherine. **Walter Benjamin sans destin**. Paris: La Différence, 1992.

SAID, Edward. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SELIGMANN-SILVA. Márcio. Catástrofe, História e Memória em Walter Benjamin e Chris Marker: a escritura da memória. In: SELIGMANN-SILVA (org.). **História, Memória, Literatura: o testemunho na era das catástrofes**. Campinas: Editora Unicamp, 2006.

SILVA JÚNIOR, Hédio. **Direito penal em preto e branco**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1999, p. 327.

SIMAS, Luiz Antonio. **Pedrinhas miudinhas: ensaios sobre ruas, aldeias e terreiros**. 2. ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2019.

TELLES, Edward. **Racismo à brasileira**. Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 2003.

VITAL, Jerusa Furtado. **Os sambas-exaltação e O Épico de Ary Barroso**. Dissertação de Mestrado em Letras: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/11016/1/jerufurtadovital.pdf>

Submissão: 05/11/2020. Aprovação: 17/03/2024

GÊNERO, DESEJO, SEXUALIDADE E A (DES)CONSTRUÇÃO DO DIREITO POSTO

GENDER, DESIRE, SEXUALITY AND THE (DIS)CONSTRUCTION OF LAW

Cada coisa, cada ser deve ver sua própria identidade tragada pela diferença, cada qual sendo só uma diferença entre as diferenças. Gilles Deleuze

Pâmela Copetti Ghisleni¹

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Doglas Cesar Lucas²

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Resumo:

Ao contrário das sociedades tradicionais, que convencionalizaram e padronizaram as relações interpessoais, as sociedades contemporâneas fizeram da sexualidade, dos afetos e do desejo verdadeiros *loci* de reconhecimento para os sujeitos, imprescindíveis – mais do que nunca – ao processo de subjetivação do ser. Nesse contexto, não surpreende que o caminhar rumo à efetivação de direitos humanos atravessa, invariavelmente, os corpos e as sexualidades. A partir de revisão crítico-reflexiva dos temas pautados e da utilização da fenomenologia hermenêutica, analisam-se jurisprudências representativas das mais altas cortes jurisdicionais, nacionais ou internacionais, e em cujo cerne circulam as questões do gênero e da sexualidade. Tudo isso para estabelecer alguns parâmetros que evidenciem de que maneira o Direito vem enfrentando, incorporando e narrando esses novos temas, a fim de compreender se os posicionamentos adotados pelos tribunais eventualmente sinalizam – para o bem ou para o mal – para uma mudança de paradigma em termos de justiça de gênero e sexualidade.

Palavras-chave:

Cortes Constitucionais. Gênero. Direitos Sexuais. Sexualidade.

Abstract:

Different from traditional societies, that have made interpersonal relationships a conventional field, contemporary societies have made sexuality, affections and desire true recognition loci for subjects, indispensable - more than ever before - to the process of subjectivation of being. In this context, it is not surprising that walking towards the realization of human rights invariably crosses bodies and sexualities. Critical-reflexive review of the themes and the use of hermeneutic phenomenology, are analyzed jurisprudence representative of the highest national or international jurisdictional courts, and at the heart of which issues of gender and sexuality. All this in order to establish some parameters that show how the Law has been facing, incorporating and narrating these new themes, in order to understand if the positions adopted by the courts eventually signal - for better or for worse - a paradigm shift in terms of gender justice and sexuality.

Keywords:

Constitutional Courts. Gender. Sexual Rights. Sexuality.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2015) e Mestra em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ (2018). Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo, com atuação no Núcleo de Prática Jurídica da IES (Prática Jurídica Cível). Integrante do Núcleo Docente Estruturante (NDE) da Instituição. Vice-Presidente para Assuntos Jurídicos da AVICO - Associação de Vítimas e Familiares de Vítimas da Covid-19 (AVICO-BRASIL). Membro da Comissão de Direitos Humanos da 23 Subseção da OAB/RS. Advogada.

² Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Direito pela UNISINOS (2008). Concluiu estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de Direito da Faculdade CneC Santo Ângelo. É coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Pesquisador do Instituto Jurídico Portucalense, no grupo de pesquisa Dimensions of Human Rights. Pesquisador colaborador do IBEROJUR. Líder do Grupo de Pesquisa no CNPQ Fundamentação crítica dos direitos humanos..

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se no passado as relações interpessoais se estabeleciam a partir de critérios muito convencionais, no mundo contemporâneo a lógica dos afetos e do desejo passou a permear e alicerçar uma imensa gama de relacionamentos. Essas e outras transformações contribuíram para que a sexualidade se tornasse objeto de estudo de diversos campos de saber (médico, psicanalítico, jurídico, econômico, sanitário). Cada disciplina faz um esforço – a partir de seus próprios interesses e horizontes epistemológicos – para propor (quando não impor) uma definição ou visão dominante a respeito da sexualidade.

Não se pode negar, entretanto, que há um movimento significativo de visibilização de novas identidades e sexualidades que requerem agora um reconhecimento efetivo na cena pública. Isso significa que é possível visualizar, hoje, um importante engajamento que está desconstruindo ou ao menos revisando a literatura que concebeu a sexualidade como um aspecto previamente dado do ser humano. Por outro lado, é também verdadeiro que à medida em que avança a pauta de conquista de direitos de pessoas LGBTQIA+³, evoluem na mesma proporção (quando não mais intensamente) as investidas de grupos conservadores que tentam a todo o custo barrar essas novas possibilidades que a vida e os corpos oferecem. Quando essa discussão “bate à porta” do “edifício jurídico”, de que maneira os tribunais têm respondido juridicamente aos anseios da população LGBTQIA+, já que todo o ordenamento jurídico vinha (e de certo modo ainda vem) calcado em um modelo de inteligibilidade de corpos consubstanciado na lógica binária dos gêneros e na matriz heterossexual da lei?

Nesse sentido, este texto pretende estabelecer alguns parâmetros que evidenciem de que maneira os tribunais vêm enfrentando as novas demandas das sexualidades, a fim de compreender se os posicionamentos adotados eventualmente sinalizam para uma mudança de paradigma. Para desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o método da fenomenologia hermenêutica ao que se soma a análise de jurisprudência representativa dos temas pautados. Far-se-á, portanto, revisão crítico-reflexiva dos temas transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem (STRECK, 2014), horizonte metodológico mais adequado à discussão da temática objeto deste artigo.

³ Sigla usada para designar as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, intersexuais e assexuais. A utilização da abreviatura, neste artigo, tem por objetivo tornar o trabalho mais palatável ao grande público e de fácil reconhecimento. Entretanto (e este esclarecimento é fundamental), não se desconhece o fato de que existem identidades, corporalidades e sexualidades outras que transcendem a designação trazida pela sigla.

2 SEXO E SEXUALIDADE: UM ITINERÁRIO TORTUOSO ENTRE SILÊNCIO, CONTROLE E TRANSGRESSÃO

Modos de vestir, de comer, de dormir, de existir. Para todas as minúsculas trivialidades da vida são construídas racionalizações de relevante complicação simbólica. Não se pode negar, no entanto, que as ponderações relativas aos “modos sexuais” são, não raras vezes, mais complexas e difíceis de administrar. Mas por que estabelecemos para a sexualidade humana normas morais que parecem receber (e efetivamente recebem) tanta atenção? (FOUCAULT, 2012). De que estruturas (in)conscientes e elaborações culturais estamos falando quando pensamos nos modos de amar e desejar que nós, enquanto espécie humana, inventamos? Questionamentos dessa ordem traduzem a inquietação dos muitos autores que a partir do século XX se debruçaram na difícil empreitada de (tentar) descortinar o poder no contexto da sexualidade humana. Com efeito, muito mais do que um comportamento (também) animal, a atividade sexual humana tornou-se um ato simbólico e político que envolve questões outras, tendo cada vez menos vinculação com o esforço meramente reprodutivo, o que significa dizer que “apenas os homens fizeram de sua atividade sexual uma atividade erótica, ou seja, uma busca psicológica independente do fim natural dado na reprodução e no cuidado com os filhos.” (BATAILLE, 2014, p. 35).

Nos povos caçadores-coletores havia uma grande preocupação em torno da escassez de alimentos, derivando daí a necessidade de impor severos limites ao número de filhos. Apesar das restrições a aspectos cruciais ligados ao gênero em razão da escassez econômica, os povos caçadores-coletores performavam uma enorme variedade de práticas sexuais. No entanto, não se pode negar que a condição biológica da mulher acabava, invariavelmente, encarregando-a do cuidado com a prole, destinando-lhe uma existência sedentária. O homem, por outro lado, na medida em que se arriscava na atividade da caça, da pesca e da guerra, concentrou o poder simbólico em suas mãos (BEAUVOIR, 2009).

Este cenário muda substancialmente com o surgimento da agricultura, entre 9000 e 5000 a.C., havendo, a partir de então, uma noção mais clara de estabilidade e permanência, facilitando-se a supervisão coletiva do comportamento sexual. A detenção da propriedade fez com que fosse necessário, mais do que nunca, estabelecer a paternidade de modo preciso, o que permitiu o desenvolvimento de novas regras de controle da sexualidade feminina (STEARNS, 2010).

Entre 1000 e 500 a.C. surgiram as grandes civilizações clássicas no Oriente Médio, no Mediterrâneo, na China e na Índia. Não obstante as pequenas variações, é possível verificar uma linearidade no sentido de que basicamente todas elas estabeleceram marcadores sociais da diferença entre os sexos. Os gregos – cujas práticas repercutem de modo especial no mundo Ocidental – empenharam-se para regular a sexualidade feminina, sobretudo por meio da virgindade. Os casamentos eram estabelecidos com base em arranjos econômicos e, de maneira geral, havia uma grande ênfase na monogamia.

As mulheres eram vistas com desprezo pelos homens, pois criaturas libertinas e imorais por natureza. Além disso, havia o entendimento de que se relacionar com uma mulher era uma questão ordenada pela natureza para a conservação da espécie, estando o prazer associado a esse ato, desdenhado justamente em virtude dessa associação com o deleite sexual. O único amor verdadeiro, então, era o dos rapazes. De fato, “a mulher grega é reduzida a uma semiescravidão; ela não tem sequer a liberdade de se indignar.” (BEAUVOIR, 2009, p. 132).

O envolvimento entre pessoas do mesmo sexo, notadamente entre homens, era lugar comum na Grécia Antiga⁴. “A homossexualidade na Grécia relacionava-se estreitamente com a masculinidade, e é importante captar esta perspectiva de modo a entender seu papel social.” (RICHARDS, 1993, p. 138). Em linhas gerais, essa conduta com relação à “homossexualidade” e ao erotismo na Grécia resultou em um problema de difícil solução para as sociedades posteriores que encontraram muitas de suas referências na civilização grega, mas reprovavam ou omitiam alguns dos seus aspectos clássicos (RICHARDS, 1993).

A sociedade romana, por sua vez, manteve ou copiou diversos temas gregos, mas tinha uma opinião ligeiramente mais elevada sobre as mulheres, as quais eram menos sujeitas ao controle na esfera pública. É possível, inclusive, encontrar referências da participação feminina na discussão política romana (FEITOSA, 2008). Apesar de certa desaprovação pública, a “homossexualidade” – vista como sintoma da depravação grega – existiu também em Roma.

Diante dessas considerações, verifica-se que, a despeito de algumas supostas liberdades, nas sociedades clássicas também existia uma tendência de limitar o sexo. Essa predisposição tornou-se ainda mais saliente com o impacto da religião. Em se tratando de sexualidade, a religião foi a maior das novas influências na história mundial. É que ao contrário das religiões

⁴ Importa esclarecer que termos como heterossexualidade, homossexualidade, homoafetividade ou homoerotismo, em que pese possam ser utilizadas neste texto no contexto das civilizações antigas, eram desconhecidos na época, tendo sido elaborados a partir da concepção de envolvimento erótico e afetivo somente no mundo moderno. A própria expressão “sexualidade” apenas é utilizada a partir do século XIX. Essa observação é fundamental porque possibilita uma análise que evita a transposição equivocada de conceitos do imaginário contemporâneo para a Antiguidade.

primitivas, que muitas vezes concebiam a sexualidade em termos de uma relação positiva e transcendental com a espiritualidade, as novas crenças invariavelmente buscaram minimizá-la ou regulá-la (STEARNS, 2010).

Nesse sentido, a influência cristã desenvolveu uma desconfiança fundamental em relação à sexualidade. Com efeito, a versão do catolicismo que se difundiu pelo mundo ocidental(izado) era mais desconfiada e receosa do que as outras ramificações cristãs. Desde o princípio, portanto, o cristianismo procurou estabelecer uma cisão fundamental, consubstanciada no fato de que Jesus nasceu de uma virgem, e não como resultado do coito. Para tanto, disseminou-se a noção de um Deus transcendental e que, conseqüentemente, está em todos os lugares e ao mesmo tempo em lugar nenhum.

A influência judaica também colaborou para uma visão restritiva do sexo, o qual devia ser confinado ao casamento e priorizar a reprodução, já que a prática em demasia era um erro espiritual, ainda que no âmbito do matrimônio. Era essa mesma compreensão que fortalecia, especialmente no século XIV, a percepção católica acerca da homossexualidade. É que diante das Pestes que dizimaram boa parte da população da Europa, procriar tornou-se uma necessidade urgente (RICHARDS, 1993).

A influência grega acerca da condição feminina foi fundamental para enfatizar a fraqueza moral de tudo o que estivesse relacionado ao mundo feminino. A ideia de Eva como a primeira pecadora e a crença generalizada de que as mulheres eram seres inferiores aos homens contribuíram para justificar penalidades mais severas para mulheres naquilo que dizia respeito ao corpo, como o estupro e o adultério. Era (e ainda é) corriqueiro a sociedade dividir as mulheres em respeitáveis e não respeitáveis. Nessa perspectiva, os corpos, especialmente os femininos e grávidos, eram perpassados por angústias que ditavam a dinâmica da sociedade e da civilização medieval.

No período compreendido entre 1450 e 1750, o mundo foi palco de uma intensificação do comércio global e do desenvolvimento de um poder colonial e marítimo. As maiores mudanças e complexidades relacionadas à sexualidade no período diziam respeito aos encontros entre povos. A dominação europeia e as novas formas de escravidão, portanto, tiveram conseqüências elementares para a sexualidade. Doenças até então desconhecidas dizimaram populações americanas, criando a oportunidade para que alguns grupos de europeus assumissem posições de poder no Novo Mundo.

As mudanças mais significativas envolvendo a sexualidade humana começaram a surgir apenas entre os séculos XVIII e XIX, dando formato ao que pode ser chamado de Primeira Revolução Sexual. Boa parte deste processo deveu-se à tendência, agora mais clara, de

separação do sexo da procriação, o que sinalizava para o fato de que era possível usufruir da sexualidade apenas para obter prazer (STEARNS, 2010).

Essa primeira revolução sexual foi, de fato, mais discreta e, apesar disso, a reação social dos setores que objetivavam defender os padrões tradicionais foi bastante severa. O resultado foi um novo movimento que incorporava um moralismo sexual na cultura, nas leis e nos comportamentos: o vitorianismo⁵.

O mais duro golpe sofrido pelo vitorianismo foi desencadeado pelas campanhas destinadas a ampliar o acesso a dispositivos contraceptivos. Lançada em 1960, nos Estados Unidos, a pílula Enovid-10 permitiu que as pessoas vivessem sua sexualidade de forma mais livre, libertando notoriamente as mulheres que, antes enclausuradas no risco iminente da gravidez, a partir de então podem escolher seu parceiro, trair e gozar seu desejo, ainda que de forma significativamente velada. Foi também nesse período que algumas feministas começaram a abordar a temática do interesse e do prazer sexual, transcendendo os tradicionais temas da violência e da gravidez indesejada. Evidenciava-se aí a definitiva dissociação entre sexualidade e reprodução.

Com Sigmund Freud (1856-1939) e o surgimento da psicanálise, lançaram-se as luzes sobre uma série de percepções outras a respeito dos sujeitos e dos corpos que tinham estado adormecidas. Em contraposição ao racionalismo do século XVIII que apartou corpo e razão, o austríaco introduziu novamente o ser em sua materialidade corpórea. O pai da psicanálise escancarou o fato de que os traços sexuais associados à perversão são, em verdade, comuns a toda gente. Com isso, restaurou e aprofundou a temática da carne, da carcaça, do corpo orgânico e biológico, potencializando a discussão em torno daquilo que o corpo tem de mais íntimo, profano e interdito: a sexualidade (FREUD, 2016).

Nada do que existia por volta de 1950 pronunciava de forma plena a (re)definição da sexualidade que ocorreria nos sessenta anos seguintes. No período posterior às décadas de 1950 e 1960, criou-se uma opinião mundial mais tolerante do ponto de vista da sexualidade, apesar das exageradas reações locais às propostas contemporâneas. Três fatores estão particularmente envolvidos nessa revolução sexual. Começa a ganhar corpo, a partir de 1950-60, uma nova

⁵ Além da tradição e da respeitabilidade, o vitorianismo elaborou uma nova forma de controle sobre a sexualidade, especialmente a partir da noção de medicalização do sexo, processo que se inicia também no século XVIII e ganha cada vez mais força, inclusive contemporaneamente. Com efeito, “nunca o sexo foi tão estudado, codificado, medicalizado, exibido, avaliado, periciado.” (ROUDINESCO, 2003, p. 09). Nesse ínterim, é importante ter em mente as análises foucaultianas (2012) no sentido de que nos últimos séculos, ao contrário de um recato geral da linguagem, presenciou-se uma larga dispersão dos aparelhos disponíveis para falar sobre o sexo. A grande tecnologia do poder no século XIX, no entanto, é aquilo que Foucault (2012) chama de dispositivo da sexualidade, elemento indispensável ao desenvolvimento da sociedade capitalista.

cultura sexual caracterizada por ser mais aberta. Surgem novos tipos de controle de natalidade e um empenho cada vez maior na busca do prazer por meio do sexo recreativo. Um segundo fator está relacionado à globalização, ao consumismo e à possibilidade do turismo internacional proporcionado pelas novas empresas transnacionais. Por fim, o terceiro elemento diz respeito às diversas reações regionais e inovações que os defensores dos padrões mais tradicionais julgavam fundamentais como forma de proteção contra uma cultura sexualmente aberta (STEARNS, 2010).

O capitalismo foi particularmente decisivo para os relacionamentos interpessoais. Essa nova dinâmica fez com que homens e mulheres se vissem obrigados a viver como indivíduos autodeterminados, gestores da própria vida. Se havia a possibilidade de escolher um trabalho e, graças à remuneração, existia a perspectiva de uma independência material, por que os sujeitos não poderiam fazer o mesmo com relação à sua vida privada, escolhendo também seus parceiros ou parceiras? (FERRY, 2008). Nesse sentido, a partir de 1960, a família contemporânea funciona sob a lógica do par, ou seja, dois indivíduos que se unem em busca de relações íntimas ou realização sexual. Aqui, vale a comunidade a dois a que se referem Beck e Beck-Gernsheim (1998).

Nessa perspectiva, a internet modificou substancialmente os relacionamentos amorosos ao mercantilizar e textualizar os afetos (ILLOUZ, 2011). Para Miskolci (2017, p. 43), esse é um fato posto e incontestável e, partindo dessa premissa, o sociólogo afirma que “vivemos em uma sociedade em que as relações interpessoais foram crescentemente moldadas pelos conteúdos da indústria cultural e mediadas pelas telecomunicações.”

É também do início do século XXI a popularização do Viagra para a disfunção erétil. Os medicamentos deste tipo privilegiaram quase que invariavelmente o público masculino, o que em muito se deve ao estereótipo de gênero calcado na performance de masculinidade.

Outro ponto a ser abordado diz respeito à elevação da idade vista como adequada para o casamento. É que a necessidade de instrução formal passou a manter os jovens mais tempo na escola, na graduação e, mais recentemente, na pós-graduação. Desse modo, demoram cada vez mais para galgar uma estabilidade financeira que permita o casamento, nos casos em que ainda é desejado. Essa situação criou as condições adequadas para o fomento do sexo pré-marital, justificando-o.

No entanto, a notícia mais impactante no terreno da sexualidade nos últimos anos foi, sem dúvida, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS. A doença foi identificada pela primeira vez por volta de 1980, quando o paciente morria após um período de devastadora debilitação e sintomas muito dolorosos e visíveis. De maneira geral, a AIDS foi associada à

homossexualidade e ao uso de drogas e, portanto, a uma vida desregrada ou pelo menos que não respondia aos padrões comportamentais e culturais da época. Nessa senda, ganham novo alento as campanhas em nome da abstinência sexual total.

A homossexualidade foi um dos últimos campos no qual as tendências globais emergiam de modo complexo e hesitante. Era preciso redefinir a homossexualidade como uma orientação sexual permanente, e não como um comportamento ocasional e calcado apenas em impulsos sexuais. Um importante progresso reside no fato de que a justificativa biológica da heterossexualidade como sendo o normal é pouco a pouco questionada (quando não desmantelada) nas sociedades modernas (GIDDENS, 1993).

Um forte movimento dos direitos dos homossexuais começou a ganhar fôlego nos Estados Unidos na década de 1960. Em 1973, a Associação Norte-Americana da Psicologia removeu as referências à homossexualidade como uma doença. Se por um lado, a AIDS criou novas hostilidades com relação aos homossexuais, por outro, ela tornou possível que outros grupos sexualmente vulneráveis como bissexuais e transgêneros começassem a expressar sua orientação sexual e suas preocupações sobre a aceitação da sua condição.

Em termos teóricos, os feminismos trouxeram grandes avanços e novas complexidades para o mundo da sexualidade. Mas uma importante transformação, se não a mais importante, foi desencadeada pela política pós-identitária, influenciada pelo pós-estruturalismo⁶ e pelo desconstrutivismo francês típico de autores como Jacques Derrida, Jean-François Lyotard e Michel Foucault. Com efeito, essa teoria foi retomada pelo mundo acadêmico, sobretudo nas notáveis análises feministas que usaram a abordagem desconstrucionista e a estratégia da diferença (*différance*) para originar novos termos que ignoram os dualismos em geral, mas mais incisivamente, o dualismo entre o feminino e o masculino.

Por volta de 1990, Judith Butler (2016) inseriu-se com a teoria *queer* em um debate que, embora já viesse sendo problematizado pelo feminismo, jamais havia sido escancarado e radicalizado da forma como a filósofa procedeu. Butler (2016) repensou a mulher como sujeito protagonista do feminismo, rejeitando todo o essencialismo ou definição naturalizante de

⁶ O movimento pós-estruturalista refere-se a uma resposta filosófica que se contrapõe ao estruturalismo, não negando por completo seus preceitos, mas ampliando e transformando o que já estava supostamente consolidado. Em síntese, “o pós-estruturalismo deve ser visto como um movimento que, sob a inspiração de Friedrich Nietzsche, Martin Heidegger e outros, buscou descentrar as ‘estruturas’, a sistematicidade e a pretensão científica do estruturalismo, criticando a metafísica que lhe estava subjacente e estendendo-o em uma série de diferentes direções, preservando, ao mesmo tempo, os elementos centrais da crítica que o estruturalismo fazia ao sujeito humanista.” (PETERS, 2000, p. 10). O pós-estruturalismo, portanto, além de rejeitar uma concepção essencialista de sujeito, intenta desconstruir a percepção de sujeito centrado a partir de determinadas relações estruturais. Por isso, o pós-estruturalismo guarda íntima relação com políticas pós-identitárias, isto é, que não fixam os sujeitos em identidades pré-determinadas.

feminilidade. É possível estabelecer políticas, diz Butler (2016), sem que seja necessária uma identidade fixa, pré-moldada e, portanto, castrada, que inclui invariavelmente excluindo.

Do exposto, é possível afirmar que a maior parte das sociedades está vivendo uma grande transformação, ainda e sempre inacabada, no que diz respeito à sexualidade e às identidades de gênero, consistente na passagem de sistemas profundamente arraigados e derivados de sociedades agrícolas a uma situação ainda não tão bem definida ou mapeada, que é moldada também pela necessidade (e pelo desejo) de reproduzir e por um novo tipo de cultura de consumo (STEARNS, 2010). Além disso, a rapidez com que tais transformações vêm ocorrendo faz com que muitas pessoas se defrontem com padrões comportamentais e sexuais para os quais não foram criadas ou educadas. Essa situação merece reflexão justamente porque as pessoas são, em certa medida, alfabetizadas para a cena sexual. Isto é, elas são educadas, no sentido foucaultiano do termo. Geralmente, são habituadas a práticas cisheteronormativas. E isso impacta, obviamente, na forma com que reagem diante de novas possibilidades em termos de exercício da sexualidade. Nessa senda, desafios ainda maiores são agregados não exatamente à sexualidade, mas às ciências que se propõem a abordá-la, entre as quais é possível incluir o Direito.

3 O DIREITO E A SEXUALIDADE PERTENCEM A “IDIOMAS” DISTINTOS?⁷

A aproximação entre o Direito e a sexualidade evoluiu sempre no sentido de obedecer a uma lógica normativa patriarcal. Essa lógica é marcada pela prevalência das relações de poder e domínio dos homens sobre as mulheres e sobre todos os demais sujeitos que não se encaixam no modelo de raça, gênero e orientação sexual tido como padrão, geralmente branco, masculino e heterossexual. No patriarcalismo, a que alude Joaquin Herrera Flores (2005), esse sujeito é também detentor da propriedade privada. Nesse sentido, para Herrera Flores (2005), a expressão “patriarcalismo” contempla melhor do que “patriarcado” o fato de que existe um conjunto de relações que articulam um correspondente conjunto de opressões. É dizer, “las estructuras de clase, racismo, género y sexualidad no pueden tratarse como variables independientes, porque la opresión de cada una está inscrita en las otras.” (FLORES, 2005, p. 29). Essa perspectiva desagua no Direito de modo que não são poucos os que têm sido vítimas históricas de um sistema de dominação calcado na lógica binária dos gêneros e na matriz heterossexual da lei, simplesmente porque desejam, gozam, amam e se satisfazem de forma

⁷ Para outro estudo com a mesma proposta, mas elaborado sob a perspectiva do afeto, ver Lucas e Ghisleni (2017).

distinta daquela estabelecida pelo padrão heteronormativo (BARRILLO, 2010). Com efeito, estabeleceu-se a binariedade heterossexual como sinônimo de normalidade, ao passo em que qualquer outra possível manifestação da sexualidade recebeu o rótulo de anormal a que se refere Foucault (2014). Ou seja, o discurso que se naturaliza narra um ser inteligível somente na medida em que adquire um gênero que, por sua vez, deve ser ele também inteligível (BUTLER, 2016; 2022), consubstanciado naquela coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo.

Antes mesmo do nascimento, a criança (o humano em devir) é inscrita em uma ou outra classe sexual. Não há ser humano. Aquele sujeito que sequer nasceu é (será) menino ou menina. Essa designação prévia é responsável por determinar uma série de consequências para o *self*, porque nessa ordem binária dos sexos (macho ou fêmea) há uma expectativa muito clara acerca dos comportamentos esperados para cada um deles, quase como se dita atribuição colonizasse e conformasse o indivíduo. Isso deriva, em boa medida, dos protótipos de masculinidade e feminilidade. Como bem adverte Berenice Bento (2006), o corpo-sexuado fala por intermédio das roupas, dos acessórios, das cores. Existe, nesse sentido, uma estética dos gêneros. Além de se tratar de uma lógica binária – já que se limita sempre a dois termos, sendo que ao assumir-se um exclui-se o outro (homem ou mulher, heterossexual ou homossexual) – há também a circunstância atributiva, no sentido de que a cada um desses polos são acomodadas determinadas características, geralmente complementares e opostas, as quais fixam o “um” ou o “outro” do par numa posição hierárquica⁸. Essa hierarquização, entretanto, não se limita ao campo da sexualidade (embora nela constantemente desague), abarcando categorias outras como raça, classe social e etnia.

Mas a verdade é que se a primeira e segunda onda feministas visibilizaram a metade oculta da humanidade, o Outro a que se refere Beauvoir (2009) também não tem deixado de pensar a humanidade em termos binários, pressupondo a existência de dois gêneros estáveis. O Direito é denunciado pelo feminismo tradicional como sendo um instituto masculinizado, de modo que para democratizá-lo bastaria (também) feminilizá-lo. Essa abordagem, contudo, é insuficiente, pois vem amparada em uma perspectiva segundo a qual o acesso à igualdade deve se realizar levando em consideração a especificidade de um ou outro sexo.

⁸ “A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção.” (BOURDIEU, 2012, p. 19). Isto é, “o gênero masculino se mostra como algo não marcado, de certa forma neutro, ao contrário do feminino, que é explicitamente caracterizado” (BOURDIEU, 2012, p. 19) e, ao mesmo tempo, inferiorizado, a exemplo do que ocorre com as pessoas LGBTQIA+, que por não se enquadrarem nem no modelo universal masculino (o “Um”) nem no modelo “Outro”, ficam num verdadeiro limbo existencial.

Nenhuma sociedade conseguiu, até hoje, escapar do imperativo de socializar a diferença entre masculino e feminino. Embora os conteúdos no que diz respeito aos processos de diferenciação e segregação dos sexos variem de uma cultura para a outra, o processo em si é universal. Há, nessa perspectiva, algo que Borrillo (2010) chama de uma identificação subjetiva e uma complementaridade objetiva. Em resumo, o comportamento esperado do sujeito nascido na condição de fêmea traduz-se na fragilidade que, a seu turno, concorda com a firmeza que supostamente conforma o sujeito nascido macho. Essa relação de complementaridade se adequa perfeitamente ao ideal do casamento, instituição na qual se interpretam os papéis de gênero atribuídos socialmente, endossando, além da lógica binária dos gêneros, a matriz heterossexual da lei.

Tudo isso porque o Direito, como sistema de pensamento, como forma de narrar conflitos, ainda se sustenta na racionalidade reprodutiva, embora essa concepção esteja, pouco a pouco, assumindo novas formas. O matrimônio, portanto, emerge como o único lugar legítimo para o exercício da sexualidade. Assim percebido, o Direito existe nos termos da lógica foucaultiana (2010) segundo a qual um poder que age somente reprimindo, censurando, excluindo, impedindo, ou seja, negativamente, torna-se, paulatinamente, muito frágil. De fato, o que se vê hoje é um poder que produz efeitos positivos no desejo e no saber, arquitetando o saber que lhe convém, encrustando-se no discurso, motivo pelo qual é difícil desprender-se dele. Desse modo, o Direito aparece não somente como um depósito do real, mas como o criador da realidade (FOUCAULT, 2010).

A sexualização do sujeito pelo Direito continua a ser um ato de produção de desigualdades ocultas pelo caráter natural da atribuição dos gêneros, tanto pelo estabelecimento do estado das pessoas, como também pelo acesso ao direito ao casamento e à filiação (BORILLO, 2010). No que diz respeito ao estado das pessoas, embora existam raras exceções, quando o sujeito é catalogado pelo Direito ele assume necessariamente a condição de macho ou fêmea. Não parece existir solução que fuja da dualidade dos sexos⁹. Na perspectiva do direito ao casamento e à filiação, o titular do direito ao matrimônio é identificado pelo gênero, como se a diferença entre os sexos fosse uma condição para a união. É que os conceitos de homem (marido) e mulher (esposa) reverberam a noção sexual de pai e de mãe, de modo que o casamento se constitui no espaço institucional ideal da diferença entre os sexos¹⁰.

⁹ Nessa perspectiva, a transexualidade evidencia a complexidade do sexo e dos diversos componentes que estão no seu entorno (BORRILLO, 2010).

¹⁰ Illouz (2011) adverte que grande parte do desgosto e da decepção que o matrimônio causa na Modernidade tem relação com o fato de que essa instituição estrutura as relações de gênero e combina uma lógica emocional (do eu)

Para Roudinesco (2008, p. 191), o desejo dos homossexuais de fundar famílias torna-os potencialmente mais “perigosos” para a “sociedade inimiga” na qual estão inseridos, pois essa adaptação ao modelo familiar tradicional (embora com importantes reformulações) torna-os menos visíveis. E por isso, “não é mais a exclusão dos homossexuais do modelo familiar que incomoda os reacionários de todos os matizes: é, ao contrário, sua vontade de fazer parte dele.”

Sendo assim, toda filiação que não seja alicerçada na dupla referência masculina e feminina resta condenada pelas vertentes mais conservadoras sob o argumento de que deve haver uma ordem simbólica da diferença dos sexos. É dizer, o Direito impõe uma visão normalizadora da sexualidade. Ao contrário da moral religiosa que impõe um sentido unívoco da sexualidade, o Direito dos Estados laicos deve abster-se dessa tentativa (e é sempre só uma tentativa), que obviamente tende ao fracasso. Renunciar a um modelo erótico uniforme implica constatar a pluralidade sexual e a equivalência de todas as manifestações, de modo a abraçar todas as sexualidades. Em resumo, nenhuma sexualidade em particular deve ser promovida ou incentivada em detrimento de outras manifestações livremente consentidas, ou seja, emanadas de pessoas capazes e sem vícios de consentimento (BORRILLO, 2015).

No labirinto de possibilidades que a sexualidade humana oferece, existem aqueles que encontram nela uma fonte de prazer, outros que a renunciam (seja por respeito a preceitos religiosos, seja por ausência de interesse erótico/sexual). Outros, ainda, a convertem em uma atividade comercial e há quem a vivencie do ponto de vista de uma obrigação moral oriunda das relações amorosas. O desejo, nesses casos, pode ser direcionado para o sexo oposto, para o mesmo sexo ou então para ambos (caso do bissexual, não raramente negligenciado inclusive dentro do movimento LGBTQIA+). Tudo isso para dizer que “existem tantas sexualidades quanto os sujeitos que as praticam.” (BORRILLO, 2015, p. 04).

Por conseguinte, percebe-se que historicamente foram estabelecidos (e impostos) modelos de verdade que sufocaram e castraram as possibilidades que a vida e os corpos oferecem. Qualquer expressão ou manifestação sexual, estética ou de identidade gênero que se assemelhasse a essas possibilidades sufocadas e castradas, passa pelo reconhecimento através da classificação, do diagnóstico, da patologização, da perversão, da loucura, do crime, da exclusão e da morte. Nesse sentido, é “vital” para a construção de uma percepção “normal” da sexualidade – centrada na heterossexualidade e na procriação – enquadrar o “desviante” sob o rótulo de perverso (STOLLER, 2015). Dito de outro modo, a perversão como fenômeno sexual, político, social, psíquico, trans-histórico e estrutural está presente em todas as sociedades

com uma lógica social (do todo). O casamento, nesse sentido, ilustra perfeitamente a distância entre o meu desejo (de igualdade de gênero) e a inevitabilidade sobre os papéis de gênero.

humanas. E não são os fatos e as sexualidades em si os problemas ou anomalias, mas o discurso construído para eles em um determinado tempo e lugar (ROUDINESCO, 2008).

Com a “morte” de Deus, da religião e da crença em valores metafísicos (NIETZSCHE, 2012), os juristas precisaram lançar mão de um novo arcabouço que proporcionasse sensação existencial de segurança, agora perdida. Mesmo diante de um mundo no qual imperava a pluralidade, a diversidade e a desigualdade – visibilizando-se cada vez mais concepções alternativas de dignidade humana – esse seleto grupo esforçou-se para ocultar a complexidade do mundo, pelo menos no universo normativo. Há, por consequência, uma perda de todo o arcabouço sociológico de determinadas causas quando o Direito se apropria de conceitos como violência de gênero, liberdade sexual, violência doméstica etc. Essa simplificação, a partir da noção de igualdade, dificulta a tarefa do Direito de penetrar as camadas mais profundas da realidade, de modo a “traduzir a complexidade para o seu universo instrumental destinado à solução de conflitos multifacetados, como os que surgem diariamente, especialmente no campo da sexualidade” (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 126).

Nesse prisma, o edifício jurídico reduz a complexidade do mundo da vida, e a revolução tecnológica foi fundamental para que a diversidade acobertada sob o manto da igualdade viesse à tona. A igualdade, tal qual foi formulada pelos contratualistas dos séculos XVI a XVIII, surge, então, não mais como um ideal a ser buscado, mas como coação, castração e aprisionamento do ser. “O capitalismo, para acomodar os indivíduos em seu proveito, impõe modelos de desejo¹¹. Assim circulam modelos de infância, de pai, de casamento, todos construídos em nome do dever e da verdade” (WARAT, 2000, p. 38). Em nome, portanto, da segurança imóvel e sedentária que era proporcionada por aquele Deus, agora morto (NIETZSCHE, 2012).

O Direito Moderno, em seu intento de tudo regular e tudo dizer, buscou reduzir a complexidade do mundo da vida, num movimento que se coloca em sentido contrário a dinâmica do real. Enquanto outras áreas do conhecimento humano cultivaram uma conexão especial com o mundo da vida, com o mundo palpável, a ciência (e especialmente a ciência jurídica) distanciou-se da realidade, sempre objetivando a perfeição, a ordem, a estabilidade ou, no mínimo, a ocultação da concreticidade. É por isso que a ideia de igualdade (pode) representa(r) uma ordenação do real recheada de elementos castradores e totalizantes que mais apartam do que unem. Trata-se de uma forma de intervenção empírica que “impede a

¹¹ Isso talvez justifique a adoção da expressão homoafetividade no lugar de homossexualidade na cena jurídica. O direito parece querer dar uma roupagem “bem-apeçoada”, inserindo o afeto em seu fundamento, como se as relações entre pessoas do mesmo sexo não pudessem – assim como ocorre com muitas relações heterossexuais – alicerçar-se tão somente na corporalidade, no sexo e no erotismo.

manifestação da diversidade dos múltiplos desejos de viver” (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 127). A igualdade, da forma como foi estabelecida e ainda hoje é reproduzida, cumpre somente com o objetivo cruel de ocultar o caos, a desordem e a diversidade, traços que traduzem justamente a luminescência de cada experiência humana, que é tão única e justamente por isso, tão rica. A igualdade, naqueles termos, toma a diferença como um atributo negativo, reduzindo-a a formas menores, quando na verdade nossa identidade é tragada pela diferença (DELEUZE, 1988), de modo que existir basta para estar na condição de diferente.

Se o Direito Moderno se caracterizou por um elogio à universalidade e à ideia de igualdade formal e abstrata, a partir da década de 1960 inicia-se um movimento épico de visibilização de outras expressões sexuais e de gênero, de modo que aquele discurso opressor e engessado passou a sofrer pequenas flexibilizações. Agora, formulam-se outras perguntas que possibilitam a abertura de novos campos de problematização dentro do universo da sexualidade que até então era (deveria ser) absolutamente inteligível. O sujeito antes categorizado como anormal, ininteligível ou perverso, agora demanda um lugar no mundo, colocando em xeque o pensamento sedentário (e enfadonho) que se deu por satisfeito com o discurso heteronormativo.

Pouco a pouco, portanto, essa linearidade entre sexo, gênero, desejo e conduta sexual começa a ser questionada, restando fustigada pela emergência política de novas sexualidades que se colocam cada vez mais na condição de merecedoras de reconhecimento, reivindicando espaços de significação e de construção de subjetividades. O que se verifica no mundo contemporâneo é um choque de (e entre as) diferenças, isto é, de especificidades, cada qual postulando não somente reconhecimento jurídico, mas também um reconhecimento que parte do Outro (SANTOS; LUCAS, 2015).

A identidade é um processo de reconhecimento que se dá a partir de um primeiro enfrentamento que implica uma negação (eu não sou o outro). Quando cada uma destas identidades tenta se inserir no universo normativo, é inevitável que outras inúmeras sejam excluídas, pois o Direito funciona a partir de generalizações congruentes que nem sempre (ou raramente) abarcam todas as possibilidades. A resposta psíquica desse processo pode ser destrutiva, acarretando aquilo que Roudinesco (2004) chama de narcisismo de minorias, o que esvazia os direitos humanos de seu propósito universalizante numa perspectiva positiva. Ou seja, no sentido de que há uma humanidade comum em todos os seres humanos que não pode ser violada. Nessa perspectiva, quando questionado por Roudinesco (2004) sobre como pensar a diferença como um universal, sem ceder ao comunitarismo ou ao culto narcísico das pequenas diferenças, Derrida (2004) assevera que sempre desconfiou do culto do identitário e do comunitário, ou seja, daqueles movimentos que tendem para um narcisismo das minorias e que

vêm ganhando força inclusive e sobretudo no feminismo. Sem negar que devemos assumir responsabilidades políticas que nos ordenem um certo grau de solidariedade, o filósofo adverte que não hesita

em apoiar, por mais modestamente que seja, causas como as das feministas, dos homossexuais, dos povos colonizados, até o momento em que desconfio, até o momento em que a lógica da reivindicação me parece potencialmente perversa ou perigosa. O comunitarismo ou o Estado-nacionalismo são as figuras mais evidentes desse risco, e portanto desse limite na solidariedade. O risco deve ser reavaliado a cada instante, em contextos cambiantes que dão lugar a transações sempre originais. (DERRIDA; ROUDINESCO, 2004, p. 35).

Nessa senda, Ferry (2008) aduz que a sociedade contemporânea vem sendo palco não somente de um crescimento dos comunitarismo de todo tipo, mas de um discurso reivindicativo paranoico e cujo objetivo é “mostrar aos olhos do mundo que se está na *pole position*, no *hit parade* dos perseguidos, e por isso deve-se beneficiar prioritariamente de indenizações ou até da confissão pública do arrependimento, se possível nacional e cerimoniosa.” (FERRY, 2008, p. 56).

As considerações de Derrida (2004) e Ferry (2008) podem ser transportadas também para o debate acerca da normatização da tutela da sexualidade a partir de uma perspectiva identitária. Boa parte das elaborações legislativas em termos de direitos sexuais ainda assumem uma concepção calcada na identidade que, como vimos, pode ser perversa e excludente, por melhores que sejam as intenções.

O que este texto propõe, portanto, não é uma tutela em termos de paternalismo estatal, mas uma proteção cujo norte seja a liberdade. Ou seja, o clamor é no sentido de que o sujeito seja livre para agir eroticamente sem coação ou intervenções arbitrárias, expressando-se segundo suas próprias escolhas. De fato, a lógica a partir da qual se constrói a ciência jurídica torna imprescindível que se façam algumas institucionalizações, rotinizações e, por consequência, que algumas estéticas existenciais fiquem “de fora”. Isso significa que se há necessidade de manter as institucionalizações (até mesmo porque elas são próprias do Direito), é preciso construí-las a partir de uma nova compreensão de mundo, permitindo a formulação de um “fazer jurídico” que possibilite a consolidação da diferença ou da vontade de potência a que se refere Nietzsche (2008) e que, por sinal, é antes uma vontade de afirmação da diferença do que da igualdade. A igualdade, nesse ínterim, é um fim social a ser buscado, e não a tradução do que os sujeitos são ou deveriam ser desde sempre.

Em outras palavras, é chegada a hora de adequar o Direito enquanto institucionalização ao caos e ao movimento do mundo da vida. As lutas que emanam do social devem ser

anteriores a partir dos quais o Direito se (re)constrói. A institucionalização normativa deve, portanto, na medida do possível, funcionar não atrelada a identidades estagnadas. E, ainda assim, se precisar fazê-lo, deve substancializar sempre a forma de ordenação do real, e não o contrário (SANTOS; LUCAS, 2015).

É importante mencionar que abandonar o gênero como uma identificação obrigatória dos sujeitos para fins burocráticos não implica, de forma alguma, renunciar às políticas de luta contra a discriminação. Nesse sentido, pode-se distinguir o gênero como identificação e o gênero como proteção. É evidente que é possível desenvolver, por exemplo, políticas de igualdade racial, religiosa ou de gênero, sem que para isso os sujeitos precisem descrever-se e enquadrar-se obrigatoriamente. Isso somente deveria ocorrer na medida em que o indivíduo queira beneficiar-se de cotas ou outras medidas corretivas próprias da (des)igualdade material.

Uma regulação justa da sexualidade deve pôr entre parênteses os diferentes significados e conteúdos que cada um imprime à sua vida erótica que, entre adultos e sem vícios de consentimento, possui plena legitimidade. Dessa maneira, a ausência de danos a terceiros e o consentimento manifestado livremente constituiriam os únicos elementos de apreciação jurídica. Todo o resto é simplesmente irrelevante (BORRILLO, 2015).

De fato, boa parte dos instrumentos normativos destinados à tutela da sexualidade foram elaborados com base em percepções sedentárias das identidades¹². Embora recentemente tenham surgido diplomas legais com o intuito de tutelar direitos sexuais de forma libertadora, a salvaguarda política e jurídica dos interesses das minorias sexuais geralmente (e infelizmente) ainda é funcionalizada a partir de categorizações, institutos e enquadramentos. Sob essa lógica – que uniformiza o diverso e unifica o plural – o Direito consegue aumentar a proximidade entre os sujeitos do ponto de vista dos papéis sociais. Contudo, destrói diferenças subjetivas que poderiam contribuir no sentido de fazer da humanidade uma civilização mais rica em termos culturais e existenciais.

É possível supor, então, que a proteção dos pormenores da sexualidade não deve estabelecer uma vinculação engessada a identidades, opinião de Rios (2007) que é compartilhada por Gregori (2016) e por Borrillo (2010, p. 316), para quem “uma ordem jurídica democrática não pode continuar a funcionar na base da divisão binária dos gêneros e da injunção à heterossexualidade.” É dizer, uma teoria crítica da sexualidade aplicada ao Direito das pessoas e das famílias demanda, primeiramente, que se desconstrua a natureza sexuada do

¹² Do que é um exemplo a recente afirmação da Ministra Damares Alves, nomeada pelo atual Presidente Jair Bolsonaro para assumir o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, de que “menino veste azul e menina veste rosa”.

sujeito de direito. Somente assim será possível romper com a ideia de heterossexualidade compulsória, com a biologização da filiação e com a contratualização dos vínculos familiares. Uma teoria crítica da sexualidade aplicada ao Direito deve partir justamente das experiências que estão no limite, na margem da norma sócio-sexual (gays, lésbicas, intersexuais, travestis, transexuais, sadomasoquistas, prostitutas) para criticar os dispositivos normativos (casamento, estado civil, filiação) que sempre negaram o exercício da cidadania para determinados grupos. Isso quer dizer que a única forma de abraçar todas as subjetividades na norma jurídica é justamente fazendo um movimento em sentido contrário: desubjetivar a lei, trabalhando com categorias indiferentes relativamente ao sentido que cada sujeito atribuí ao seu gênero, identidade ou escolhas sexuais (BORRILLO, 2015).

Em outras palavras, “o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária, seja de que grupo for” (RIOS, 2007, p. 22), o que significa tecer um direito da sexualidade que fuja dos rótulos e das práticas sexuais predefinidas. É que, ao fim e ao cabo, classificações sectárias, rígidas, fundadas em distinções sexuais, reforçam o machismo e a heteronormatividade compulsória no Direito vigente, impactando negativamente na vida das minorias sexuais, eróticas e estéticas, situação que será analisada no item seguinte a partir de casos das cortes constitucionais e dos tribunais internacionais.

4 CORPOS INQUIETOS, SEXUALIDADES “DESVIANTES” E O QUE DIZEM OS TRIBUNAIS

Se até pouco tempo atrás expressões como sexo, desejo e sexualidade costumavam circular quase que com exclusividade na academia e na militância, hoje tais termos experimentam um importante processo de legitimação. Importante porque embora realmente não sejam autossuficientes, são os instrumentos normativos que dão sustentabilidade, num primeiro momento, para a efetivação de direitos humanos. Num passado ainda mais recente, os direitos sexuais foram (e estão sendo inseridos) nesse processo lento e gradual de consolidação de uma nova gramática dos direitos humanos, que deságua, pouco a pouco, nos tribunais. Nesse sentido, esta última seção visa a compreender de que maneira o Direito, por meio dos tribunais, está enfrentando as demandas da sexualidade em um mundo em constante e veloz transformação, que em movimentos ininterruptos questiona e ressignifica categorias até então solidamente dadas¹³.

¹³ Os casos escolhidos levaram em consideração a relevância temática e são apresentados independentemente da ordem cronológica.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente, em maio de 2011, a **ADI nº 4.277/DF** (BRASIL, 2011a) – protocolada inicialmente como ADPF nº 178 – e a **ADPF nº 132/RJ** (BRASIL, 2011). A ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e a ADPF pelo então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Em ambas as demandas, discutia-se o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. É que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal preceitua que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. O Relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo do artigo 1.723 do Código Civil (que regula as uniões estáveis) qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. No ponto central, o reconhecimento do direito de casais homossexuais foi unânime¹⁴. Com esse paradigmático julgamento, consolidou-se “uma nova perspectiva da família e da sua função na sociedade, que se volta para a plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.” (ROESLER; SANTOS, 2014, p. 636).

Mais recentemente, outro grande avanço foi galgado no que diz respeito às chamadas uniões estáveis, o que invariavelmente vai repercutir positivamente na vida de casais homossexuais, especialmente do ponto de vista econômico. É que em julgamento de maio de 2017, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão de bens. A decisão, com repercussão geral reconhecida, foi proferida no **RE 878.694** (BRASIL, 2017a), que trata de união de casal heteroafetivo, e no **RE 646.721** (BRASIL, 2017), que aborda sucessão em uma relação homoafetiva. Por conseguinte, firmou-se entendimento no sentido de que no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil, que regula a sucessão legítima.

Ainda no cenário latino-americano, a Corte Constitucional da Colômbia vem protagonizando um importante processo de legitimação de direitos de minorias sexuais. Em 2011, o país reconheceu a possibilidade de que casais homossexuais constituíssem família. Em 2013, tais casais foram contemplados com igualdade de direitos em relação aos direitos dos

¹⁴ É de ser mencionada a constatação do então advogado no caso, Luis Roberto Barroso, atualmente ministro do STF, em sua sustentação oral em defesa da união homoafetiva. O jurista aduziu que a inclusão expressa do termo “mulher” na Constituição Federal de 1988 deveu-se à necessidade de pôr fim à discriminação de gênero relativamente a mulheres que não possuíam os mesmos direitos patrimoniais no casamento. “Esse dispositivo” – diz Barroso – “está aqui para incluir as mulheres e não para excluir os homossexuais e as relações homoafetiva, das quais o Constituinte não cuidou” (A DEFESA..., 00:13:00). Essa percepção evidencia aquilo que já foi mencionado na seção anterior, no sentido de que a lógica jurídica inclui invariavelmente excluindo.

vínculos heterossexuais. Em abril de 2016, a Corte deliberou, em votação conjunta de seis expedientes acumulados de tutela, por seis votos a três, favoravelmente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por meio da sentença **SU-214/16**, a Corte concedeu aplicação analógica ao matrimônio civil, constante do artigo 113 do Código Civil Colombiano, garantindo o direito constitucional de formar uma família também a parceiros do mesmo sexo (CCC, 2016).

Outras duas decisões a cargo da Corte Constitucional da Colômbia abordam a temática da sexualidade de modo paradigmático. Na sentença **T-629/2010**, o Tribunal decidiu dar a homens e mulheres que se prostituem os mesmos direitos estendidos para trabalhadores de qualquer outra profissão, inclusive no que se refere à licença-maternidade (CCC, 2010). Em 2013, na decisão **T-372/2013**, o Tribunal da Colômbia ordenou que diretor de um estabelecimento prisional permitisse a visita íntima para pessoas LGBTQIA+, garantindo a privacidade, a não discriminação e o desenvolvimento livre da personalidade, independentemente de orientação sexual¹⁵ (CCC, 2013).

A liberdade de orientação sexual desaguou também no Tribunal do “sonho americano”. Em junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma decisão histórica, legalizou, por cinco votos a quatro, a união entre pessoas do mesmo sexo. Desde então, todas as áreas sujeitas à jurisdição da Constituição dos Estados Unidos não podem opor resistência injustificada ao reconhecimento do casamento homossexual. O caso **Obergefell e Outros vs. Hodges** trata da relação homossexual entre Obergefell e John Arthur, companheiros por mais de vinte anos. Em 2011, Arthur foi diagnosticado com esclerose lateral amiotrófica, motivo pelo qual o casal formalizou a união em Maryland, em outubro de 2013. No entanto, quando se mudaram para Ohio e postularam o reconhecimento da licença de casamento junto às autoridades, o Estado negou referida licença, de modo que o casal ajuizou uma ação em face do governador do distrito de Ohio. Em 2014, o Tribunal de Apelações do 6º Circuito decidiu, por dois votos a um, que a proibição de casamento entre homossexuais não violava a Constituição. Na Suprema Corte, entretanto, a decisão que prevaleceu foi aquela segundo a qual o casamento entre homossexuais não poderia ser proibido, tendo sido determinado seu reconhecimento e validade em toda a jurisdição americana (SCEU, 2014).

¹⁵ Ainda na República Colombiana, mas desta vez felizmente prescindindo da atuação dos tribunais, outro caso ganhou destaque dadas as suas particularidades. Em junho de 2017, três homens colombianos de Medellín, Manuel, Víctor Hugo e Alejandro, constituíram um regime de “trieja” (ou trisal). Nesse caso, com a formalização da escritura pública, o casamento entre os três assume implicações perfeitamente jurídicas, tanto no que se refere à separação ou ao falecimento de qualquer dos cônjuges, quanto no que diz respeito à eventual adoção de uma criança. Quando questionado pelo grupo de reportagem sobre ser possível amar mais de uma pessoa, Manuel limitou-se a afirmar que “lo raro es decir que uno sólo puede amar a una persona.” (MARÍN, 2017). Vale lembrar que o Brasil, em 2016, já havia reconhecido uma união poliafetiva entre duas mulheres e um homem perante o 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro.

O mesmo ideal guiou a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso **Atala Riffo e Filhas vs. Chile**, de 2012. Nele, o Estado chileno restou condenado por violação dos direitos de igualdade, de respeito à honra e à dignidade, do direito de não discriminação, da vida privada e da garantia judicial de imparcialidade relativamente à Sra. Karen Atala Riffo. A discussão diz respeito à lesbianidade da vítima, a qual perdeu a guarda de suas três filhas para seu ex-companheiro em decisão da Suprema Corte Chilena, cujos motivos mencionaram expressamente a sua orientação sexual (CORTE IDH, 2012). Ainda sob a jurisdição da Corte IDH, a República da Colômbia foi condenada no caso **Ángel Alberto Duque vs. Colômbia** pela falta de acesso do Sr. Alberto Duque à pensão por morte de seu companheiro falecido em 15 de setembro de 2001. É que as normas que à época regulavam o direito de seguridade social no país excluíam as uniões estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo. Em 26 de fevereiro de 2016, a Corte IDH prolatou sentença por meio da qual declarou a responsabilidade internacional da Colômbia pela violação do direito de igualdade perante a lei e de não discriminação em prejuízo do Sr. Duque (CORTE IDH, 2016).

No cenário europeu, merece destaque o Reino da Dinamarca por ter sido o primeiro país do mundo a permitir, ainda em 1989, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Foi um dos pioneiros, também, na autorização do casamento de homossexuais, em 2012. Agora o debate volta à cena pública por meio do caso nº **159/2016**, em que se discutiu se as regras do casamento entre pessoas do mesmo sexo seriam contrárias à Constituição dinamarquesa, essencialmente no que dizia respeito à autoridade dos sacerdotes na Igreja da Dinamarca para casá-las. A Suprema Corte do país, entretanto, concluiu que não havia fundamentos para afastar a autoridade do Poder Legislativo e a deliberação do governo em torno da possibilidade de que duas pessoas do mesmo sexo se casassem na Igreja Dinamarquesa em cerimônia presidida por um sacerdote. Isso porque a base confessionária do país é a Evangélica Luterana e a autoridade máxima para regulamentar as questões da própria Igreja reside no Poder Legislativo e no governo, os quais têm ampla margem de atuação no tocante à regulamentação da possibilidade dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, o Tribunal asseverou que inexistem legislações destinadas a limitar o Poder Legislativo e o governo no que tange aos assuntos da Igreja da Dinamarca. Ademais, afirmou que essa interferência não violava a Constituição e nem a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre Liberdade de Crença e Religião (SCD, 2017).

O caso **Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal**, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), evidencia que o desejo heterossexual também não passa ileso pelo crivo dos conservadores. A vítima da demanda foi submetida à procedimento cirúrgico em virtude do

qual sofreu danos permanentes em sua vida íntima e sexual. O Supremo Tribunal Administrativo reduziu o valor de indenização anteriormente arbitrada por entender que, em função de a vítima já contar com 50 anos de idade e ser mãe de dois filhos, o sexo não assumiria a mesma relevância de quando se é mais jovem. Os julgadores do Tribunal Europeu entenderam que houve uma injustificada diferença de tratamento da vítima com base em dois estereótipos bem marcados: gênero e idade. A decisão do TEDH, de julho de 2017, foi no sentido de reconhecer que Portugal violou o direito de não discriminação constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos, arbitrando indenização pelos danos morais resultantes dessa violação (TEDH, 2017).

Superadas algumas pautas, no entanto, outras persistem para aquelas sexualidades outrora (e ainda) enquadradas como “desviantes”. A doação de sangue por homossexuais é oficialmente proibida pela Anvisa (Resolução RDC nº 34/14) e pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 158/16).

Ambas as instituições determinam que homens que mantiverem relações sexuais com outros homens nos últimos 12 meses não podem doar sangue. A Resolução RDC nº 34/14 da Anvisa, em seu art. 25, inciso XXX, estabelece que os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 meses após a prática sexual de risco, incluindo-se indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes. Já a Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, de 04 de fevereiro de 2016, em seu art. 64, considera inaptos temporários por 12 meses os candidatos homens que tiverem relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes. Há vários anos, especialistas de saúde não somente no Brasil, mas no mundo todo, advogam pelo fim da proibição imposta aos homossexuais, por considerarem a medida improcedente, preconceituosa e desarrazoada, sendo um incoerente resquício da epidemia do vírus HIV no país. Argumentam tais especialistas que o conceito de “grupo de risco” já não se aplica. O que deve ser levado em consideração nessas proibições sanitárias é o comportamento de risco.

Nesse sentido, em maio de 2020, o Plenário do STF, por maioria de votos (7x4), considerou inconstitucionais os dispositivos mencionados. Prevaleceu o voto do Ministro Relator, Edson Fachin, no sentido de julgar procedente a **ADI nº 5.543**, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Como bem asseverou o Ministro Relator,

sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão [...]. Para além dessa dimensão individual, no campo simbólico o sangue corresponde à negativa de qualquer possibilidade de arrebatamento da humanidade de quem quer que seja por motivos como “raça”, cor, gênero, orientação sexual, língua, religião, origem etc. O sangue como metáfora perfeita do que nos faz inerentemente humanos [...]. A responsabilidade com o Outro no caso em tela nos convida, portanto, a realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível. Incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue. Somos responsáveis pela resposta que apresentamos a esse apelo. (BRASIL, 2020).

Diante do exposto, a breve descrição dos casos selecionados permite perceber que há um movimento interessante, em nível global, tendente ao reconhecimento jurídico de outras possibilidades familiares e existenciais. Por certo, as últimas décadas demarcaram um período em que restou evidente a discrepância entre a experiência social das pessoas LGBTQIA+ e suas expectativas em termos de reconhecimento jurídico. Com isso, o Direito percebe-se constantemente desafiado, no sentido de reinventar sua função reguladora e emancipatória, cujas bases se fizeram sob o paradigma da Modernidade (SANTOS; LUCAS, 2015).

Desnecessário dizer que esse processo de reconhecimento e de luta pelos direitos de pessoas LGBTQIA+ tem, em maior ou menor grau, sido protagonizado sobretudo pelo Poder Judiciário, seja nacional ou internacional. O Poder Legislativo tem tido uma atuação mais lenta, especialmente nos temas que impõem fortes rupturas paradigmáticas, a exemplo da demanda afetivo-sexual de pessoas LGBTQIA+¹⁶. Em boa medida, isso deriva do fato de que a composição dos parlamentos tende a materializar o senso comum, o que significa a reprodução de uma postura mais conservadora¹⁷ (SANTOS; LUCAS, 2015).

O fato é que decisões judiciais dessa natureza, que desafiam estruturas milenares a partir das quais a sociedade humana se consolidou, certamente significam um grande avanço para o Direito, impondo-lhe constantes remodelações que consigam concordar com as novas dinâmicas sociais. Por outro lado, não se pode negar que surgem novas angústias e complexidades que impõem uma reflexão em torno daquilo que Roudinesco (2003, p. 11) vai caracterizar como um “terror da abolição da diferença dos sexos, com a perspectiva de uma dissolução da família no fim do caminho.” Para a psicanalista, entretanto, apesar do grande

¹⁶ Não é por outra razão que em 13 de junho de 2019, o STF enquadrando atos de homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa nos autos da ADO nº 26 e do MI 4.733. Para o Plenário, houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional ao não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído na tarde desta quinta-feira (13).

¹⁷ Não se desconhece a realidade de países como a Alemanha, que em junho de 2017 legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio de projeto de lei aprovado por 393 deputados, integrantes de três partidos de esquerda e de alguns parlamentares da ala conservadora de Angela Merkel.

número de divórcios, separações e rearranjos conjugais, é inegável que a família segue sendo a mais sólida das instituições humanas.

Essas desconstruções e reelaborações devem servir, no entanto, à ressignificação do lugar do sujeito no mundo. Isso quer dizer que esse interessante movimento de desestabilização de algumas categorias modernas deve recolocar o indivíduo em algum lugar, e não o deixar à deriva, desprovido de *locus*, acobertando-o sob o ilusório manto da abstração. Eis a importância da diferenciação: criar lugares de não segregação, de não impedimento, construindo e viabilizando novas possibilidades. Esse “fazer jurídico” é fundamental, pois permite que sejam abraçadas pelo universo normativo outras estéticas existenciais possíveis. Além disso, sugere que indivíduos possam colocar o seu afeto no seu objeto de desejo efetivo e, mais do que isso, vivenciar essa forma de desejar livre de qualquer opressão.

Há, portanto, um movimento ambivalente: em termos jurídicos, a identidade – seja ela no que diz respeito à sexualidade, cor, gênero ou idade – não pode se constituir em um obstáculo à concretização de direitos fundamentais e, nesse sentido, é possível questionar a desnecessidade de demarcar estes rasgos de identificação dos sujeitos no campo normativo (já que a inclusão de determinadas categorias, por meio do reconhecimento legal, significa a exclusão de outras). Por outro lado, no que diz respeito ao mundo da vida, dos fatos, esses traços são fundamentais porque comunicam expectativas e (im)possibilidades para os indivíduos. Desse modo, é possível supor, por exemplo, que uma mulher lésbica queira se identificar como tal em termos existenciais a fim de evitar as investidas arbitrárias de homens que, muito provavelmente, não são seu objeto de desejo.

Não se pode, no entanto, dar a pauta por superada. Em muitas regiões, as pessoas LGBTQIA+ ainda não adentraram na arena dos sujeitos socialmente reconhecidos do ponto de vista de sua cidadania. “Manter relacionamentos amorosos, algo que nos faz intrinsecamente humanos, ainda é, em termos legais, uma prerrogativa heterocêntrica, marca da injustiça erótica e da opressão sexual que atinge gays e lésbicas no Brasil e na maior parte do planeta” (MELLO, 2006, p. 506).

Por outro lado, não há como negar que os desafios introduzidos pela diferença (e pela diferenciação) estão latentes e se colocam cada vez mais na ordem do dia, demandando um reconhecimento político cujas consequências se espraiam para outros campos, a exemplo do econômico. Isso significa que, superadas algumas pautas da agenda LGBTQIA+, outras surgirão, reivindicando novas respostas, mais criativas, capazes de incluir tais grupos outrora excluídos da vida pública numa noção de sexualidade efetivamente cidadã, a fim de que os direitos sexuais sejam eles também percebidos como parte do exercício da cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS (OU REFLEXÕES INCONCLUSIVAS)

O modelo familiar heteronormativo persiste como regra no imaginário coletivo, mas a dinâmica social aponta para novas possibilidades. Sexo, gênero e sexualidade, nesse sentido, revelam-se como categorias maleáveis (pela cultura, pela religião, pela biologia) e fluídas, permeadas ora por conservadorismos, ora por ondas neoliberais. No que se refere às uniões homoafetivas, verifica-se um primeiro processo de descriminalização, passando pela legalização da união civil com posterior equiparação ao casamento heterossexual. Desnecessário dizer que a reivindicação política avançará, exigindo das ciências jurídicas um novo modo de pensar a partir de outras experiências sociais que se colocarão na ordem do dia.

Os casos analisados abarcaram regiões diversas, mas guardam em comum o fato de que foram resolvidos pelas mais altas cortes jurisdicionais. Embora materializem um pequeno recorte diante da multiplicidade de outras regiões que poderiam ser estudadas, eles permitem sugerir que está ocorrendo um deslocamento importante a nível global no que diz respeito à sexualidade, no sentido de um reconhecimento cada vez mais enfático da diversidade. Além disso, evidenciam que embora as identidades assumam especial relevância do ponto de vista do cotidiano, talvez seja mais interessante para o Direito (e possivelmente menos problemático) estabelecer direitos fundamentais de maneira desvinculada às identidades.

É que como um instituto que se estabelece a partir das relações com o seu oposto, incluir – na lógica jurídica – a partir da identificação, inevitavelmente acarretará exclusões. É dizer, toda legislação que se propor a reconhecer explicitamente determinadas identidades está, em verdade, fadada ao fracasso, já que apenas está protegendo processos de identificação. É o caso das uniões homoafetivas, pois na tentativa de proteger a mulher enquanto um sujeito vulnerável em termos de gênero, por melhor que fosse a intenção do legislador constituinte, outras inúmeras identidades tão vulneráveis quanto a própria mulher se perceberam sem proteção jurídica adequada.

Então, até que ponto o sistema jurídico consegue universalizar o direito à identidade, especialmente no tocante à sexualidade? Este estudo defende que o Direito, por adotar determinadas generalizações, seleciona certos traços de identificação, afastando outros (igualmente importantes). Talvez seja hora de restaurar, pelo menos do ponto de vista legislativo, uma humanidade comum do ser humano enquanto modelo universal de direitos humanos, o que não implica, de forma alguma, adotar uma racionalidade jurídica estandartizadora e sectária. Somente assim será possível conceber um paradigma jurídico de

justiça erótica, de libertação sexual e diversidade familiar, reconhecendo que negar os direitos conjugais, parentais e sobretudo existenciais de pessoas LGBTQIA+ é a negação expressa de sua própria condição de seres humanos.

REFERÊNCIAS

A DEFESA das uniões homoafetivas perante o STF: uma visão humanista da vida (parte 1). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5_CHQPes_ls. Acesso em: 09 dez. 2017.

BATAILLE, Georges. **O erotismo**. Tradução de Fernando Scheibe. Belo Horizonte: Autêntica Ed., 2014.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. **El normal caos del amor**. Barcelona: El Roure Ed., 1998.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da lei. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1092>. Acesso em: 13 maio 2017. p. 289-321.

BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero. **Gênero, sexualidade e direitos humanos**. Porto Alegre: maio de 2015. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01240641/document>. Acesso em: 15 maio 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília 11 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344168708&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Brito, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Min. Ayres Brito, Brasília, 05 maio 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, 08 jun. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309695587&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília, 10 maio 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso, Brasília, 10 maio 2017a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BUTLER, Judith. **Desfazendo gênero**. Tradução de Aléxia Bretas, Ana Luiza Gussen, Beatriz Zampieri, Gabriel Lisboa Ponciano, Luís Felipe Teixeira, Petra Bastone e Victor Galdino. São Paulo: Ed. UNESP, 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (CCC). **Comunicado nº 17**, 28 abr. 2016. Celebración de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. Sentencia de unificación. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2017%20comunicado%2028%20de%20abril%20de%202016.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (CCC). **Decision T-629/10**, 2010. Protection to the sex workers (prostitution). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (CCC). **Decision T-372/13**, 2013. Right to conjugal visits for LGBTQIA+ people. Disponível em: <http://english.corteconstitucional.gov.co/sentences/T-372-2013.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Sentença. **Ángel Alberto Duque vs. Colômbia**. 26 fev. 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 02 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Sentença. **Atala Riffo e Filhas vs. Chile**. 24 fev. 2012. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Acesso em: 14 out. 2017.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elizabeth. **De que amanhã: diálogo**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2004.

FEITOSA, Lourdes Conde. Gênero e sexualidade no mundo romano: a antiguidade em nossos dias. **História: Questões & Debates**, dez. 2008. p. 119-135. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/historia/article/view/15297/10288>. Acesso em: 23 jun. 2017.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês:** política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. **De habitaciones propias y otros espacios negados:** una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Espanha: Universidad de Deusto, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** a vontade de saber. 22. impr. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais:** curso no Collège de France. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FREUD, Sigmund. **Obras completas**, v. 6: três ensaios sobre a teoria da sexualidade, análise fragmentária de uma histeria (“O caso Dora”) e outros textos (1901-1905). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade:** sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Ed. UNESP, 1993.

GREGORI, Maria Filomena. **Prazeres perigosos:** erotismo, gênero e limites da sexualidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ILLOUZ, Eva. **O amor nos tempos do capitalismo.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LUCAS, Doglas Cesar; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a “idiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 3, p. 106-131, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/155>. Acesso em: 29 out. 2017.

MARÍN, Daniel Rivera. Los tres maridos: la historia de una "trieja", la unión marital de tres hombres en Colombia. **BBC Mundo**. 15 jun. 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-40286113>. Acesso em: 30 out. 2017.

MELLO, Luiz. **Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil.** Estudos Feministas, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2006000200010/7761>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MISKOLCI, Richard. **Desejos digitais:** uma análise da busca por parceiros on-line. Belo Horizonte: Autêntica Ed., 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder.** Tradução de Marcos Fernandes e Francisco Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação**: as minorias na Idade Média. Tradução de Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RIOS, Roger Raupp. **Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade**. In: RIOS, Roger Raupp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13-38.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 615-638, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200615&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2017

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A parte obscura de nós mesmos**: uma história dos perversos. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STEARNS, Peter N. **História da sexualidade**. Tradução de Renato Marques. São Paulo: Contexto, 2010.

STOLLER, Robert J. **Perversão**: a forma erótica do ódio. Tradução de Maria Lúcia L. da Silva. São Paulo: Hedra, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMA CORTE DA DINAMARCA (SCD). **Caso nº 159/2016**, 23 mar. 2017. Same-sex marriage. Disponível em: <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/Afgorelser/Pages/Same-sexmarriage.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS (SCEU). **Case Obergefell vs. Hodges**, 26 jun. 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 09 dez. 2017.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). Sentença, Petição nº 17484/15. Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal. 25 jul. 2017. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175659>. Acesso em: 31 jul. 2017.

Submissão: 17/01/2021. Aprovação: 15/06/2023.

A LINGUAGEM ENTRE O DELITO E A PENA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO PARADIGMA LINGUÍSTICO PARA UM MODELO DEMOCRÁTICO DE CENSURA

THE LANGUAGE BETWEEN CRIME AND PUNISHMENT: CONTRIBUTIONS OF THE LINGUISTIC PARADIGM FOR A DEMOCRATIC MODEL OF CENSURE

*Lohan Ribeiro Couto*¹
Universidade Federal do Paraná

*André Ribeiro Giamberardino*²
Universidade Federal do Paraná

Resumo:

O objetivo deste artigo consiste em avaliar de que maneira a filosofia da linguagem pode render ganhos para uma concepção democrática de censura. Traçando um paralelo entre o delito e a pena, a metodologia da pesquisa abrange a revisão bibliográfica pautada na interdisciplinaridade, especialmente entre as áreas da Filosofia e do Direito, adotando como marcos teóricos a fase pragmática de Ludwig Wittgenstein e o paradigma comunicativo em Jürgen Habermas. Primeiramente, observa-se que o giro linguístico permite romper com a pretensão de verdade na teoria do delito, afirmando uma concepção significativa de ação, bem como desconstituir o conceito ontológico de pena, enfatizando a sua dimensão comunicativa. Assim, visualiza-se a pena não mais como mera consequência do crime, mas como instituição política. A partir disso, com base na teoria republicana e em uma concepção deliberativa de democracia, defende-se a possibilidade de modelos de censura fundados no consenso argumentativo e na participação de “todos os potencialmente afetados”, valorizando o diálogo e a dimensão humana das relações conflitivas geradas pelo crime.

Palavras-chave:

Filosofia da linguagem. Teoria do delito. Teoria da pena. Censura. Democracia deliberativa.

Abstract:

The aim of this article is to examine how the philosophy of language can yield gains for a democratic conception of censorship. Drawing a parallel between crime and punishment, the research methodology comprehends the bibliographic review based on interdisciplinarity, specially between the areas of Philosophy and Law, adopting as theoretical framework the pragmatic phase of Ludwig Wittgenstein and the communicative paradigm in Jürgen Habermas. First, it is observed that the linguistic turn allows to break with the truth pretension in the theory of the crime, affirming a meaningful conception of action, as well as to dismantle the ontological concept of punishment, emphasizing its communicative dimension. Thus, the punishment is no longer seen as a mere consequence of the crime, but as a political institution. From that, based on republican theory and a deliberative conception of democracy, the possibility of censorship models based on the argumentative consensus and the participation of “all potentially affected” is defended, valuing the dialogue and the human dimension of the conflict relations generated by crime.

Keywords:

Philosophy of language. Theory of crime. Theory of punishment. Censure. Deliberative democracy.

¹ Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Criminologia pela Università degli Studi di Padova. Professor da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Sociologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Visitante junto ao Departamento de Ciência Política da Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Itália, 2024). Coordenador da CAJEP/UFPR (Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões - UFPR). Defensor Público no Estado do Paraná. Atualmente, é Assessor da Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

Se, em Jürgen HABERMAS (1995), a democracia passa pela garantia de um processo de tomada de decisão abrangente da vontade e da opinião de todos, no qual os cidadãos sejam tratados idealmente como livres e iguais, a proposta de se pensar em um paradigma democrático de censura deve se direcionar, na mesma linha, a um modelo que permita o exercício da reprovação a ações produtoras de danos com um viés participativo e não excludente ou destrutivo. Tal desafio se faz maior em face de um contexto periférico tal como o latino-americano e, em especial, o brasileiro, onde a desigualdade impera e a falácia dos fins declarados da pena é notória.

Trilhar esse caminho dentro de um prisma normativo, a partir da filosofia da linguagem, de modo distinto, mas sem ignorar a relevância da crítica empírica e sociológica ao poder punitivo, implica afastar-se das abstrações do linguajar cientificista para, assim, considerar as práticas sociais e o modo de vida das pessoas. Considera-se, a partir disso, a possibilidade de aproximar o *sentido* das categorias jurídicas à voz da linguagem comum, tanto em relação ao delito, como acerca da pena, reconhecendo que os problemas em torno do Direito, em vez de buscarem explicar a “verdade” das coisas por meio de conceitos jurídicos (o que tradicionalmente se fez, por exemplo, acerca da ação, do dolo e da proporcionalidade na relação crime-pena), dizem respeito, com efeito, a algo nada muito além de apenas “palavras”. Por outro lado, buscar um novo repertório linguístico, diferente daquele do sistema de justiça criminal, coloca-se cada vez mais como estratégia fundamental de um horizonte de resistência e construção de caminhos alternativos.

Com a assunção desses pontos de partida, a questão aqui posta é, traçando um paralelo entre o delito e a pena, de que maneira a filosofia da linguagem pode contribuir para uma concepção democrática de censura?³

Ainda que a crítica sociológica da justiça criminal indique a impossibilidade material de algo assim, o debate normativo não pode e nem deve ser interdito. Está-se a partir, nesses termos, de uma forma específica de se compreender a censura – por assim dizer, “democrática”.

³ Nesse ponto, vale remeter à distinção entre o que se quer dizer por “concepção”, aqui visualizada como a escolha retórica por uma interpretação dentre tantas outras possíveis, e “conceito”, isto é, aquilo que permite o compartilhamento de sentidos minimamente comuns em torno de um signo. Em Dworkin (1986, p. 71), a “concepção” é definida na medida em que particulariza, em si mesma, uma posição possível acerca de um “conceito”, sendo esse, por sua vez, expressivo de uma interpretação abstrata, compreendido em um nível de consenso. Se a posição aqui assumida caminha no sentido da linguagem, a postura não poderia ser outra a não ser limitar-se a falar em “concepção”, visualizada, em última análise, em seu uso a partir dos jogos de linguagem (WITTGENSTEIN, 1999).

Contudo, é importante dizer que tal assunção não se resume à terminologia empregada: quer-se também compreender a própria censura, do ponto de vista de sua operacionalização, a partir do uso linguístico que dela se faz na prática, buscando levar em conta as distintas formas possíveis de se exercer “reprovação” frente a um ato que produz dano. Ou seja, não se parte de qualquer resposta pré-concebida à pergunta: o que significa, efetivamente, reprovar alguém? Ao contrário, semelhantemente à colocação de WITTGENSTEIN (1999, § 432, p. 129) sobre a significação das palavras, considera-se que “todo signo sozinho parece morto. O que lhe dá vida? No uso, ele vive. Tem então a viva respiração em si? Ou o uso é a sua respiração?”.

Tal problema de pesquisa, aqui, fora enfrentado por meio de revisão bibliográfica pautada na interdisciplinaridade, especialmente entre as áreas da Filosofia e do Direito, adotando como marcos teóricos a fase pragmática de Ludwig Wittgenstein e o paradigma comunicativo em Jürgen Habermas.

Para seguir em tal linha de argumentação, parece ser necessário visualizar a pena de uma forma separada da noção de crime, ou seja, em uma instância autônoma em relação à teoria do delito, para que, assim, possa-se questioná-la abertamente, tanto do ponto de vista de sua (pretensa) justificação, como de sua escolha como um mecanismo hegemônico de controle social (tal como se fez hodiernamente, máxime em solo latino-americano).

Desse modo, a análise percorreu as seguintes etapas: (i) compreender as repercussões do giro linguístico para a teoria do delito, especialmente a partir da contribuição de Vives Antón em sua concepção significativa da ação; (ii) analisar em que medida é possível conceber a pena de modo autônomo em relação à teoria do delito, dissertando, a partir disso, sobre as implicações linguísticas na teoria da pena a partir de sua vertente expressiva, com base nos escritos de Joel Feinberg, tratando também de suas limitações e (iii) direcionar a análise ao problema de pesquisa lançado, indicando, assim, as possíveis contribuições da filosofia da linguagem – precisamente em sua versão comunicativa – para uma concepção democrática de censura.

Assume-se que, sendo o Direito Penal um veículo de violência, tanto nos casos que sanciona, como na forma de sancioná-los (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 18), e que a sua instrumentalização em um espaço desigual como o brasileiro se dá de forma repressiva e seletiva (basta indicar, nesse sentido, o desenfreado encarceramento em massa no país – embora surjam alguns tentando negar o “óbvio”⁴), a busca por uma saída na filosofia da linguagem, em

⁴ Sobre a veiculação de teorias conspiracionistas em torno do fenômeno do encarceramento em massa, recomenda-se: GIAMBERARDINO, 2019.

seu nítido viés pragmático e desconstrutivista, pode representar uma via promissora para oferecer respostas tendencialmente democráticas aos problemas atrelados à questão criminal.

2 PRAXIS E PRETENSÃO DE JUSTIÇA: REPERCUSSÕES DA TEORIA SIGNIFICATIVA PARA O SISTEMA DE IMPUTAÇÃO

Segundo MUÑOZ CONDE (2001, p. 163-164; 171), o despertar das ciências sociais e naturais em meados do século XIX, no contexto de solidificação do positivismo científico, legou aos estudos no campo do Direito Penal (e, mais amplamente, do Direito como um “saber”) um marcante direcionamento ao método científico, como única forma de dotar a “ciência” jurídica com a autenticidade e validade próprias das demais áreas relacionadas às ditas “ciências naturais”. Para a compreensão do delito, visto nesse cenário como categoria científica, a consequência não poderia ser outra, senão o abandono, desde um método jurídico-positivista, de qualquer dimensão social ou política referente ao fenômeno do crime.

Os caminhos para a superação desse modelo positivista de ciência, dentro do Direito Penal, não foram apenas um. MUÑOZ CONDE (2001, p. 165-166; 177) destaca, por exemplo, a concepção “compreensivo-axiológica” (pautada no “valor”) proposta pelo neokantismo, em contraposição ao estudo “causal-explicativo” em torno do delito, cuja implicação mais visível teria sido a separação entre a criminologia e a dogmática penal: ambas ainda como “ciência”, mas fundadas em métodos distintos⁵.

O ponto é que os diferentes sistemas de imputação, desde as concepções clássicas e neoclássicas até o finalismo – buscando sempre a sua afirmação como ciência, seja qual fosse a base filosófica por elas adotada (PEREZ, 1999, p. 1075) –, fracassaram (como, aliás, não poderia ser diferente) em sua pretensão de dar conta da totalidade atinente à realidade social⁶. Nas palavras de VIVES ANTÓN (2011, p. 764-765), “o causalismo e o finalismo morreram, por assim dizer, de velhos”, de modo que, após esses sistemas, esgotou-se qualquer papel que se poderia esperar de uma “grande teoria” do Direito Penal, vale dizer, de sistemas calcados em

⁵ Sobre essa contraposição metodológica entre as ciências naturais e as ciências culturais, desde a perspectiva neokantista, cita-se Gustav Radbruch: “As ciências empíricas ocupam-se do que é, do que foi e do que será; a Filosofia do Direito estuda o conteúdo valorativo das normas, o que deve ser, embora infelizmente nem sempre aconteça (...). O mundo dos valores e o mundo dos fatos coexistem em órbitas paralelas que não se interpenetram. Esta forma de relacionamento entre valor e realidade, entre ser e dever é denominada dualismo metodológico” (RADBRUCH, tradução por Jacy de Souza Mendonça, p. 19, disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf> . Acesso em: 25/06/2020).

⁶ Conforme aponta Vives Antón (2011, p. 764-765), foi claro o fracasso do causalismo, no que tange à omissão, assim como do finalismo, em relação à imprudência.

categorias pré-jurídicas e ontológicas para responder aos problemas teóricos envolvendo o fenômeno criminal.

É justamente nesse sentido que, segundo BUSATO (2019a, p. 135), o resultado final da guerra entre os modelos causalista, neokantista e finalista, em suas críticas mútuas, culminou na completa ruptura de todos os conceitos ontológicos na teoria do delito. Aliás, para o autor, nem mesmo a resposta funcionalista a esse cenário teria logrado abandonar por completo o modelo científico, uma vez que, ainda se atendo ao método analítico – em que pese tenha incorporado noções político-criminais para a compreensão do Direito Penal –, teria preservado uma notável carga naturalista no conteúdo de categorias do delito, como o dolo e a ação.

Uma resposta distintiva, contudo, apareceu com Vives Antón, em meados da década de 90 do século XX, a partir de sua teoria significativa do delito. Tal concepção “significativa” assim restou denominada por assentar suas bases na filosofia da linguagem, visualizando na ação não mais uma categoria ontológica, mas, sim, a tradução de uma expressão de sentido (BUSATO, 2019b, p. 5).

Com efeito, segundo VIVES ANTÓN (2011, p. 266-272), a pretensão de cientificidade dos sistemas teóricos até então vigentes, buscando associar categorias próprias do discurso jurídico a objetos físicos (como ocorre, por exemplo, ao se procurar o elemento do dolo em um processo psíquico ocorrido na mente do indivíduo), introduziu na teoria do delito um profundo *erro categorial*, na tentativa de se valer – equivocadamente – de aportes científicos para explicar noções de um campo que, em verdade, é eminentemente prático. Esse equívoco do cientificismo, para o autor, teria consequências devastadoras, tanto de ordem conceitual, como política, provocando uma séria enfermidade, cuja cura passaria por adotar a “terapia” adequada, qual seja, um “banho prolongado de sentido comum e humildade intelectual” (VIVES ANTÓN, p. 550, 1028).

Em suma, quando se trata do Direito, não se está falando sobre algo que é (o *ser*), ou que ainda não é (o *dever ser*), tal como pretendeu o positivismo; em verdade, falar em Direito é tratar do âmbito do *sentido* (VIVES ANTÓN, p. 404-405). Em outras palavras, a partir da rejeição de incursões no mundo do ser, a teoria significativa passa a enfatizar o significado das normas jurídicas segundo as práticas sociais, deixando de visualizar a ação como categoria ôntica (como se pretendia, por exemplo, ao conceituá-la como um “movimento corporal voluntário modificador do meio exterior”, no causalismo⁷, ou ainda um “comportamento direcionado a uma finalidade”, no finalismo⁸), para compreendê-la, agora, como um sentido

⁷ Sobre o tema, confira-se: BELING, 1944, p. 20; LISZT, 2006, p. 193.

⁸ Nesse sentido, recomenda-se: WELZEL, 2009, p. 31-38.

atribuído aos comportamentos humanos a partir de um conjunto de regras, isto é, um *substrato* (VIVES ANTÓN, 2011, p. 221)⁹.

A proposição teórica de Vives Antón, conforme aponta PEREZ (1999, p. 1077), parte, de um lado, dos conceitos básicos da construção filosófica de Ludwig Wittgenstein, a partir de seu “giro pragmático”, e, de outro, da contribuição de Jürgen Habermas, no que tange ao método. Assim, estrutura-se a ação a partir de uma concepção fundada no caráter dinâmico dos “usos de linguagem”, expressos nas formas de vida – e aqui, a fonte seria o “segundo” Wittgenstein, identificado no trabalho apostro em “Investigações Filosóficas” (WITTGENSTEIN, 1999) –, bem como na metodologia de apresentação do sistema na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de HABERMAS (1987, p. 110-146).¹⁰

Desse modo, ação só pode assim ser chamada porque é dessa forma que as pessoas, a partir de um contexto específico, e segundo regras determinadas, compreendem-na. Ela não existe por si só – vale dizer, não constitui um dado da natureza, que aí está e pode ser explicado pelo Direito –; antes, é um sentido atribuído a uma situação concreta, segundo a interpretação que as pessoas fazem, em um processo intercomunicativo, a partir de seus modos de vida.¹¹

É a partir desse panorama que, na afirmação de BUSATO (2019b, p. 23), a teoria significativa teria logrado romper em definitivo com a pretensão de cientificidade do Direito Penal, passando a aproximá-lo da *praxis* e do sentido socialmente partilhado, de modo a trazer para o espaço comunicativo, em uma perspectiva inclusiva, os próprios destinatários da

⁹ Nesse sentido, para o autor (2011, p. 210), a ação pode ser definida como “o resultado de um processo de interpretação conforme regras”. Um exemplo ilustrativo dessa concepção pode ser visualizado na figura do guarda de trânsito que, em uma via pública, levanta a mão: tal movimento corporal, se considerado em isolado, certamente não teria o mesmo significado do gesto do agente público exercido *contextualmente*, tendo como pano de fundo um conjunto específico de regras incidente na conjuntura fática (no exemplo, as normas de trânsito e o próprio poder de polícia exercido pelo agente em sua função pública) A esse respeito: veja-se: BUSATO, 2019b., p. 15. Trata-se daquilo que HABERMAS (1989, p. 167) chamou de “mundo da vida”, isto é, o que constitui o *contexto* da situação de ação, por meio do qual os participantes da comunicação adquirem os recursos necessários para interpretá-la e estabelecerem um entendimento mútuo.

¹⁰ Desse modo, o critério de legitimidade das normas penais estaria calcado em um acordo comunicativo segundo pretensões de validade, afinal, as normas (e, do mesmo modo, as ações) só fazem sentido quando dirigidas ao outro e reconhecidas como válidas em um processo intercomunicativo. A comunicação, assim, é a base – instrumental – sobre a qual se estrutura a validade e a racionalidade do sistema normativo. Sobre o tema, ver: BUSATO, 2019b, p. 9 e ss.

¹¹ Enquanto os sistemas tradicionais (clássico, neoclássico e finalista) centralizavam a análise na categoria da ação, e o funcionalismo, como contraponto, passou a enfatizar a categoria da norma (notadamente o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs), a teoria significativa, por sua vez, logrou equilibrar a relação entre as duas noções em torno de uma categoria central: a *liberdade de ação*, vista não como um dado empírico (do que se poderia superar, de pronto, as críticas em torno do livre arbítrio humano, máxime aquelas levantadas pelo estudo da neurociência no Direito Penal), mas, sim, como *modo de vida*, constituindo um pressuposto da própria ação, já que não se pode compreender o agir humano caso não se tenha como ponto de partida a sua liberdade. Em outras palavras, pressupor a liberdade (como um modo de vida) é necessário se o objetivo do sistema normativo é regular a convivência social – a ideia, portanto, é mais pragmática do que qualquer outra coisa. Sobre o tema, ver: PEREZ, 1999, p. 1077-1078; 1083-1084.

pretensão de validade da norma. Mais do que isso, o paradigma linguístico teria propiciado um “resgate do humano”, ao preservar a importância da categoria da ação como expressão do que as pessoas fazem (e não como um objeto cuja essência seria passível de um conhecimento neutro pela “ciência” jurídica), bem como teria permitido uma incorporação da política na teoria do delito, abandonando pretensões descritivas para enfatizar o caráter de decisão no processo de imputação (BUSATO, 2019b, p. 30-31).

Nessa linha, para o presente trabalho, abre-se o questionamento sobre se tal aproximação à *praxis* não poderia permitir, do mesmo modo, uma quebra do paradigma cientificista para se pensar não apenas o delito, mas, também, os modelos de reprovação para quem o comete. Em outras palavras, nesse ponto, quer-se apontar para outra via possível de análise, na qual se permita explorar de que modo o paradigma linguístico – sem optar, ao menos neste momento de questionamento inicial, por qualquer que seja a sua vertente –¹² poderia romper, tal como se fez a respeito da ação, com uma pretensão científica em torno de uma dita “essência” da pena, de forma que também se possa resgatar a linguagem comum, própria das práticas sociais, para tratar da censura. Mais além, a partir dessa ruptura com o “ser” da pena”, considera-se a possibilidade de visualizar, também a partir da filosofia da linguagem (e é essa a hipótese da qual se parte, aqui), um modelo de reprovação atento às pessoas concretamente envolvidas em um conflito causado pelo crime.

A proposta geral não trata, é necessário que se esclareça, de uma incursão nova; ao contrário, o campo da teoria da pena tem representado um solo fértil, desde a segunda metade do século passado, para abordagens calcadas em uma dimensão comunicativa do castigo.¹³ Tal ponto, aqui, será melhor tratado no próximo tópico; por ora, basta demarcar o interesse da pesquisa em visualizar o crime em suas circunstâncias concretas, desde uma perspectiva contextual, para o fim de indicar um caminho possível ao exercício de censura construído na *praxis*, cujo *sentido* seja atribuído a partir dos jogos de linguagem vivenciados pelas pessoas, de “carne e osso”, em torno do fenômeno criminal.

De todo modo, como já se dizia, a repercussão basilar da concepção significativa para a teoria do delito seria exatamente o rompimento com a pretensão de cientificidade. VIVES ANTÓN (2011, p. 489), frente a isso, rejeita qualquer pretensão de verdade no Direito Penal, assumindo que a atribuição de responsabilidade penal aos indivíduos, pelo julgamento de suas condutas a partir das normas jurídicas e dos valores que elas protegem, exige, sim, uma

¹² Acerca das distintas acepções da filosofia da linguagem, recomenda-se: LUDWIG, 2006, p. 93.

¹³ Nesse contexto é que aparecem as chamadas teorias expressivas da pena, cujos fundamentos podem ser encontrados, a partir de linhas gerais, em: EWING, 1970 [1929]; FEINBERG, 1965, p. 397-423; e DUFF, 2001.

pretensão de *justiça*, de modo a satisfazer demandas por valores como segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, dentre outras. Dito de outro modo, o que se quer com o Direito, em uma perspectiva bem menos pretensiosa, é simplesmente regular a coexistência humana da forma mais justa possível.

Nesse caminho, Busato traça algumas repercussões da teoria significativa para o sistema de imputação penal, tendo por base justamente a compreensão da ação como um sentido visualizado a partir de critérios pragmáticos, tal como se tem exposto até aqui. Assim, em primeiro lugar, o autor expõe que Vives Antón, ao afastar o critério da voluntariedade como elemento psicológico intrínseco à mente do sujeito, permite compreender os “estados de inconsciência” (sonambulismo, por exemplo) como efetivas ações, e isso, com efeito, decorreria de uma necessária aproximação do Direito Penal com a linguagem comum, afinal, faz sentido – e este é o ponto – dizer que um sonâmbulo “matou” ou “lesionou” alguém. A solução quanto à responsabilidade penal não seria dizer que o sujeito não agiu, mas residiria, sim, em outro lugar – mais precisamente, no campo da culpabilidade.¹⁴

Ainda, a teoria significativa daria um importante passo crítico no que diz respeito aos delitos de omissão imprópria, possibilitando um significativo recorte em seu âmbito de imputação. Isso porque, para Vives Antón, o recurso à “posição de garante” nos delitos comissivos por omissão geraria um sério *déficit de legalidade* (posto que permite imputar como “ação” uma conduta omissiva), sendo necessário, frente a isso, recorrer às “práticas de usos estáveis”, de modo que só seja possível compreender como “ação” uma conduta omissiva nos casos em que, efetivamente, haja uma *equivalência de sentido* do “abster-se” em relação ao “agir” (BUSATO, 2019a, p. 148-152).

Partindo das mesmas premissas, BUSATO (2019a, p. 152-162), então, oferece alguns elementos como “novos horizontes” da teoria significativa em matéria de imputação penal: o primeiro seria o recorte dos delitos de posse, excluindo tipos legais que, embora se pautem em verbos, não expressam qualquer sentido de ação (como no caso dos verbos *ter* e *possuir*), promovendo, antes, um inaceitável Direito Penal de autor; o segundo, por sua vez, apresentaria a perspectiva de imputar ações às pessoas jurídicas, partindo sempre do paradigma da

¹⁴ A discussão proposta por Vives, nesse ponto, parte da discussão travada no contexto de *common law* em torno do caso *Hill versus Baxter*, na qual um motorista havia caído em um estado de inconsciência e, após dirigir certa distância, acaba provocando um acidente. Após tratar do debate entre Herbert L. A. Hart e Michael S. Moore a respeito do caso referido, Vives remete ao pensamento de Bernard Williams, enfatizando que a ação do “inconsciente” não apenas expressaria uma ação em sentido comum, mas, além disso, expressaria também uma ação intencional (BUSATO, 2019a, p. 143-148).

autorresponsabilidade penal, tema que, inclusive, tem ocupado de forma central as pesquisas do autor, já há algum tempo.¹⁵

Feitas tais considerações, parece ser possível acrescentar, especialmente para o discurso construído nesta pesquisa, uma possibilidade de rendimento do paradigma linguístico para a própria compreensão do que seja o “crime”, permitindo que se afastem, também nesse aspecto, quaisquer conceitos pré-jurídicos que pretendam enxergar uma categoria científica, naturalística, nesse fato legalmente definido como ilícito.

Um viés desconstrutivista do conceito “essencializado” do crime, de fato, já vem sendo sustentado, no campo da criminologia, desde o interacionismo simbólico (MEAD, 1934; BLUMER, 1969) até as criminologias críticas (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1973), visualizando no crime uma vinculação a processos seletivos de definição. A partir da filosofia da linguagem, o caminho aqui apontado consistiria, de forma mais específica, na compreensão do crime em seus usos linguísticos, vale dizer, como um fenômeno que, antes de tudo, é percebido nas práticas sociais. A partir daí, pela negação de sua “essência”, seria possível manuseá-lo ora como categoria jurídica *construída*, na teoria do delito, ora em sua dimensão concreta, cujo sentido seja atribuído pelas pessoas, abrindo portas para se pensar em respostas inovadoras aos conflitos por ele causados.

A proposta se assemelharia à proposição de HULSMAN e BERNAT (1993, p. 102), no sentido de que “não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”. O conceito de dano seria mais adequado para tratar dos conflitos humanos. Entre os abolicionistas contemporâneos destaca-se Michael Coyle e sua ênfase na necessidade de se trabalhar com outro vocabulário, outro repertório, deixando para trás aquele da justiça criminal. Em tais abordagens, afirma-se com criticismo a tese de que as palavras não apenas descrevem, mas constroem o “crime”, o “criminoso” e os critérios que tolerarão algumas transgressões e outras não (COYLE, 2013).

A mesma postura é a que se quer assumir para as reflexões em torno da pena e, de forma mais ampla, da censura, também se valendo da aproximação à *praxis* e da ruptura com o ontologicismo. Para tanto, opta-se por questionar, traçando esse paralelo entre delito e pena, se é possível tratar as duas noções de forma independente, indagando se a pena constitui mera consequência do crime, como tradicionalmente se coloca, ou se pode ser vista, efetivamente,

¹⁵ Basta mencionar, nesse sentido, o desenvolvimento inovador, sob a coordenação do autor, do Projeto de Pesquisa intitulado “Responsabilidade penal de pessoas jurídicas”, no âmbito do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Paraná, atualmente em atividade.

como uma instância autônoma. Uma vez colocada essa discussão, a proposta, então, é voltar os olhos para as repercussões do paradigma linguístico na teoria da pena, em sua vertente expressiva, destacando as suas premissas e, também, as suas limitações.

3 A PENA COMO MERA CONSEQUÊNCIA DO DELITO? APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA EXPRESSIVA DE JOEL FEINBERG

Deixando claros os pontos de partida, ao se falar em “pena”, aqui, adota-se como critério necessário de sua definição a noção de “aflictividade”, isto é, a inflicção de *dor* a alguém. Assim, a concepção de pena acolhida pode ser entendida como a imposição intencional de sofrimento ou dor a um indivíduo, sempre de forma legalmente autorizada, como resposta ao cometimento de um ato contrário a um referencial normativo (BOONIN, 2008, p. 12-17).¹⁶ Tal postura consiste, antes que qualquer outra coisa, em uma opção interessada, que visa a compreender a pena como uma instituição política e, portanto, de difícil justificação, exatamente porque pressupõe a inflicção de sofrimento, aos cidadãos, pelo uso intencional da força.¹⁷

Não se trata, portanto – é imprescindível que se diga –, de afirmar um conceito ontológico da pena ou de concebê-la como uma categoria pré-jurídica. Ao contrário, está-se a partir de uma escolha eminentemente retórica, cujo objetivo, ao eleger um *sentido* possível acerca da pena, consiste em transparecer a linguagem que se fala na pesquisa, possibilitando o estabelecimento de um espaço comum de diálogo.

Afirma-se que tal opção, assumindo que um único signo pode ter variados significados – e isso dependerá, com efeito, do uso que dele se faz –¹⁸, implica algumas premissas para o presente trabalho: de um lado, se falar-se em pena é versar sobre uma prática odiosa (e dolorosa, sublinhe-se) de atacar alguém (FEINBERG, 1965, p. 419-421), o recurso ao Direito Penal para exercer o controle social exige uma necessária instância de garantias (daí, então, a importância de preservar o seu caráter de *ultima ratio*); de outro – e aqui se encontra o enfoque –, ao se

¹⁶ Herbert Lionel HART (2008, p. 4-5), em sentido semelhante, aponta cinco elementos da definição de pena: (i) o envolvimento de dor ou qualquer efeito indesejado; a sua imposição (ii) como resposta a uma ofensa a regras legais e (iii) direcionada a quem cometeu a ofensa; (iv) a sua administração *intencional* por outras pessoas que não o ofensor, e (v) a sua imposição por uma autoridade legalmente constituída.

¹⁷ Nas palavras de GARGARELLA (2016, p. 166), em tradução livre, é “uma premissa clássica da filosofia política que o uso dos poderes coercitivos do Estado requer uma justificação cuidadosa. Necessitaremos de uma justificação ainda mais firme e cuidadosa – proponho – quando nos referimos ao exercício, por parte do Estado, de uma força bruta que implica danificar a indivíduos e que pode incluir a privação de sua liberdade”.

¹⁸ Em WITTGENSTEIN (1968, §§§ 321, 322 e 326, p. 66-67): “Dois símbolos diferentes podem ter, pois, em comum o mesmo signo (escrito ou sonoro, etc.) – designam desse modo de diferentes maneiras”, e acrescenta: “Para reconhecer o símbolo no signo deve-se atentar para seu uso significativo”. Nesse caminho, Wittgenstein reconhece que o signo é sempre arbitrário.

conceber a pena em sua dimensão política, passa-se a visualizá-la como uma *prática*, antes do que um instituto de ordem jurídica, a exigir uma justificação para o seu exercício com base nos princípios e propósitos morais aceitos pela comunidade política que a instituiu – e essa tarefa, além de difícil, sempre passará pela assunção de um juízo de valor de caráter argumentativo (GIAMBERARDINO; OLCCHANOWSKI, 2017 p. 15).¹⁹

Assim, é possível assumir, desde logo, uma posição distinta daquela que reduz a pena a uma consequência jurídica do delito, na lógica da subsunção normativa (consoante a fórmula kelseniana do juízo hipotético condicional, consistente em “se A é, B deve ser”), e que simplifica todo o problema que a envolve em uma mera questão de sua individualização no caso concreto, seguindo critérios de proporcionalidade e adequação à gravidade do crime. De fato, compreender a pena como instituição política aponta para um problema muito maior, permitindo questionar, desde as bases, por que é justo utilizá-la em determinado contexto político e, mais além, qual é a justificativa para administrá-la – em contextos periféricos, como o latino-americano, com preponderância e violência (ZAFFARONI, 1997, p. 26) – em detrimento de outras formas de reprovação social ao cometimento de um delito (isto é, de exercício de *censura*), as quais não traduzam, necessariamente, o elemento da aflitividade.

Porém, é interessante observar que, da mesma forma que na teoria do delito, o cientificismo levou ao abandono de qualquer carga social ou política referente ao crime, a mesma pretensão de verdade, nas teorias tradicionais da pena, conduziu ao esvaziamento de um conteúdo político dos debates em torno do castigo, seja por considerá-lo, como até aqui se tem observado, uma mera consequência de um delito (na perspectiva da retribuição), seja por abordá-lo desde um viés utilitarista, vinculando a pena a finalidades de prevenção voltadas ora ao indivíduo, ora à estabilização social.

Com efeito, na análise de Massimo PAVARINI (2006, p. 57), a justificação teórica da pena na modernidade, em virtude de seu processo de laicização, despiu-se de qualquer razão universal de justiça para abraçar um escopo consequencialista. Nas palavras do autor (em tradução livre), “a teoria da pena moderna é também uma história de uma improvável justificação quando ela deixa de ser pena ‘justa’ para tornar-se ‘útil’”.

Em geral, contudo, o esforço teórico para justificar uma resposta social ao delito acaba pressupondo, seja do ponto de vista da retribuição, seja da prevenção, a necessidade de recorrer

¹⁹ Prosseguem os autores: “E um juízo de valor nunca é apenas verdadeiro. Sua correição, seu critério de verdade, só podem ser avaliados pela defesa (*case*) que se ofereça: ‘Sempre é apropriado perguntar por que a moralidade requer o que dizemos que ela requer, e nunca é apropriado apenas dizer: ela simplesmente assim exige’, já que, no campo do valor ‘fazemos uma defesa das proposições’” (*Idem*).

a isso que se tem entendido como pena, sem dela ir além, concebendo-a univocamente em uma definição que, em termos filosóficos, se confundiria com a própria noção de pena retributiva.

Nesse sentido, aponta Claus ROXIN (1986, p. 17), a “teoria da retribuição” propugna que a “culpabilidade” do autor do crime seja retribuída com a imposição de um mal penal, sem que tal formulação esteja vinculada a uma finalidade específica. Assim, a pena constitui um fim em si mesmo como efetiva realização da justiça (daí tal posição ser denominada, também, como teoria “absoluta”), remetendo à concepção teórica de Immanuel Kant quanto à ideia do “justo merecimento”, bem como à fórmula dialética de Hegel, que vê a essência da pena como uma negação da negação do direito.

Tal ideia de impor dor ou sofrimento a quem comete um ilícito danoso, fundada na concepção kantiana da pena como um “imperativo categórico”, foi ressignificada, segundo PAVARINI (2006, p. 58), com a filosofia utilitarista no século XVIII, que, a partir das noções de “prevenção geral negativa” (a pena como intimidação e ameaça à sociedade) e “prevenção especial positiva” (a pena como recuperação e reinserção social do indivíduo), deu base à distinção entre a justificação da pena “em abstrato” (por que punir) e a pena “em concreto” (por que, quando e como se deve punir), caracterizando o que se chamou de “teoria eclética”.

Como importante representante de tal posição, Herbert Lionel Hart defende, com apoio no que já indicava John RALWS (1955, p. 3), uma distinção entre “justificar uma prática” e “justificar uma ação particular enquadrada naquela primeira justificação”. Assim, para HART (2008, p. 8-12), de um lado uma justificação geral da pena (“*General Justifying Aim*”) consideraria as suas consequências benéficas, notadamente a prevenção geral impulsionada por sua intimidação, e, de outro, a existência de “princípios de distribuição” (“*Principle of Distribution*”), atuando como limite à primeira justificação, passaria por restringir a aplicação da pena a quem cometeu um delito e nos limites de seu justo merecimento.

Dessa forma, a fundamentação da pena desvinculou-se do objetivo ético antes existente nas teorias retributivas, para agora justificá-la, em abstrato, segundo a função de prevenção geral negativa, induzindo os cidadãos à obediência às regras sociais. No aspecto concreto, por sua vez – isto é, no que diz respeito à sua aplicação e determinação –, permaneceu-se utilizando o escopo da retribuição, agora como mecanismo de garantir a proporcionalidade entre o delito e a pena, evitando que o escopo prevencionista “em abstrato” levasse à sua indeterminação (PAVARINI, 2006, p. 59-60).

Uma reformulação dos fundamentos da pena a partir da filosofia da linguagem, conforme a linha reflexiva que se tem proposto neste trabalho, possivelmente permitiria questionar a sua noção como “pena proporcional”, vista como essência, tendo sempre como

referência um crime cometido. O caminho, então, teria a perspectiva de afirmar a autonomia da pena em relação à teoria do delito e discuti-la a partir de um viés político, com as cartas na mesa, permitindo que seus fundamentos sejam questionados e que se abra o debate, de forma integrada e participativa (desde um paradigma *comunicativo*, portanto), para a diversidade de formas possíveis de se exercer um juízo de reprovação sobre um crime e colocar em movimento o controle social.

Não se pretende, aqui, negar a importância dos ganhos teóricos promovidos pelas perspectivas tradicionais, em especial aquelas que, de um ponto de vista eminentemente individualista-liberal (como exemplo, os já citados Rawls e Hart), pretenderam delinear limites ao exercício punitivo do Estado, recorrendo a princípios como os de culpabilidade e proporcionalidade. Sem prejuízo da ampla gama de críticas possíveis a essa postura – notadamente as que apontam a falência das promessas modernas do contratualismo liberal –²⁰, o que se propõe, sobretudo, é ir além deste escopo, para visualizar a pena como prática social, dotada de conteúdo político.

As teorias expressivas/comunicativas²¹ da pena, nesse cenário, aparecem como uma distinta via a considerar uma dimensão linguística em torno do castigo. Joel FEINBERG (1965, p. 400), um dos precursores de tal abordagem, apontava, em célebre texto intitulado “*The expressive function of punishment*”, que o caráter distintivo da pena em relação às demais formas de sanção passa, em primeiro lugar, pela infligência de um tratamento doloroso (“*hard treatment*”), aplicada por uma autoridade em direção ao autor de uma ofensa, e, em segundo – e aqui estaria, com efeito, o aspecto realmente inovador dessa aproximação –, por uma função eminentemente expressiva, pela qual a comunidade exerceria uma reprovação simbólica frente à falta cometida. Os dois aspectos, juntos, deveriam necessariamente integrar a definição da pena.

O enfoque na dimensão simbólica do castigo, de fato, dá-se na medida em que, para Feinberg, a força da reprovação pública (na perspectiva de uma condenação moral) em face do delito teria especial relevância em sociedades democráticas, justamente porque permitiria

²⁰ Por exemplo, GIAMBERARDINO (2015, p. 107-108) cita Eligio Resta, para quem o discurso liberal de garantias individuais frente ao arbítrio estatal não passaria de uma promessa vã, pautada em uma proposta de contenção da violência que, por outro lado (e em última análise), utiliza da própria violência para celebrar a conquista da liberdade.

²¹ GARGARELLA (2016, p. 162) aponta uma distinção entre as abordagens expressivas e comunicativas. Para o autor, as primeiras buscam justificar o castigo como um modo de expressão pública de reprovação ao autor do crime; as últimas, por sua vez, se pautariam em uma via de mão dupla, a partir de uma relação dialógica entre a comunidade e o ofensor.

exercer um juízo condenatório frente à ofensa como algo errado e indesejável para a convivência social (FEINBERG, p. 402-403).

Mais do que isso, a relevância do caráter público de desaprovação demarcaria, ainda, o *sentido* distintivo daquilo que, no caso concreto, constitui ou não a inflição de pena. Nesse sentido se deu o exemplo apontado por Bernard HARCOURT (2001, p. 160), ao ilustrar as proposições de Feinberg, referindo três casos distintos em que, hipoteticamente, alguém estaria aplicando a manobra de Heimlich a uma pessoa: no primeiro, o receptor da manobra estaria se engasgando com o seu jantar; no segundo, seria alguém totalmente estranho caminhando na rua; e no terceiro, seria um condenado por um crime, sendo o aplicador um executor de uma ordem judicial. O ponto é que, nos três casos, a manobra aplicada – ou seja, o comportamento humano – é a mesma; a grande distinção, com efeito, seria a dimensão *expressiva* das condutas executadas: a primeira expressaria assistência, compaixão, suporte; a segunda, por sua vez, uma agressão injusta, provavelmente criminosa; já a terceira, aí sim, lograria expressar a aplicação de uma pena, pois a ela seria possível atribuir o sentido de uma “condenação moral”.

Assim, diz Harcourt, a concepção *expressiva* da pena leva em conta justamente o significado que tem, em determinado contexto, o ato de infligir um tratamento doloroso a alguém. Ou seja – e aqui se nota um possível paralelo com a teoria significativa da ação, na teoria do delito –, a pena não existe por si só, em essência, como dado da realidade; é, antes, percebida como tal de acordo com a interpretação que dela se faz nas práticas sociais. Feinberg parece caminhar nessa ideia, inclusive, quando afirma que “mesmo os açoitamentos ou a privação de alimentação não constituem pena onde as convenções sociais são tais, que eles não expressam censura pública” (FEINBERG, 1965, p. 419 – em tradução livre).

Seria lógico pensar que, a partir do *expressivist turn*, se abandonasse a vinculação ontológica da pena a uma resposta juridicamente justa dada a um crime, desde o princípio da proporcionalidade. De fato, trilhando esse caminho, FEINBERG (1965, p. 422-423) chega a sinalizar que não existe uma teoria efetivamente racional para afirmar uma proporção entre crime e punição, no sentido de que “alguém mereça exatamente o dobro ou três-oitavos ou doze-nonos de sofrimento em relação a outrem”, entendendo que a versão retributiva da pena “ajustada ao mal cometido” estaria fundada mais em uma superstição moral, fundada no senso comum, do que em uma explicação racional para a questão do castigo.

Em outras palavras, uma versão expressiva da punição, por seus fundamentos até aqui explicitados, parece representar, na linha do que se tem traçado neste trabalho, um espaço propício à afirmação de uma autonomia da pena em relação ao delito, justamente na medida em

que traz para o debate a percepção social em torno de uma reprovação simbólica exercida contra o autor de uma conduta criminosa.

Entretanto, não é essa a posição que Bernard HARCOURT (2001) assume ao se debruçar, com mais cuidado, nos termos da proposta teórica formulada por Joel Feinberg. Com efeito, Harcourt se propôs a analisar a relação existente entre os trabalhos de Feinberg em “*The expressive function of punishment*”, relacionado à teoria da pena (definida como questão de “segunda ordem”), e em sua obra intitulada “*The moral limits of the criminal law*”, na qual se problematiza, dentre outras questões, os limites quanto a quais condutas devem ser punidas pelo Direito Penal (questões que se aproximariam à discussão própria da teoria do delito, referida como questão de “primeira ordem”). Para tanto, apresenta quatro categorias de possíveis posições acerca do tema, a partir do que o autor busca definir em qual delas aquela assumida por Feinberg, em sua teoria expressiva, melhor se enquadra.

Em primeiro lugar, HARCOURT (2001, p. 149-151) indica a posição que assume a inexistência de uma necessária relação entre os limites morais da lei penal (quais condutas criminalizar) e a compreensão da pena (quanto e como punir). Como defensores de tal premissa, aponta-se Jean Hampton, para quem a teoria da pena, direcionada a justificar o castigo como meio de educação moral do ofensor, não poderia responder questões relacionadas à “área apropriada” para a legislação penal; bem como Herbert Lionel Hart, defensor da ideia de que a teoria do delito e a teoria da pena estão permeadas por princípios morais distintos e, portanto, não se poderia vincular discussões como quais ações podem justificadamente ser punidas e, de outro lado, quão severa deve ser a pena de acordo com as diferenças espécies de ofensa (se é possível, por exemplo, administrar tortura e outras penas cruéis). Veja-se que, ao se desvincular as duas instâncias, abre-se a possibilidade de, em vez de buscar “explicar” que quantia de pena é proporcional no caso concreto, enfrentar, mais além, a questão sobre *qual* forma de censura efetivamente se quer acolher em determinado contexto político.

Em um segundo momento, HARCOURT (2001, p. 151-154) aponta a posição de que tanto os limites morais da lei penal como as teorias da pena devem ser guiados por um “princípio maior”, entendendo ambas as questões como necessariamente interligadas. São citados como adeptos dessa resposta Richard Posner, que vincula as duas instâncias à promoção da eficiência (a partir de um modelo econômico do crime), bem como George Rusche e Otto Kirchheimer, especialmente na obra “*Punishment and social structure*”, em que concebem a combinação entre a “demografia da população” e os “mercados de trabalho” como o ponto central de influência quanto à forma como as instituições sociais criminalizam certas classes na sociedade, de modo que tanto a definição de crimes (como “vadiagem”, “mendicância”) como os modelos

de pena (penas corporais, trabalho forçado, confinamento solitário) seriam produto direto do modo de produção vigente.

Em seguida, é apresentada uma terceira posição, segundo a qual teoria da pena é, em certa medida, primária e deveria ditar os limites morais da lei penal. Segundo HARCOURT (2001, p. 154-156), assumem tal perspectiva Hugo Bedau, bem como Jules Coleman, que teria criticado a resposta dada por Feinberg por não desenvolver, primariamente, uma teoria da pena em sua análise dos limites morais da lei penal, defendendo, em contrapartida, um enfoque prioritário na análise da justificação da pena, pois é a partir dela que se pode restringir, de forma eficaz, o que pode ser punido.

Por fim, a posição restante é a que considera a teoria do delito como primária e, portanto, norteadora do conteúdo da teoria da pena, sendo que, para HARCOURT (2001, p. 157), é exatamente nessa categoria que se encontra a posição assumida por Joel Feinberg. Isso porque, se a teoria expressiva, em Feinberg, teria um aspecto descritivo – explica Harcourt –, a visualizar no castigo um elemento simbólico de condenação moral, teria também, por outro lado, um aspecto marcadamente normativo – e esse, de fato, seria o ponto decisivo –, pois estipula que a dimensão expressiva da reprovação simbólica deve ser proporcional à dimensão do dano causado pelo crime (princípio do dano – “*Millian harm principle*”) e ao grau de disposição das pessoas em cometê-lo.

Conquanto Feinberg rejeite a versão retributivista da “pena proporcional ao crime”, a argumentação de Harcourt leva a entender que tal proposição, em verdade, corresponde, em algum nível, à visão do autor. Isso porque a proposta expressiva, ao enfatizar a função simbólica da pena (dando menos enfoque, portanto, ao seu aspecto – também elementar – do “*hard treatment*”), parte da necessidade de um ajuste não da *dor*, em si, imposta (como queriam as teorias retributivas), mas, sim, de um ajuste do “aspecto condenatório” da pena ao delito cometido, de tal modo que os crimes mais sérios, pelo grau do dano causado, devam receber uma desaprovação mais forte que aqueles menos graves (HARCOURT, 2001, p. 160-161). Nesse sentido, seria possível dizer que Feinberg realmente enfatiza as questões de “primeira ordem” como norte para a análise da pena.

O ponto central, entretanto, é que a posição assumida pela teoria expressiva, ao pressupor uma necessária proporção entre a condenação pública e o dano causado pela ofensa, deixa em aberto exatamente a questão dos métodos da pena, isto é, nas palavras de HARCOURT (2001, p. 166), “que tipo de punição nós deveríamos efetivamente administrar”. Mais do que isso, seguindo a linha do que se tem proposto neste trabalho, o questionamento poderia ser mais basilar, apontando na teoria expressiva uma lacuna não apenas em relação aos

distintos métodos de punição, mas, sim (e em especial), às diferentes formas de se expressar e administrar censura: ao se justificar a pena, ainda que em sua função simbólica, não se logra para dela ir além.

A distinção, aqui, é relevante para a compreensão do argumento defendido, bem como para o seguimento da análise no último tópico: está-se partindo, em verdade, da premissa de que a censura, embora possa ter a pena (entendida como imposição intencional de *dor*, conforme se enfatizou acima) como um de seus possíveis veículos, a ela não se reduz. Trata-se, com efeito, de uma importante precisão terminológica, semelhante ao que assumem BRAITHWAITE e PETTIT (1990, p. 209), ao não verem “qualquer conexão presumível entre reprovação e punição como tradicionalmente concebida”, mas que, ao contrário, “muitas vezes ela pode ser melhor promovida, por exemplo, através de formas não punitivas de se expressar uma desaprovação da comunidade”.²²

Caminhar nessa esteira parece exigir algo além da postura expressivista, viabilizando que se pense a pena de modo autônomo, vista não como mera consequência do delito, mas como uma escolha política que se tornou hegemônica em um determinado contexto histórico. Só assim, ao que se tem indicado, é possível pensar em outras formas de reprovação compatíveis com um ideal democrático.

Colocadas tais questões, possibilita-se reconhecer, em conclusão a este tópico, um importante rendimento de uma aproximação linguística em torno da compreensão do castigo. Isso pode ser visualizado, de fato, a partir do giro expressivista na teoria da pena, negando a ela qualquer conceito ontológico e partindo de uma perspectiva significativa da reprovação simbólica, conforme as práticas sociais. Tal afirmação é verdadeira mormente tendo em vista o contexto de países periféricos como o Brasil, no qual a pena efetivamente não pode ser apenas retribuição: ela deve falar algo mais, em atenção às condições materiais de execução da pena e do encarceramento em massa (COUTINHO, 2008, p. 5). Um aspecto expressivo construído pela comunidade, nesse caminho, pode contribuir para conceber a reprovação punitiva a partir de uma noção concreta de justiça, de modo que, afastando-se da abstração retributivista, se aponte a necessária luta por uma dimensão *humana* da pena, ainda que pela denúncia de sua impossibilidade.

O desafio aqui posto, porém, já foi adiantado, e envolve indagar que rendimentos pode oferecer o paradigma linguístico para uma compreensão democrática de censura, sem pressupor ou justificar o elemento da afluência, que leve em conta, ainda, o incremento de dificuldade

²² Para posições semelhantes, ver: HIRSCH, Andrew Von, 1993; WALGRAVE, 2000.

ao se falar desde um espaço social marcado pela desigualdade e pelo exercício autoritário do poder punitivo, tal como o é o latino-americano e, mais especificamente, o brasileiro.

4 REPROVAR SEM CASTIGAR: CAMINHOS POSSÍVEIS DESDE A FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Desmantelar o conceito ontológico de pena constitui, sem dúvida, um importante avanço a partir do paradigma linguístico, ao menos se de fato é levado a sério o intento de fazer com que o Direito Penal fale a voz das pessoas. Ocorre que não se pode perder de vista o *lugar* de onde se fala, isto é, as condições reais que as pessoas possuem (ou não) de ter alguma voz nas decisões políticas, especialmente quando se está em jogo o exercício de censura sobre indivíduos que, a depender do contexto, sequer tiveram mínimas condições de participar da criação das regras que lhes afetam e do discurso reprovador que sobre eles recai.

Na busca por pensar, aqui, em uma modelo de censura que possa ser chamado de “democrático”, acolhe-se a postura assumida por Carlos Santiago NINO (1996, p. 117) em seu construtivismo ético, segundo o qual o método mais confiável para se conhecer os princípios de moralidade social na vida em comunidade consiste num procedimento que assegure a participação, nos debates coletivos, de todos aqueles que de alguma forma possam se ver afetados por uma determinada decisão. Trata-se, assim, do *valor epistêmico* da prática do discurso moral, que se torna mais confiável – porque tende mais à imparcialidade – a partir do intercâmbio entre diferentes pontos de vista e do consenso a respeito dos princípios que devem guiar a conduta. Nas palavras de NINO:

O resultado do discurso não tem um valor constitutivo. Mas sim tem um valor epistemológico: devido ao efeito positivo que tem a discussão para detectar falhas no conhecimento e na racionalidade e, sobretudo, na equivalência funcional que, sob o pressuposto de que ninguém é melhor juiz de seus interesses que si mesmo, há entre consenso unânime entre todos os interessados e imparcialidade, pode-se presumir que o resultado do discurso se aproxima a uma solução correta, ou seja, consiste em um princípio que havia sido aceito em condições de racionalidade, conhecimento e imparcialidade. A discussão é um bom método, embora falível, para se aproximar da verdade moral (1989, p. 390 – em tradução livre).

O autor (NINO, 1989, p. 92) toma como ponto de partida, dentre outros, o trabalho de Jürgen HABERMAS (1989) acerca da “ética do discurso” (embora com ele não se confunda,

como expressamente o reconhece)²³. Em Habermas, o critério de validade do discurso é eminentemente procedimental, na medida em que vincula a legitimidade dos enunciados a condições de igualdade de participação em sua formulação, de modo que são “válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 1997, p. 142-146). A partir disso, o princípio da democracia operária no nível de institucionalização externa das normas jurídicas, conferindo-lhes legitimidade na medida em que se garanta a cada um participação equânime em determinado processo de normatização.

Nesse sentido, refletir acerca de um modelo de censura pautado em um princípio de democracia, tal como enunciado por Habermas, aponta, de um lado, para a necessidade de se conceber a reprovação como um ato de comunicação, socialmente construído (e aqui se destaca o importante suporte dado pelas teorias expressivas da pena). De outro, indica a relevância de se estabelecer um processo participativo e consensual para a construção dos discursos de censura, especialmente pela inclusão daqueles potencialmente afetados pelas regras jurídicas – eis aqui o critério pelo qual, neste trabalho, permite-se atribuir a uma determinada prática um caráter democrático. Na mesma trilha, também a partir da ética do discurso, assume-se a possibilidade de pensar em formatos de censura que chamem ao debate as pessoas concretamente envolvidas em um fato legalmente definido como crime, oportunizando-lhes o diálogo, em condições de igualdade, e a construção autônoma de uma resposta para o conflito gerado.

Na seara da teoria da pena, tal postura é adotada por Antony DUFF (2001, p. 79), notadamente em sua proposta de uma concepção comunicativa sobre a reprovação estatal, seguindo o princípio básico de que o Estado deve evitar o crime pela razão e pelo convencimento, fazendo entender que compromissos sociais foram violados. Tal mensagem reprovadora direcionada ao ofensor, para o autor, constitui uma via de mão dupla, como um compromisso recíproco e racional entre a sociedade e o indivíduo, na medida em que lhe oportuniza reconhecer o seu próprio erro e, eventualmente, expressar arrependimento: daí porque, em suas palavras, tal proposta não é adequadamente denominada pelo rótulo “expressiva”, mas, sim, “comunicativa”.

Segundo DUFF (2001, p. 80-82), o sistema penal deve pressupor a existência de sujeitos autônomos, de modo a tratar os cidadãos como agentes morais, membros de uma comunidade,

²³ Acerca de tal distinção, NINO (1996, p. 112-117) se coloca em uma posição intermediária entre a ética do discurso de Habermas e a concepção de verdade moral em John Rawls. Remete-se, ainda, à seguinte leitura: LEYVA, 2011, p. 225-231.

capazes de avaliar criticamente as suas ações. Assim, o objetivo da pena não seria propriamente neutralizar ou atemorizar o ofensor, mas, sim, estabelecer um diálogo moral com ele, comunicando a reprovação comunitária frente ao ato cometido e possibilitando, mediante uma persuasão racional, o autorreconhecimento do dano causado.

É dessa forma, então, que o Direito Penal e as pessoas poderiam falar a mesma voz. Trata-se, para DUFF (2001, p. 193), de uma importante implicação na teoria comunicativa da pena, posto que, se “a punição deve se comunicar com o ofensor (e torná-lo apto para comunicar arrependimento aos seus concidadãos), então ela deve falar a mesma linguagem que ele possa entender e falar por si só como uma linguagem normativa de censura”. Do contrário, isto é, em uma situação de intensa desigualdade social, onde os excluídos não possuem voz política, a linguagem será normativamente inacessível e a cidadania lhes será negada, de modo que não se sentirão obrigados a obedecê-la (DUFF, 2001, p. 195-196).

Nesse sentido, inclusive, caminha a afirmação do autor de que, se as condições de exclusão social tornarem a voz comunicada pelo Direito estranha aos cidadãos, a própria legitimidade da reprovação estatal é afastada, configurando a linguagem jurídica como mero produto do ponto de vista de alguns.

A perspectiva comunicativa adotada por Duff, em um contexto periférico de desigualdade e exclusão como o latino-americano, pode, de fato, constituir uma importante via de denúncia do caráter altamente repressivo e seletivo do exercício punitivo estatal, permitindo desvelar a notória carência de validade de leis penais produzidas por uma elite social e por ela monopolizadas do ponto de vista linguístico. Assim, pode-se demarcar um importante rendimento *deslegitimante* do poder punitivo, especialmente em cenários de distanciamento social, promovido por essa noção procedimental de validade do discurso punitivo, na linha do que enunciava Jürgen Habermas ao tratar do princípio da democracia.

Por outro lado, deve-se reconhecer que, ao centralizar sua análise na dimensão comunicativa da pena, sempre falando em termos de “castigo”, Duff não logra superar a mesma lacuna já constatada nas teorias expressivas – embora ele próprio, inclusive, faça questão de distinguir delas a proposta comunicativa que busca defender. Dito de outro modo, com a ênfase na validade da reprovação pública a partir de condições de inclusão e participação igualitária, embora se promova, de um lado, um ganho significativo do ponto de vista *deslegitimante* do discurso punitivo (como dito acima), perde-se, de outro, a oportunidade de romper com a vinculação tradicionalmente concebida entre censura (o juízo de reprovação do ato) e a pena propriamente dita (imposição intencional de sofrimento) (GIAMBERARDINO; OLCHANOWSKI, 2017, p. 32).

Nesse ponto, como interessante proposta para a pesquisa, surge a posição assumida por Roberto GARGARELLA (2016, p. 37), que, partindo da aproximação feita por Duff, entende ser necessário questionar o poder repressivo estatal e devolver à comunidade o exercício do controle social, de modo que, pela participação de órgãos comunitários e pela autogestão coletiva, se possibilite enfatizar mais o autorreconhecimento do dano por parte do ofensor do que seu castigo, bem como priorizar sua reintegração social em vez de isolá-lo do resto da sociedade. Assim, pelo enfoque também no aspecto comunicativo da censura, GARGARELLA (2016, p. 93) dá um passo a mais, abrindo portas para ir além da punição, conforme expressamente se verifica de sua assunção: “tendo a intuir que reprovar não é o mesmo castigar, e que um Estado democrático deve ter a possibilidade de optar entre formas distintas de reprovar condutas que quer desestimular, assumindo que essas formas podem incluir, ou não, o castigo”.

Semelhantemente à posição de Antony Duff frente a contextos de exclusão social, Gargarella busca oferecer uma resposta, à luz da teoria republicana, a contextos que denomina de “alienação legal”, marcados por uma realidade de frágil representatividade na criação de leis e precária legitimidade do direito. São “aquelas situações extremas onde os cidadãos não podem se identificar com a lei, que eles não criaram e nem puderam questionar razoavelmente, e frente à qual só ficam ocupando o papel de vítimas” (GARGARELLA, 2008, p. 27).

A preocupação republicana, segundo o autor (GARGARELLA, 2016, p. 32-34), se daria a partir de valores como o autogoverno coletivo, direcionado à autodeterminação comunitária exercida sem qualquer dominação externa sobre os próprios afetados, promovendo a intervenção cívica e a cidadania; a integração social, em um ambiente no qual os cidadãos se reconhecem como iguais e se veem ligados a um destino comum, e a igualdade, exigindo do Estado a dispensa de um tratamento equânime aos cidadãos, tanto do ponto de vista de seus direitos, como de seus deveres públicos perante a comunidade. Daí que, ao enfatizar a participação cívica e o fortalecimento dos vínculos interpessoais, em um cenário de ausência de dominação (e não de “não-intervenção”), a teoria republicana se distanciaria da visão liberal, buscando um caminho que, no âmbito da justiça penal, rechace a exclusão e se oriente a um modelo participativo e direcionado à comunidade (GARGARELLA, 2008, p. 39; 60).

A concepção epistemológica de Carlos Nino em relação à democracia, como o próprio GARGARELLA (2016, p. 171-172) reconhece, representa o marco metodológico de tais ideias. Com efeito, segundo NINO (1989, p. 397), uma concepção epistemológica de democracia, em um nítido viés habermasiano do consenso argumentativo, condiciona a validade das decisões políticas ao grau de discussão e participação inclusiva para a sua formação, de modo que “é muito improvável que alguém pesasse acertadamente todos os interesses de todos os afetados

no curso de uma ação sem uma confrontação prévia com eles”. Nessa linha, GARGARELLA (2016, p. 122) acolhe a noção de democracia deliberativa para tratar da justiça penal, expressando confiança na decisão majoritária e na discussão pública não como garantias, por si só, de resultados melhores, mas como um importante critério de legitimidade das decisões coletivas, maximizando a imparcialidade, evitando preconceitos indevidos e tratando o “outro” como alguém igual e racional, sem a necessidade de imposição de força.

À luz de tais referenciais, destacam-se dois caminhos apontados pelo autor, a indicar vias possíveis para um modelo de censura que, partindo dessa noção deliberativa de democracia, ancorada na filosofia da linguagem, possa ser considerado participativo e inclusivo, prescindindo do elemento da afluência.

O primeiro deles reside na reflexão crítica a respeito do caso “Gelman *versus* Uruguai”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 24 de fevereiro de 2011, no qual aquele país foi condenado pelo desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e o nascimento em cativeiro de sua filha Macarena Gelman, durante o período de ditadura militar. O deslinde da decisão envolveu a decretação de ineficácia da Lei 15.848, denominada “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado”, promulgada em 22 de dezembro de 1986, que, basicamente, conferia anistia aos supostos autores de crimes de violação aos direitos humanos durante a ditadura. O ponto central de discussão proposto por GARGARELLA (2016, p. 91), ao analisar o caso, consiste em que, muito embora a referida lei tenha sido cancelada pela população através de duas consultas diretas, a Corte, ainda assim, não viu impedimento a que se reconhecesse sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e, conseqüentemente, fosse ela tornada sem efeito.

Uma importante implicação teórica do julgado em questão é de matriz democrática, mais precisamente acerca da tensão existente entre a justiça internacional e o caráter democrático das decisões tomadas internamente no Uruguai. Para a CIDH, o problema residia, propriamente, em uma incompatibilidade das leis de anistia, nos casos de graves violações aos direitos humanos na América Latina, frente ao que se chamou de um “espírito” da CADH, na medida em que impediam as investigações e o acesso das vítimas à verdade e à reparação a que tinham direito. Para além das possíveis inconsistências desse entendimento em relação à própria Convenção, o autor (GARGARELLA, 2016, p. 95-96) indica uma questão central a que denomina de “problema de gradação democrática”, relacionado aos diferentes graus de legitimidade democrática das leis de anistia historicamente promulgadas no contexto latino-americano, evidenciando que a Corte, na posição que assumiu, perdeu a oportunidade de

realizar uma reflexão mais aprofundada e, em especial, individualizada ao contexto político de elaboração de cada um dos diplomas legais surgidos na região.

Assim, se algumas leis de anistia pudessem ser caracterizadas por um baixo grau de validade democrática – e, portanto, mais frágeis do ponto de vista de sua legitimidade –, como aquelas promulgadas na Argentina (em 1983, durante o governo ditatorial do general Bignone), no Peru (em 1995, no governo Fujimori) e novamente na Argentina (lei do “ponto final”, em 1986, e lei da “obediência devida”, em 1987, no governo Alfonsín), a Lei de Caducidade uruguaia teria uma marca distintiva. Isso porque, após sua promulgação em 1986 e a declaração de sua constitucionalidade em 1988, pela Suprema Corte local, a referida lei foi submetida a consulta popular em duas oportunidades, uma mediante referendo, em 1989, e outra por plebiscito, em 2009, tendo ambas resultado na manutenção de sua vigência, do que se poderia notar claramente um maior grau de legitimidade pela inclusão e debate público (GARGARELLA, 2016, p. 97-100).

Dessa questão de base democrática, então, surgiria outra: o problema da diversidade da reprovação estatal. Trata-se, efetivamente, de um ponto nuclear para definir os contornos da argumentação apresentada por Gargarella, precisamente no sentido de que, se a CIDH, de um lado, não enfrentou os diferentes graus de legitimidade democrática entre as leis de anistia, de outro – e eis, aqui, o cerne da questão –, não assume uma posição mais cuidadosa a respeito dos diferentes modos com que uma comunidade democrática pode reagir frente ao crime. Pelo contrário, ao tornar sem efeito a Lei de Caducidade por sua suposta violação ao “espírito” da CADH, a decisão pressupõe tão somente uma forma de reprovação das graves violações de direitos humanos: o castigo (GARGARELLA, 2016, p. 112-113).

Assim, além de não atentar a outras formas mais eficazes e tendencialmente mais democráticas de censura, a decisão tomada pela Corte parte da necessidade da punição como meio de satisfação dos interesses das vítimas e da sociedade frente aos crimes cometidos na ditadura, sem observar que a saída pelo castigo, em si, ante a sua notória falência em termos de prevenção e integração social (aproximando-se ainda, em contextos periféricos como o latino-americano, de práticas de tortura), acolhe uma opção – política, em última análise – que não é nada fácil de justificar (GARGARELLA, 2016, p. 115-118).

Em síntese, a análise crítica em relação ao caso Gelman culmina em uma importante constatação acerca do contexto político em torno da Lei de Caducidade uruguaia, especialmente relevante para a linha argumentativa que se tem pretendido construir neste trabalho. Com efeito, ao verificar na decisão da CIDH um resgate do argumento “hostil-à-democracia”, GARGARELLA (2016, p. 155-156), então, direciona o enfoque para as vias democráticas de

reprovação manifestadas, no Uruguai, em torno das consultas populares referentes à Lei de Caducidade: se a comunidade política local, de fato, deixou de punir, por outro lado, sua escolha não foi por uma “anistia às secas”; ao contrário, expressando uma condenação pública do ocorrido, “fez declarações públicas desde as máximas instâncias em tal sentido, promoveu seu próprio informe ‘Nunca más’; construiu monumentos, realizou homenagens e exercícios de memória, e investigou de forma ampla o ocorrido durante esses anos atroz”. É essa riqueza de expressões que, na decisão proferida pela Corte, foi silenciada e ignorada.

Não se trata, portanto, de um mero recurso à decisão majoritária irrefletida e impulsiva, já que, conforme o próprio autor (GARGARELLA, 2016, p. 191) assume, a posição da democracia deliberativa exige debate, informação, tempo, reflexão coletiva, inclusão social e certas condições materiais de igualdade. Em verdade, a saída republicana para o problema indica a relevância do debate entre os afetados, da participação cidadã e, como no exemplo acima apontado, da condenação pública dos atos ofensivos por mecanismos dialógicos e inclusivos, como interessante rendimento para uma via de censura democrática, atrelada ao princípio do discurso habermasiano, e indicativa de uma resposta não excludente, especialmente relevante em contextos políticos marcados pela desigualdade.

Nesse ponto se encontra, então, a abertura para mencionar outra via possível indicada por Gargarella (a segunda aqui elencada), mais como uma indicação de horizontes do que, propriamente, um exaurimento da possibilidade apontada. Com efeito, se as reflexões em torno do caso Gelman evidenciam a distinção da postura adotada por Gargarella em relação, por exemplo, àquela presente nas teorias expressivas ou mesmo à proposta por Antony Duff, tal distanciamento fica ainda mais visível quando é apontada, pelo autor, a possibilidade de concretização do ideal democrático-republicano a partir da ideia de *restauração*.

Na proposição de GARGARELLA (2016, p. 18-22), as práticas restaurativas são sinalizadas, de acordo com os princípios que as guiam, como um interessante caminho para a promoção do encontro e o restabelecimento de vínculos, de modo que, tal como pretende a perspectiva republicana, seja estabelecido um diálogo moral entre as pessoas afetadas – o ofensor, a vítima e a comunidade de suporte –, sempre vistas como agentes iguais.

Tal aproximação seria possível na medida em que as práticas restaurativas, pela ênfase na resolução do conflito de forma coletiva pelas partes envolvidas – dotadas, no procedimento restaurativo, da necessária voz para lidar com as consequências do crime e as suas implicações para o futuro (MARSHALL, 2003, p. 28) –, permitem a realização do valor republicano da “não dominação”, justamente porque guiam o sistema de justiça criminal em direção à efetiva

responsabilização do ofensor, por meio de um diálogo comunitário, tratando-o como um agente moral – em vez de simplesmente puni-lo (BRAITHWAITE; PETTIT, 1994, p. 767).

A associação entre a filosofia republicana e a justiça restaurativa, na forma em que aqui apresentada, já tem sido sugerida em trabalhos anteriores.²⁴ Refletindo a partir de um cenário periférico como o latino-americano, GIAMBERARDINO (2015, p. 79, 97, 109-114, 189) resgata, na mesma linha, a perspectiva de Gargarella acerca da democracia deliberativa e da filosofia republicana para pensar a justiça restaurativa como uma via possível de censura desprovida de pretensões afluivas, pautada no consenso argumentativo (desde a filosofia da linguagem) e visualizada como instrumento de limite ao discurso punitivo, em um cenário marcado pelo distanciamento social e pela repressividade penal – podendo representar, nesse sentido, uma “justiça transformativa”.

Como, enfim, reconhece GARGARELLA em seus escritos, considerar a justiça restaurativa como uma resposta republicana “dependerá dos detalhes, de como é organizado o processo reparador na prática” (2008, p. 68), tratando-se, em verdade, de uma importante abertura de discussão a ser melhor desenvolvida em trabalhos futuros. O que até aqui incumbia, para a pesquisa, consiste justamente em apontar de que forma o paradigma linguístico – precisamente em sua versão comunicativa – pode render ganhos para refletir acerca de uma forma distinta de controle social, e o caminho, nesse sentido, indica como horizonte uma concepção pragmática de censura, despida de conceitos ontológicos, apta a considerar a percepção social em torno dos conflitos e, em especial, a participação dos “potencialmente afetados” em um processo deliberativo e igualitário de tomada de decisão.

De fato, se a saída apontada remete a uma “aproximação ao humano” no Direito Penal, e, de forma mais ampla, nas práticas de censura, a contribuição de uma concepção deliberativa de democracia, à luz da filosofia da linguagem, pode indicar a importância de se promover a escuta dos envolvidos em um processo fundado no encontro, permitindo que as pessoas depurem suas próprias preferências, aclarem as próprias contradições e diluam, através do contato com o *outro*, preconceitos injustificados. Conforme Nils CHRISTIE (1988, p. 15), “que o crime se converta então em um ponto de partida para um diálogo real, e não para uma resposta igualmente torpe sob a forma de uma colher de sopa de dor”, ainda que, no final do dia, o ganho tenha sido “apenas” fazer transparecer todos os interesses em jogo – quem sabe, aliás, já não seja isso o suficiente.

²⁴ Confira-se, a respeito: BRAITHWAITE; PETTIT, 2000; BRAITHWAITE; PARKER, 1999; DZUR; MIRCHANDANI, 2007.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão de cientificidade, no âmbito do Direito Penal, legou um importante desafio para modelos teóricos que pretendam apresentar respostas mais justas em relação ao fenômeno criminal: corrigir as distorções entre a linguagem falada pelo Direito e a voz das pessoas. Nesse aspecto, tanto no que diz respeito à teoria do delito, como às reflexões acerca da pena, a filosofia da linguagem aparece como relevante suporte teórico para aproximar a teoria da *praxis*, com um olhar atento para o elemento humano a permear as categorias jurídicas.

Daí que tratar do paradigma linguístico, visualizado em um paralelo *entre o delito e a pena*, pôde oferecer interessantes pontos para reflexão. O caminho traçado, de um lado, permitiu apresentar a ruptura com a pretensão de verdade na dogmática penal, com o consequente desmantelamento do ontologismo e a afirmação de uma concepção significativa de ação; e, de outro, partindo das mesmas premissas, possibilitou alçar os efeitos do giro linguístico para romper, também, com um conceito ontológico de pena, passando a visualizá-la em sua dimensão comunicativa, segundo a forma como as pessoas efetivamente percebem a sanção que se segue ao delito.

Ocorre que, se a pesquisa se propôs a pensar em um modelo de censura (entendida, aqui, como o juízo de reprovação direcionado a um delito cometido) que pudesse ser chamado de democrático, fundando-se em valores de participação e inclusão, seria necessário conceber a pena (vista como imposição intencional de dor) como uma instituição de caráter genuinamente político, para assim se pensar em formas de reprovação que, prescindindo da aflitividade, pudessem ir além do castigo. O primeiro passo, para tanto, foi o de superar a compreensão da pena como mera consequência jurídica do crime, pautada em termos de proporcionalidade, para visualizá-la como uma prática social – em outras palavras, não mais como mero dado da realidade (pena justa-proporcional), mas como um *sentido* socialmente construído.

Considera-se que, em um contexto periférico como o brasileiro, marcado pela desigualdade, pelo distanciamento social e pelo exercício autoritário do poder punitivo, a construção de um modelo de censura na forma proposta se mostra significativamente desafiadora. Tendo isso em mente, optou-se por traçar a linha argumentativa da pesquisa com base no aporte teórico oferecido pelas teorias comunicativas, especialmente em uma vertente republicana e pensada a partir de uma concepção deliberativa de democracia, para direcionar o olhar a modelos de censura pautados no consenso argumentativo e na participação de todos os “potencialmente afetados”. Aqui estaria, em um nítido viés habermasiano, a possibilidade de

se pensar em mecanismos de reprovação do crime que rechacem a exclusão e se orientem à comunidade.

Assim, foram apontados importantes contribuições de um viés fundado no paradigma da linguagem, ao mesmo tempo que crítico frente ao discurso punitivo, indicando caminhos de censura que, desde valores de autogestão coletiva e integração social, promovessem uma condenação pública dos atos de ofensa a partir do debate, da participação dos envolvidos e, mais além, do encontro humano. Que desnaturalizassem, assim, a seletividade penal, a qual passaria a objeto de crítica e parte integrante do problema a ser resolvido coletivamente. Mas o maior ganho, nesse ponto, é assumir de forma contundente a possibilidade de se falar em reprovação sem a necessidade de castigo, principalmente quando entram em pauta os ideais de *restauração, reparação simbólica e transformação*; trata-se, em verdade, de uma discussão aberta a uma diversidade de perspectivas.

Em suma, o paradigma linguístico gera importantes repercussões na compreensão do crime e da pena, direcionando o olhar para a percepção de tais fenômenos a partir do que vivem as pessoas, concretamente, no âmbito de suas interações sociais e “situações problemáticas”. O horizonte, com isso, apresenta a possibilidade de se construir modelos de censura que permitam fazer transparecer os interesses em jogo e os preconceitos assumidos, tudo em torno da figura do *diálogo*, orientando-se à participação, em um processo deliberativo, para a resolução coletiva dos conflitos causados pelo que é chamado “crime”, situação problemática ou comportamento socialmente negativo.

REFERÊNCIAS

BLUMER; Herbert. **Symbolic interactionism: perspective and method**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1969.

BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRAITHWAITE, John; PARKER, Christine. Restorative justice is republican justice. *In: Restorative juvenile justice: repairing the harm of crime juvenil*, p. 103-126, Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Not just deserts: a republican theory of criminal justice**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. Republican criminology and victim advocacy: comment. **Law & Society Review**, 28 (4), p. 765-776, 1994.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. Republicanism and restorative justice: an explanatory and normative connection. *In*: BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Restorative justice: philosophy to practice**, p. 145-163, Burlington, Vermont: Ashgate Publishing Company, 2000.

BELING, Erns von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BUSATO, Paulo César. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 133-166, 2019a.

BUSATO, Paulo César. O giro linguístico e o direito penal. *In*: BUENO, Marcela Bianchini (org.); BUSATO, Paulo César. **Novas reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Curitiba: Veddelta, p. 4-40, 2019b.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**, p. 146-173, Porto Alegre: DIPUCRS, 2010.

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Trad. de Mariluz Caso. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.

COYLE, Michael. **Talking Criminal Justice: Language and the just society**. New York, Routledge, 2013.

DUFF, R. Anthony. **Punishment, communication and community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard Unity Press, 1986.

DZUR, Albert W; MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and democracy: the role of public deliberation. **Punishment & Society**, v. 9, n. 2, p. 151-175, 2007.

EWING, Alfred Cyril. **The morality of punishment**. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929].

FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment**. *Monist*, 49:3, p. 397-423 1965.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1. ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Encarceramento em massa e os terraplanistas do Direito Penal**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/tribuna-defensoria-encarceramento-massa-terraplanistas-direito-penal> (acesso em 15/07/2020).

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 10 a 39, jan./jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. por Guido A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1, trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Vol. 1, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 107-121, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, jan./jun. 1995.

HARCOURT, Bernard E. Joel Feinberg on crime and punishment: exploring the relationship between the moral limits of the criminal law and the expressive function of punishment. **Buffalo Criminal Law Review**, vol. 5, n. 1, abril, p. 145-170, 2001.

HART, Herbert Lionel. **Punishment and responsibility**: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford University Press, 2008.

HULSMAN, Louk; BERNAT, Jacqueline de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

LEYVA, Leopoldo Gama. El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial. **Revista Justicia Electoral**, vol. 1, n. 8, p. 223-258, 2011.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Vol. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARSHALL, Tony F. Restorative justice: an overview. overview. In: JOHNSTONE, Gerry (org.). **A restorative justice reader**: texts, sources, context. Cullompton: Willan Publishing, 2003.

MEAD, George Herbert. **Mind, self and society**: from the standpoint of a social behaviorist. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. **Maestros del derecho penal**, n. 3. Buenos Aires: B de F, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven, CT: University Press, 1996.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PEREZ, Carlos Martínez-Buján. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas en las concepciones teleológico-funcionales del delito. *In: RECPC*, Granada, 1999, p. 1075.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça, disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf> (Acesso em: 25/06/2020).

RAWLS, John. Two concepts of rules. **The Philosophical Review**, vol. 64, n. 1, p. 3-32, jan. 1955.

ROXIN, Claus. **Sentidos e limites da pena estatal**. Problemas fundamentais de direito penal. Trad. de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **The new criminology**. London: Routledge, 1973.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

VON HIRSCH, Andrew. **Censure and sanctions**. Oxford, Clarendon Press, 1993.

WALGRAVE, Lode. Restorative justice and the republican theory of criminal justice. *In: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John. Restorative justice: philosophy to practice*, Burlington, Ashgate, 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. 2. ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, n. 4, 2o sem., Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

Submissão: 01/03/2021. Aprovação: 27/09/2023

RELATIVISMO COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL: APORTES A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

RELATIVISM AS THE GROUND FOR LIBERAL DEMOCRACY: CONTRIBUTIONS FROM THE PHILOSOPHY OF HANS KELSEN

*Henrique Smidt Simon*¹
Centro Universitário UniEURO

Resumo:

A crise da democracia liberal tem sido alardeada em todo o mundo, decorrente da crise de representação e da desconfiança na política. Nesse cenário, é preciso repensar as bases de sua fundamentação e demonstrar sua importância. Para tanto, é necessário mostrar como a democracia liberal é condição de equilíbrio de forças sociais para que qualquer grupo possa seguir como membro da sociedade política. Este artigo recupera a discussão a respeito do conhecimento e a relativização da justiça como fundamento do pluralismo político, a ser refletido numa engenharia constitucional liberal, o que pode ser feito via filosofia de Hans Kelsen. Partindo-se do relativismo ético de Kelsen é possível mostrar como a sociedade deve ser compreendida como plural e como a constituição deve ser norma que dá o desenho institucional de equilíbrio de forças e protege visões minoritárias de mundo. Essa conclusão decorre da análise feita a partir da relação do pensamento de Kelsen com a filosofia do Círculo de Viena; a compreensão do relativismo como resultada do modelo epistemológico que recusa a metafísica e a consequência política do uso do relativismo moral como justificativa para um desenho institucional que garanta o regime democrático plural.

Palavras-chave:

Hans Kelsen. Democracia liberal. Relativismo ético. Pluralismo. Minorias.

Abstract:

The crisis of liberal democracy has been touted around the world, due to the crisis of representation and mistrust in politics. In this scenario, it is necessary to rethink the bases of its foundation and demonstrate its importance. Therefore, it is necessary to show how liberal democracy is a condition for the balance of social forces so that any group can continue as a member of political society. This article recovers the discussion about the theory of knowledge and the relativization of justice as the foundation of political pluralism, to be reflected in a liberal constitutional engineering, which can be done via Hans Kelsen's philosophy. Starting from Kelsen's ethical relativism, it is possible to show how society should be understood as plural and how the constitution must be the norm that gives the institutional design of balance of forces and protects minority views of the world. This conclusion stems from an analysis based on the relationship between Kelsen's thought and the philosophy of the Vienna Circle; the understanding of relativism as a result of the epistemological model that rejects metaphysics and the political consequence of the use of moral relativism as a justification for an institutional design that guarantees the plural democratic regime.

Key-words:

Hans Kelsen. Liberal democracy. Moral relativism. Pluralism. Minorities.

1. INTRODUÇÃO

A crise da democracia liberal parece ser um dado. A Europa e as Américas têm passado

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela FD/UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos, Cidadania e Violência do UniEURO. Professor da Graduação em Direito da EDB/IDP. Professor da Graduação em Direito do UniCEUB. Advogado.

por conflitos políticos que mostram a desconfiança nas instituições e rejeição das formas essenciais da representação política. A tendência tem sido a busca de líderes que falem e captem de maneira mais direta os anseios das populações dilaceradas pelas consequências da crise econômica de 2008, pelo pavor do terrorismo, pela desestruturação do estado social juntamente com o esgarçamento do tecido social em razão do recente fluxo de migrantes – refugiados de guerras entre estados, de guerras civis e populações que buscam qualquer condição mais digna de sobrevivência que aquelas oferecidas em suas terras natais. Concomitantemente, os escândalos de corrupção em todo o mundo demonstram o uso da política para proveito pessoal ou para o sustento dos partidos que ocupam as instituições.

Verifica-se o retorno aos discursos populistas – tanto da direita conservadora quanto da esquerda mais socialista – que se pautam na superação de freios institucionais, na concessão de segurança e na dignidade do povo. Uma das suas principais características é a utilização do discurso identitário que marcou os nacionalismos da primeira metade do século XX. Tal movimento traz consigo a desconfiança nas instituições, vistas como formas de mascarar o uso indevido da política direcionada à corrupção, a impedir a realização da “verdadeira vontade do povo”. Aproveitando a ausência de credibilidade nas instituições, os líderes tentam captar esses anseios, de forma a utilizar os sentimentos de frustração, apatia e medo da população para impor suas políticas, liberando-se das amarras institucionais.

Apesar da aparência de legitimidade popular, tal movimento traz consigo o risco do uso arbitrário do poder, de modo a possibilitar o atropelo de oposições minoritárias, a retirada de direitos que preservam visões de mundo distintas e proteção contra imposições majoritárias e de solapar a capacidade institucional de conter as tendências aos abusos, enfim, a derrubada do modelo liberal de democracia. Considera-se que a base da democracia liberal se refere às noções de equilíbrio de forças sociais, freios e contrapesos nas tomadas de decisões políticas, livre concorrência para a ocupação das posições institucionais e contenção contramajoritária.

A importância da democracia liberal está no fato de ela ser o modelo em que a política não se torna autodestrutiva, transformando-se em espécie de ditadura da maioria ou em seu nome. No entanto, na medida em que suas bases são questionadas em virtude de desconfiança em seus agentes e da falta de resultados materiais na execução das políticas institucionais, sua legitimidade é colocada em questão, permitindo que o sentimento e os anseios da sociedade passem a estar acima dos limites jurídicos que deveriam contê-los. Assim, sob o argumento de moralização da política, põe-se em risco a democracia liberal em nome de “valores do povo”.

Como em toda situação de crise, há duas saídas possíveis: a proposta de nova forma de pensar o mundo que dará a solução aos problemas até então sem respostas ou a retomada das

condições de pensamento para a reorganização dos fundamentos do modelo vigente. Este artigo toma o segundo caminho. Além disso, indica que as discussões de moralização da política e a aproximação entre governantes e governados – de forma a vencer a resistência mediadora das demais instituições políticas – não são propostas inovadoras, assim como podem levar a arbitrariedades já conhecidas.

Nessa linha, rever o pensamento de Hans Kelsen pode ser de grande valia para entender a função de equilíbrio institucional da democracia liberal, já que ele foi dos seus maiores defensores. Kelsen defendeu um modelo filosófico que nega a capacidade de definir o que é certo ou errado, moral ou imoral, justo ou injusto. Tal posicionamento leva-o ao relativismo ético e à impossibilidade de definir qualquer critério de justiça. Daí Kelsen retira sua ideia de que não há alternativa à aceitação do pluralismo na vida social e política, sendo a democracia a única forma de garantir as posições de todos os membros da sociedade.

Então, se o problema que se coloca é a sustentabilidade da democracia liberal diante da crise da sua legitimidade, a hipótese trabalhada é que as bases do pensamento de Hans Kelsen sobre a política podem oferecer o suporte para a sua continuidade como condição do equilíbrio no modelo de organização política do estado contemporâneo. Pode-se sustentar que, ao demonstrar o relativismo como condição epistemológica da filosofia moral, a saída para os conflitos morais em sociedade está nas instituições de um estado que garanta direitos de igualdade política e liberdades básicas, contenção contramajoritária e proteção de minorias. E tais aspectos seriam as características da democracia liberal, que, apesar de estar sendo posta à prova, ainda é a maneira de lidar com os desafios referentes à contenção das diversas formas de arbítrios que querem vestir a capa da democracia e da legitimidade.

Para sustentar essa proposta, este estudo parte da caracterização da democracia liberal e sua crise. A seguir, apresenta a relação entre a epistemologia positivista e o relativismo de valores. A partir dessa base, pretende-se explicitar como a impossibilidade de pensar a justiça faz com que a única resposta para a convivência harmônica em sociedade seja uma estrutura constitucional com as características da democracia liberal. Assim, esse modelo político não é um ideal a ser mantido como fim em si mesmo, mas condição para o convívio das diferenças e das disputas de poder típicas das sociedades atuais.

2. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA DEMOCRACIA LIBERAL E A IDENTIFICAÇÃO DE SUA CRISE.

“A democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”, disse

Winston Churchill. Com o desenvolvimento das estruturas de organização políticas modernas, ligado ao liberalismo e sua busca de contenção do poder (BOBBIO, 1997), a relação entre constitucionalismo e democracia passou a ser considerada intrínseca, a constituir conteúdo semântico do próprio conceito de constitucionalismo (DIPPEL, 2007). Além disso, o impacto no imaginário político moderno com a força de revoluções populares que se espalharam pelo mundo ocidental transformou a ideia de vontade do povo no único fundamento de legitimidade para o exercício do poder. As constituições passam a ser documentos jurídicos de fundação de novas formas de estado (em oposição às monarquias absolutas) em que o povo decide sobre como se governar para manter seus direitos naturais (SIMON, 2016).

A vinculação entre a ideia de soberania popular, governo representativo e limitação dos poderes tornou-se o modelo de referência da organização política, a tal ponto que foi naturalizado e chegou a ser o modelo de comparação para os estudos sobre o estado que se desenvolveram a partir da segunda metade do século XIX. Tão forte era a convicção de que o modelo do estado liberal representativo era o auge da racionalidade do direito público que ele passou a ser o padrão de comparação do grau de desenvolvimento dos demais estados que se desenvolviam fora da Europa Ocidental (CARAMANI, 2014). Contudo, a versão da democracia do estado do século XIX está distante da realização da ideia de soberania popular proposta por Rousseau e da igualdade diante da lei prometida pelos liberais. A participação popular na formação das instituições do estado era mínima. A classe trabalhadora e as mulheres não votavam. Há estimativas de que o índice de participação político-eleitoral não chegava a 10% da população (DAHL, 2001).

A busca pela realização das promessas de liberdade e igualdade e a efetiva participação política da sociedade levou a disputas políticas e sociais que, na virada do século XIX, abriu três vias: a manutenção do modelo liberal, em que o estado apenas mantém a ordem social por meio da repressão jurídica e mantém a liberdade da ação econômica; o surgimento do conservadorismo nacionalista, em que o estado seria o fator de proteção e integração do povo, visto como unidade de valores; o socialismo, em que o estado seria o elemento de desenvolvimento das condições de vida da sociedade e gerador de igualdade material, com o conseqüente fim da exploração econômica (BOBBITT, 2003). Enquanto o primeiro é visto como manutenção da política elitista que caracterizou o século XIX, os outros dois buscam absorver a legitimidade popular que caracterizou o próprio discurso do constitucionalismo moderno, arvorando-se os verdadeiros realizadores da democracia, pois responderiam aos anseios populares por alguma forma de conexão direta com o povo.

As conseqüências são conhecidas. O mundo passa por grande reformulação das formas

jurídicas de organização do estado a partir dos movimentos nacionalistas de cunho socialista ou conservador (sendo o fascismo e o nazismo dois dos seus exemplos mais extremos). Em ambas as vertentes, em nome da representação “democrática” direta dos cidadãos e da realização dos seus valores ou necessidades, formaram-se estados autoritários. E, em nome dessa mesma “democracia”, o discurso da legitimidade da maioria leva ao aniquilamento da proteção de minorias de todas as espécies.

É após a 2ª Guerra Mundial que o retorno às instituições liberais passa a ser entendido como necessário para impedir os abusos do poder em nome ou com o apoio do povo. A partir de então, a organização elementar dos estados que formam as democracias mais estáveis do mundo terão como características: o controle da capacidade de decidir; a presença de minorias nos órgãos representativos; a tomada de decisões com base em formação de consensos; mecanismos de democracia direta (mas com instituições de contenção contramajoritárias) e a função do estado de realizar as condições básicas de vida da população juntamente com a proteção de direitos fundamentais que impeçam a criação de desigualdades de tratamento ou restrições de liberdades em nome de algum pretense bem maior². Tal configuração leva à prevalência das democracias consensuais, em que os grupos majoritários não governam sozinhos, mas precisam do suporte de outros grupos com representação legislativa para formarem governo por meio de coalizões. Esse modelo de democracia é o que atinge os melhores resultados políticos e sociais (LIJPHART, 2019).

A questão da ordenação política dos estados passa a ser problema de engenharia constitucional para, de acordo com as condições de cada sociedade, gerar o equilíbrio político-institucional que propicie a versão da democracia com as características acima elencadas³. A ordenação constitucional deve escolher a organização das instituições que melhor gere equilíbrio de poder político e social em cada estado, além de afirmar os direitos fundamentais que impeçam desvios nesse equilíbrio por parte de grupos que subam ao poder ocasionalmente. Tal estratégia de definição da estrutura política é essencial para realizar a democracia, entendida como possibilidade de participação de todos na formação da vontade decisória, o que inclui minorias, deixando de ser mera expressão de vontades majoritárias.

Assim, as vantagens de governos que sigam esse conceito de democracia são: evitam a tirania, realizam direitos essenciais (liberdades civis e participação política

² Dahl (2003) apresenta excelente discussão sobre estruturas constitucionais e a realização da democracia.

³ Sartori (1996) faz excelente discussão sobre a ideia de engenharia constitucional e possíveis efeitos das diversas combinações de organização das instituições e poderes políticos do estado, correlacionando sistema político, forma de governo, sistema de governo, forma de estado e sistema eleitoral.

fundamental); liberdade geral (de escolha individual e expressão – as ditas liberdades negativas); autodeterminação livre; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção de interesses pessoais essenciais; igualdade política; a busca da paz e da prosperidade (DAHL, 2001). Além disso, estabelecidas tais condições e objetivos da democracia, seria possível criar indicadores para o controle e análise de sua qualidade: *rule of law*; prestação de contas (*accountability*); participação política dos cidadãos dentro e fora das instituições; concorrência entre as partes e entre grupos de interesse; respeito pelos direitos que preservam as liberdades; expansão da igualdade política, social e econômica; capacidade das instituições de fornecer respostas que atendam satisfatoriamente aos cidadãos e à sociedade civil (MORLINO, 2016). Esse modelo político é chamado *democracia liberal* porque, juntamente com os elementos de participação política e critérios majoritários de decisão (participação popular), garantem liberdades individuais e de identidade – direitos civis, com grande capacidade de controle do exercício do poder de coerção, elementos típicos do liberalismo político⁴ (MAIR, 2014). Porém, à semelhança da crise do estado liberal do século XIX, as liberdades civis e a proteção de minorias têm sido contestadas diante da incapacidade atual dos estados em garantirem suas promessas: liberdade, igualdade, segurança e dignidade de vida. É possível detectar a crise da democracia liberal. Na medida em que as instituições não são capazes de realizar as expectativas que geram na população, têm sua legitimidade questionada.

As causas da atual desconfiança na democracia liberal parecem ser claras. A desestruturação das economias nacionais a partir da globalização, quando o estado não é mais capaz de controlar os fluxos de riquezas e as condições para sua produção. A isso soma-se a existência de crises econômicas que empobrecem os trabalhadores e tornam mais precárias as condições de trabalho. O aumento da concentração de riqueza agrava a situação, pois a recuperação das crises não recupera, necessariamente, a condição de vida dos trabalhadores, mas melhora a dos detentores dos meios de produção e dos investidores do mercado financeiro. A deterioração das condições materiais de vida leva à desconfiança dos políticos profissionais, vistos como preocupados apenas com a defesa de seus próprios interesses e, portanto, distantes do papel representativo que lhes compete. Essa percepção de busca de interesses particulares por parte dos políticos se acentua com a descoberta de casos graves de corrupção, que erodem ainda mais suas legitimidades e a crença de que eles buscam interesses comuns. Junte-se os fluxos migratórios e o terrorismo dos extremistas, que mantêm a sensação de medo e estranhamento constantes e levam à aceitação de violação das liberdades civis em nome da

⁴ Eleições livres e iguais seriam o componente procedimental de uma democracia liberal, enquanto os direitos civis seriam o seu componente substantivo (SMITH e ZIEGLER, 2009).

segurança sem que o estado consiga garanti-la de modo estável, o que leva ao círculo vicioso de suspensão constante de direitos e liberdades (CASTELSS, 2018).

Essa desconfiança generalizada na capacidade da democracia liberal de responder às demandas sociais tem levado à volta de ações autoritárias. A tendência verificada tem sido a busca de líderes fortes, que usem a coerção do estado para garantirem a ordem social, a segurança e as políticas econômicas que trariam de volta a melhora das condições de vida da sociedade. Assim, o recurso a candidatos que se colocam contra o *establishment*, que se comunicam diretamente com seus eleitores e chamam para si a capacidade de decisão, atropelando as instituições que são freios às suas propostas, tem levado ao caminho da construção de democracias iliberais⁵.

Diante da precariedade das condições de vida, da insegurança, da corrupção e da desconfiança e perda de legitimidade das instituições, a democracia liberal deixa de ser um valor a ser preservado e passa a ser valorada diante de outras opções e realizações que ela parece impedir. O resultado é a desvalorização da democracia liberal e dos direitos que ela garante, em prol da busca da proteção dos valores éticos e identitários perdidos e de melhores condições de vida. Isso a ser oferecido por um líder que represente de maneira mais direta e realize a vontade do povo, que recupere seu senso de orgulho e esperança.

O problema dessa mudança de rumos é a tolerância com relação à restrição de direitos, o retorno a critérios substantivos de identidade e de bem comum (com a conseqüente recusa da proteção de minorias) e o movimento de direcionar as decisões políticas com base na recusa da diferença (a competição entre o “nós” e o “eles”, que tende a politicamente eliminar os últimos). E, na medida em que o apoio popular a esse tipo de política cresce, tais restrições de direitos e uso arbitrário da violência são feitos ao argumento de realizar a “verdadeira” democracia, livre dos freios institucionais impostos por políticos profissionais que só buscam interesses próprios ou particulares, realizando diretamente os anseios do povo, que exerceu seu direito de voto exatamente com essas expectativas.

Para evitar que a desconfiança na política e nas instituições descambe para o aceite e uso corriqueiro da violência e para a violação dos direitos de minorias, é necessário mostrar como a democracia liberal não é fim em si mesmo, a concorrer com outros valores, mas o meio adequado para manter o equilíbrio de forças e poderes, as diversas visões de mundo e a capacidade de realização de visões majoritárias, sem que elas levem, necessariamente, à desconsideração ou eliminação da alteridade.

⁵ Sistemas que garantem eleições, mas que restringem direitos e liberdades civis em nome da vontade do povo ou da realização do bem comum. Smith e Ziegler (2009) fazem a caracterização desse sistema político.

3. TEORIA PURA, CIÊNCIA E NORMA COMO ATO DE VONTADE.

Diante do quadro acima traçado, um dos caminhos para se pensar e fortalecer a democracia liberal é recuperar clássicos que possam ajudar na reordenação dos fundamentos teóricos que levam à sua compreensão e no reconhecimento da sua necessidade. O pensamento de Hans Kelsen permite essa retomada de fundamentos para afirmar que a crise de confiança na democracia liberal não necessariamente equivale à sua crise como modelo político a oferecer respostas para as dificuldades atuais.

Kelsen foi defensor árduo da democracia, exatamente no modelo hoje chamado de liberal. E é possível sustentar que tal defesa não é por razões apenas de preferência política ou moral, mas decorre da estrutura filosófica à qual ele recorre para fundamentar suas teses teóricas, cujas principais são: a redução do direito como conjunto de normas válidas; a possibilidade de construção de modelo científico apenas descritivo de tais normas; a função da ciência de descrever fatos, sem valorações pessoais do observador; a identificação de que fatos empíricos não possuem valores (tese da subjetividade e relatividade da ética); a possibilidade de aplicação dessas premissas à análise do direito em razão da separação radical entre ser e dever ser, o que permite uma ciência descritiva de normas e a independência de conteúdos substantivos no que tange à análise do direito. A maneira como Kelsen aplica essas premissas à sua filosofia e as consequências políticas que delas retira permite desenvolver a ideia de democracia liberal não como um valor humano ou intrínseco a ser mantido, mas como condição de pensar a própria política e a mediação dos conflitos e necessidades sociais decorrentes da pluralidade de visões de mundo e de interesses.

No que tange à busca de modelo filosófico para demonstrar a possibilidade de fazer ciência rigorosa do direito, Kelsen direcionou suas investigações para o empirismo e logicismo (KELSEN, 2000b)⁶, na linha epistemológica do Círculo de Viena⁷. Para os seus participantes, o conhecimento da realidade só pode ser produzido com a apreensão de fenômenos empíricos, o que, por sua vez, precisa do uso adequado da linguagem para sua exposição e descrição

⁶ Isso não exclui influxos neokantianos no seu pensamento, que ele mesmo admite (KELSEN, 1998c).

⁷ O Círculo de Viena foi um movimento de filósofos, matemáticos, físicos e teóricos da ciência que reuniu, em torno da figura de Moritz Schlick, pensadores de várias áreas (desde as citadas até a sociologia, economia e o direito) em busca de critérios rigorosos para a produção do conhecimento científico. Dentre as figuras mais famosas do movimento estão o próprio Schlick, Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Hans Hahn e Otto Neurath. As características gerais de suas preocupações intelectuais serão indicadas em seguida. Importa salientar que Friedrich Stadler (2010), ao fazer a história do Círculo de Viena, indica Hans Kelsen como intelectual pertencente ao entorno do movimento e um de seus alunos, Felix Kaufmann, participava ativamente das reuniões do grupo.

perfeita. Ocorre, com eles, a chamada virada linguística da filosofia (OLIVEIRA, 2001), pois, como o conhecimento depende da perfeita descrição de fatos, deve-se criar uma linguagem própria para a ciência, sem vagueza, polissemia ou cargas significativas que não decorram dos próprios objetos do mundo, como sentimentos, vontades ou outras percepções meramente subjetivas. A filosofia se reduz à sintaxe lógica da linguagem, para a definição da função que o signo exerce na conexão com outros e da significação na sua relação com objetos que podem ser descritos (semântica: relação signo objeto). Assim, pretensões idealistas preferências particulares estariam eliminadas da linguagem científica, para a perfeita apreensão do mundo como ele é, independente da vontade humana. A verdade deixa de ser a compreensão transcendental daquilo que é necessário e imutável no universo para se tornar a correspondência de enunciados descritivos com os fatos. Buscar essências que sejam intrínsecas ao mundo ou transcendentais perde o sentido, porque não podem ser demonstradas e a verdade depende da verificabilidade empírica do que foi dito, bem como da análise lógica dos enunciados, a serem decompostos nos seus elementos mais simples de referência à realidade ou de função sintática⁸.

Kelsen, em sua filosofia, busca realizar essas exigências para a produção científica, tentando aplicá-las pensamento jurídico⁹. Ele entende ser possível a descrição do direito apenas na sua estrutura normativa, sem se preocupar: com a relação entre acontecimentos que levam à produção ou ao reconhecimento das normas (objeto da Sociologia ou da Antropologia); com as subjetividades que as criaram (objeto da Psicologia); ou com os valores que necessariamente devem estar presentes no ordenamento jurídico (problema da Ética e, portanto, do direito natural, que é metafísico) (KELSEN, 1998c)¹⁰. Esses conteúdos aparecem na norma, mas não condicionam a abordagem a ser feita pelo cientista do direito.

Construindo sua proposta, Kelsen (1998a) vê a norma como objeto do mundo a ser descrito pelo cientista do direito. Ela tem caráter ideal, porque é a construção linguística a partir

⁸ Os participantes do Círculo de Viena entendiam que a clarificação lógica da linguagem livraria o conhecimento de preconceitos inibidores do desenvolvimento da ciência (HAHN; NEURATH; CARNAP, 2002). Para Quine (1951), o positivismo lógico parte do que ele chamou de “dois dogmas do empirismo”: a divisão kantiana em verdades analíticas – de caráter lógico-formal, sem dependência de conteúdo empírico – e verdades sintéticas – proposições de conteúdo empírico sujeitas à verificação da verdade. Rejeitam, contudo, a existência de verdades sintéticas *a priori* – afirmações verdadeiras não meramente formais que permitem acrescentar conteúdo novo ao conhecimento, mas anteriores ao contato com o mundo empírico. Haveria apenas proposições formais (lógicas) e proposições sobre a realidade (verdadeiras ou falsas). A ciência deveria estar limitada a esses dois tipos.

⁹ Paulson (2003) divide a evolução do pensamento de Kelsen em 3 fases: construtivismo (1911-1920); neokantismo com aportes analíticos (1920-1960); ceticismo (1960 até sua morte, em 1973). Em carta a Renato Treves, de 3 de agosto de 1933, Kelsen (1998d) diz buscar um modelo de categorias puramente formais (o que levaria ao relativismo ético) e indica um programa de superação da metafísica. E afirma que sua concepção de dever ser como vontade jurídica e não psicológica segue a ideia de distinguir logicismo de psicologismo.

¹⁰ Ulises Schmill (2003) indica como a preocupação da pureza metodológica de Kelsen se volta para as condições lógicas (e não materiais) do conhecimento. Segundo ele, Kelsen não aceita o uso da filosofia moral no campo jurídico, reduzindo a ciência do direito às condições formais do estudo do direito positivo.

de vontades que querem determinar condutas de outras subjetividades. Contudo, normas jurídicas não são apenas vontades enunciadas¹¹ a serem impostas pela força, mas valores e ações previstos em abstrato a partir de uma hipótese fática enunciada, que, caso ocorra, desencadeia um dever de ação ou um dever de impor uma consequência pelo seu descumprimento e ambos os deveres são reconhecidos como exigíveis, independentemente da existência e permanência do ato de vontade que os determinou ou o acordo sobre seu conteúdo¹².

Quer isso dizer que normas não vêm de fatos, o que significa que não poder ser originados da natureza, espontaneamente. O direito natural é uma impossibilidade empírica e lógica¹³. Assim *ser* e *dever ser* são formas lógicas que permitem atribuir sentidos distintos a fatos e normas, não se confundem¹⁴. A linguagem do ser usada pela ciência descreve fatos e conexões causais entre eles. A do dever ser estabelece conexões entre fatos e condutas derivadas de comandos reconhecidos entre subjetividades que convivem (“se A é, B deve ser”). A linguagem da ciência do direito deve descrever essas conexões entre fatos e ações que são seguidas em sociedade, sem pretender corrigi-las ou impor suas condições. Essa a diferença entre ciências causais e normativas.

A proposição das ciências causais tem como referência o fato; a norma, a obrigação a ser realizada; a proposição das ciências normativas, a norma válida¹⁵. Identificada a norma como conteúdo proposicional da ciência do direito, demonstra-se seu critério empírico de verificação (as proposições da ciência do direito podem ser verdadeiras ou falsas), tornando-se ciência composta por regras de inferência e proposições empíricas, dotada de metodologia própria – a ideia de pureza metodológica (KELSEN, 1998a)¹⁶. O cientista do direito identifica

¹¹ Carnap (1935) via nas ordens expressões de vontades, fatos psicológicos a serem estudados pela psicologia.

¹² O comando só pode ser norma jurídica quando o seu destinatário o recebe não como sendo forçado pela subjetividade de quem ordena, mas como submetido a certa situação em que quem comanda está em posição de fazê-lo, em razão de outras circunstâncias que o autorizam (ver KELSEN, 1952).

¹³ O substrato linguístico comum que enuncia um fato como hipótese e serve para descrever o fato previsto, conectando a norma com o mundo. A relação entre norma e fato como comparação de um substrato linguístico comum será recuperada por Kelsen (1991) na sua obra póstuma: Teoria Geral das Normas, que ele chamará de substrato modalmente indiferente.

¹⁴ Para Stanley Paulson (2003), a tese normativa de Kelsen não é a diferença entre ser e dever ser no sentido de separar o direito positivo (o direito que é) do direito ideal (o direito que deve ser – objeto da tese que vincula direito e moral), mas a separação entre ser e dever ser no que tange à diferença entre fato e valor.

¹⁵ Frege (1978), tratando da relação entre a proposição e o mundo, indica que um signo pode ter sentido (seu significado, o que o torna compreensível) e referência (aquilo a que ele corresponde, seu conteúdo). Enquanto para a ciência uma proposição tem como referência um fato, diz Frege, um comando tem como referência a ordem (o valor deôntico) a ser realizada. Com relação à validade, norma válida seria a que regula condutas com algum grau de eficácia e está em relação com outras normas dentro dos critérios de produção e aplicação institucionalizados na vida social. Não precisa ser escrita e não se reduz àquela dada pelo estado. Toda sociedade tem um sistema de normas válidas. O estado é uma possibilidade de organização política de uma sociedade e, como tal, tem que se exprimir por meio do direito. Assim é que se pode dizer que não há estado sem direito, mas pode haver direito sem estado (KELSEN, 1992).

¹⁶ Kelsen mantém, para o mundo normativo, a relação entre enunciado e realidade empírica como

nas práticas sociais e na linguagem natural de produção das normas as estruturas de linguagem que vinculam fatos hipotéticos com consequências, as correlaciona com outras do mesmo tipo e identifica os procedimentos de criação, modificação, eliminação e significação dessas normas, explicitando os valores deônticos envolvidos: proibição, obrigação e permissão¹⁷.

4. O RELATIVISMO ÉTICO E DA JUSTIÇA, O PLURALISMO E A DEMOCRACIA.

Com a redução da verdade à relação de correspondência entre enunciado e fato¹⁸ e sua verificabilidade, tudo o que não pode ser descrito em sentenças controláveis por seus valores de verdade deve ser excluído da esfera da busca pelo conhecimento, exceto as condições da lógica formal, que rege o uso correto da razão e da linguagem. Conteúdos que não sejam verificáveis ou que extrapolem a lógica da linguagem não fazem parte do mundo, pertencem apenas ao sujeito que os enuncia, sendo apenas representações subjetivas, analisáveis como fatos que se passam na mente (psicológicos), mas não como parte da estrutura do mundo, das relações entre objetos que formam o que é ou pode ser empírico. Dizer: “o banco é branco” é algo com sentido, porque verificável. Dizer: “o banco branco me causa felicidade” é enunciar um fato psicológico, mas não um fato ou uma qualidade conceitual do banco (CARNAP, 1975).

As coisas não se passam de modo distinto no que tange à discussão sobre valores. Pode-

definição de “verdade” (KELSEN, 1998a). Essa concepção já havia aparecido na sua discussão sobre a diferença entre ciência e política (KELSEN, 2001c), ao afirmar que a ciência não deve interferir nos valores ou na determinação da ordem social. Essas são decisões de caráter subjetivo (preferências sobre o bem e o mal), enquanto a ciência lida com a descrição de fatos, suas condições de verdade, o que nada tem a ver com preferências sobre como as coisas devem ser. Assim a ciência se mantém independente da política. Segundo Kelsen (2003a), o uso do discurso científico para fins políticos macula a ciência e se transforma em suporte de ideologias. A avaliação sobre a legitimidade ou a correção valorativa de tal sistema não seria papel da ciência jurídica, mas apenas a descrição de um ordenamento jurídico válido – sua linguagem, portanto, refere-se ao mundo do *ser*, porque descreve um dado empírico e suas proposições podem ser verificadas (ver WARAT, 1995). Cabe notar, todavia, que Vernengo (1996) discute em que medida Kelsen assumiu essa concepção de verdade, e sustenta que ele faz a equivalência da validade como critério de verdade indireta, o que o leva a concluir que a noção final de Kelsen é de verdade por convenção.

¹⁷ Essas funções deônticas são intercambiáveis, porque sempre que o sujeito está numa posição há algum tipo de obrigação estabelecida. Se alguém tem uma permissão, os demais são obrigados a não o impedir. Ou se alguém é proibido de fazer algo, significa que está obrigado a não praticar a ação. Por isso Bobbio (2005) faz sua análise das possibilidades de regulação de conduta com base no conceito de obrigação. Essa descrição das relações formais das funções normativas é essencial para a compreensão do direito, porque o raciocínio e a decisão jurídicos sempre pretendem identificar qual a função deôntica envolvida: se a conduta é permitida, proibida ou obrigatória. A atual teoria do direito, para incrementar a capacidade de raciocínio jurídico no processo de decisão, vê o direito como sistema aberto ou cujas normas não estão todas expostas ou que, apesar de expostas, direcionam um conteúdo, sem especificar condutas em abstrato. Nessa linha, têm sido admitidos os chamados princípios jurídicos: normas exigíveis que não regulam condutas em abstrato (característica das regras), possibilitando estabelecer, em cada situação, qual função deôntica regula a ação, permitindo que o aplicador sempre possa recorrer à racionalidade normativa que condiciona sua atividade cognitiva. Robert Alexy (2002) desenvolve toda a sua teoria dos direitos fundamentais a partir dessas bases formais da estrutura e função da norma jurídica.

¹⁸ Derivada da tese do isomorfismo entre lógica da linguagem e forma lógica do mundo de Wittgenstein (1994).

se tentar dar a aparência de descrição para o uso de valores morais, como quando se diz: “matar é mau”. Mas a morte é um acontecimento do mundo, não é boa nem má. É o sujeito valora. É nesse sentido que Wittgenstein (1994) afirma que a ética não está no mundo, mas no sujeito (este, como subjetividade, também está fora do mundo, porque o que ele quer não define a realidade). Então, o enunciado “matar é mau” não é uma descrição de um fato, mas modo de travestir o comando “não se deve matar”, uma vontade travestida na forma gramatical de descrição de fatos. Por isso, frases como “matar é mau” são pseudoproposições (um “sem-sentido teórico”)¹⁹, enunciados com a forma gramatical de descrições, mas que têm outro significado, não se referem a acontecimentos da realidade, porque não passam pelo teste de verificabilidade (CARNAP, 1935).

É claro que valores existem, como avaliações produzidas pelas pessoas e como conteúdos de normas e comandos que são seguidos. Como tais, são apreensíveis e descritíveis. No entanto, o problema da ética é que ela pretende dar as condições universais dos valores, ou como calculá-los atribuindo-lhes peso e relevância. A Ética, como teoria, pretende dizer os valores necessários do mundo. Contudo, valores não decorrem e não criam relações necessárias de causa e efeito, nem abarcam a totalidade do mundo²⁰. Entendido esse ponto, é possível dizer com Wittgenstein (WAISSMANN, 1973) que, se a ética pertencesse à realidade, o descumprimento de um valor teria alguma consequência espontânea e necessária, mas não é o que acontece. Para valores terem efeitos, é preciso conectá-los com outras ações, que lhes imporão prêmios ou castigos.

Essas considerações demonstram a separação entre ser e dever ser e mostram porque Kelsen entende as normas como função do querer, não do conhecer²¹. Assim, normas se podem existir se houver critérios para que elas sejam aceitas como obrigatórias por seus destinatários, o que significa que é preciso considerar o conceito de autoridade. Como funções do querer

¹⁹ Os neopositivistas insistem na diferença entre a estrutura gramatical – que pode ser enganadora do sentido – e estrutura lógico-sintática, ou seja, a função que cada signo exerce na linguagem, algo que Kelsen segue à risca. Por exemplo, ao diferenciar ciência e política, Kelsen (2001c) assume que fazem parte da ciência proposições que relacionem meio e fim, pois indicam relação de causalidade (a proposição descreve como o meio ocasiona o fim). Porém, não pode ser função da ciência determinar o fim, pois ele é um valor. Ainda que a proposição esteja na estrutura descritiva (“o objetivo ou o fim do ser humano é tal e qual), a sentença, na verdade, veste a pressuposição de uma norma (“*deve-se* atingir tal fim), ou seja, é prescrição na forma gramatical descritiva.

²⁰ O que, para Wittgenstein (1994), só pode ser feito por expressões formais da lógica: a tautologia (proposição que abarca todas as possibilidades do mundo – “chove ou não chove”) e a contradição (que elimina todas as possibilidades do mundo – “chove e não chove”).

²¹ A separação é absoluta e não há que se falar em conteúdos éticos presentes no mundo como necessidades a serem buscadas e que condicionam as valorações positivas ou negativas dos fatos (LACLAU, 1996). Kelsen está próximo da ideia de Wittgenstein (1994) de que a ética não está no mundo, e aceita completamente o posicionamento neoempirista de que os valores são percepções subjetivas, enquanto condutas são fatos objetivos. Essa postura faz com que o modelo da teoria pura do direito sofra sérias restrições no meio jurídico, acusada de ser uma “teoria logicista do direito positivo”, alheia a questões de valores (ver KELSEN, 1998d).

derivadas de atos de autoridade, os valores que as normas trazem dependem dos valores da autoridade reconhecida. A única opção para a existência de valores universais seria a existência de uma autoridade universal, o que obviamente é refutado pela realidade: as sociedades são plurais e têm suas próprias concepções de deuses e de natureza, com distintos valores, sem que se possa provar que existem ou que há hierarquia entre elas (KELSEN, 1998b).

Kelsen (1998b), por sua vez, entende o ato de dar normas como função do querer, não do conhecer, porque pretende estabelecer o que deve ser. Um dever necessita alguma autoridade reconhecida que o imponha (a norma que diz que tal autoridade seja obedecida deve poder ser identificada por um terceiro não participante da relação). A imposição só fará sentido caso haja a possibilidade de coação. Autoridades distintas estabelecerão conteúdos distintos. Os valores só seriam os mesmos se existisse autoridade transcendental que regulasse toda a humanidade. Mas as sociedades têm deuses, culturas ou valores diferentes, todos com pretensão de validade e verdade e é impossível demonstrar racionalmente qual é a superior ou melhor.

Sem autoridade única que determine valores universais e sem valores necessários na natureza, não há que se falar em busca de conteúdos obrigatórios para as normas ou para os ordenamentos jurídicos. É impossível à ciência do direito encontrar os valores imprescindíveis do direito, ela só pode identificar os valores presentes na ordem jurídica positiva. Sem valores únicos que sirvam de padrão para a regulação de condutas entre os sujeitos, também não há como estabelecer o justo. Direito natural e justiça são impossibilidades teóricas e empíricas²². Ainda que se possa desejar buscar a realização da justiça, ela é sempre parcial e momentânea e a pergunta sobre sua essência é um pseudoproblema: uma pergunta só pode ser feita onde é possível uma resposta. Os valores morais, portanto, proveem de decisões, e as teorias do direito natural e da justiça nada mais seriam que tentativa de impedir discussões sobre eles e de impor sua obrigatoriedade como resultado da razão, e os que discordam estariam agindo irracionalmente. A pretensão da ciência do direito de dizer o que é bom e justo é arbitrariedade travestida de teoria²³.

A consequência coerente sobre os limites do conhecimento é o relativismo moral e da justiça. Se, por um lado a teoria de Kelsen impede que se pensa a moral no direito, ela obriga a

²² O direito natural aparenta dar justificação racional aos valores que certos autores querem impor ou defender, assimilando suas percepções à verdade científica, afinal, se algo é natural, então é verdadeiro e, portanto, necessário. Segundo Kelsen (2001b), o direito natural é uma mentira útil a quem tem o poder político, porque pretende impor valores dando impressão de verdades universais. As doutrinas do direito natural são, portanto, justificações para a manutenção incontestes de modelos jurídicos estabelecidos.

²³ Para Carnap (1935), muitas confusões sobre o conhecimento derivam de perguntas mal formuladas, com uso inadequado da sintaxe lógica da linguagem. Wittgenstein (1994) já havia dito que uma pergunta só pode ser feita onde há uma resposta, referindo-se às possibilidades de combinações lógicas que figuram um objeto do mundo. Já Kelsen (1998b) diz que o problema do conhecimento está em formular perguntas que podem ser feitas com sentido.

considerar a relatividade dos valores e a pluralidade de opiniões e visões de mundo. Buscar o fundamento da vida social e valores absolutos, verdadeiros, é querer impor uma posição e buscar se eximir da responsabilidade da tomada de decisão a seu respeito, afinal, se um valor é natural e provém de uma autoridade transcendental, aquele que decide é só um aplicador de conteúdos pré-determinados e um realizador da verdade. Os infortúnios são mera consequência da natureza das coisas ou da vontade de entidades sobrenaturais e a discordância é o desvio do bom e do justo e a incompreensão da verdade, coisas que devem ser eliminadas da vida social. (KELSEN, 1998b). O que o relativismo mostra é que a regulação de valores e da vida social é decisão que poderia ser diferente, sendo que nós somos responsáveis por elas e por suas consequências. E decisões que vinculam a todos os submetidos às autoridades são de caráter político, não moral. A pretensão de caráter universal de tais decisões apenas traveste a tentativa de impor ideologias como se fossem verdades e mascara que são escolhas, não resultados da razão universal compartilhada por todos os seres humanos. Assim, as decisões normativas devem ser entendidas como disputas no campo do poder.

A consequência não pode ser outra senão abandonar teorias jusnaturalistas ou a busca da aplicação correta do direito²⁴ e discutir qual modelo político é adequado para tomar decisões coletivas. A tentativa de buscar teorias que definam a verdade ou a justiça leva a modelos de decisão autoritários, já que da pretensão de conhecimento ou de valor absolutos decorrem pretensões de modelos de decisão absolutistas. O contrário acontece com a compreensão de que o conhecimento e os valores são relativos: os modelos possíveis são de resultados relativos e precários, sem buscar impor verdades e valores únicos (KELSEN, 2000a; SCHMILL, 2003)²⁵.

O relativismo de Kelsen demonstra: que a sociedade é plural; que não há verdades ou valores absolutos; que são possíveis diversas visões de mundo e formas de vida e que todas elas podem reivindicar a legitimidade de existirem. Deixar que apenas uma delas prevaleça é arbitrário, mesmo que seja majoritária, porque a maioria é só um dos critérios possíveis de decisão e ela, sozinha, não justifica a exclusão das demais propostas sobre o que é o interesse comum, dando-se o direito intrínseco de excluir ou impedir as demais. O critério majoritário indica a maior quantidade de preferências em certa circunstância, mas é necessário que os que

²⁴ Kelsen (1997; 1998a), recusa a possibilidade de uma teoria da interpretação que seja capaz de dar a única resposta correta e afirma que mesmo a aplicação de normas abstratas a casos específicos é criação de norma concreta que depende, em algum grau, da escolha de preferências pelo aplicador.

²⁵ Kelsen (2000b) correlaciona absolutismo filosófico e político e relativismo filosófico e político. O filósofo absolutista pretende um conhecimento universal transcendental. Logo, aquele que atinge a verdade única deve decidir o que é correto para os demais, que, se discordam, estão em erro. O relativista parte do saber precário e da igual capacidade de conhecer, o que leva ao compromisso sobre a decisão política, já que reconhece que pode estar em erro e precisa considerar a opinião dos demais.

ficaram entre as minorias tenham a real chance de conquistar a adesão de novos sujeitos e se tornarem majorias. Assim, majorias não deveriam decidir sozinhas e minorias não deveriam determinar a vida de todos nem impedir mudanças nas escolhas de majorias (KELSEN, 1998b).

A separação entre ser e dever ser não impede apenas propostas teóricas de cunho metafísico, mas também as ontológicas, sociologistas ou historicistas. Se a realidade é determinada por relações causais, não há essências que a determinem, muito menos valores. Se de fatos não se pode derivar normas, de comportamentos sociais ou percursos históricos não se pode identificar a natureza de um povo ou de uma sociedade para a construção dos seus direitos e deveres²⁶. Por mais que normas possam ser identificadas a partir de processos históricos ou sociais, como não são necessárias, sempre podem ser mudadas, e segui-las ou alterá-las são decisões políticas contingentes (KELSEN, 2003b).

A forma de impedir qualquer tipo de autoritarismo não é realizando a moral ou a justiça, mas organizando a vida política por meio de uma constituição que garanta a maior quantidade possível de representação social (sistema eleitoral proporcional); livre concorrência de partidos que organizem os anseios diversos da população, disputando oportunidades institucionais de defenderem suas posições e em condições de concorrência equilibrada; formação de majorias a partir de acordos de grupos distintos com compromissos de governo; participação das minorias com representação com possibilidade de intervir e atrapalhar os processos de decisão para que sejam ouvidas e consideradas; separação dos poderes (com o executivo adstrito ao princípio da legalidade e o legislativo respeitando o pluralismo político) para que não haja abusos no exercício das competências institucionais (freios e contrapesos); proteção de minorias no corpo da população, com ou sem representação institucional, para que majorias circunstanciais não aproveitem as oportunidades de comando para as excluam do convívio social e político; garantia de liberdades fundamentais (individuais, políticas, econômicas e de crença, com as competências do estado reduzidas ao mínimo) para que cada indivíduo possa escolher e manifestar sua visão de mundo (KELSEN, 2000a; 1998b). Em poucas palavras, o modelo constitucional contra a arbitrariedade proposto por Kelsen não é a utópica realização da razão moral universal, mas a real e pragmática organização de uma democracia liberal consensual²⁷.

Para que essa organização seja possível, a constituição deve ser vista como estrutura jurídica de organização da democracia, não como afirmação ou realização de valores universais, da unidade e identidade do povo ou do bem comum, conceitos que não passam de ilusões. Os

²⁶ As discussões mais simbólicas contra essas tendências intelectuais são com Carl Schmitt (KELSEN, 2003a) e Rudolf Smend (KELSEN, 2003b).

²⁷ Kelsen trabalhou o problema da democracia consensual, tal como viria a ser definida por Lijphart (2019).

processos de decisão política precisam estar submetidos à constituição, ela é soberana. Para que isso seja possível, os poderes políticos de decisão não podem ser os próprios intérpretes da constituição, pois a ninguém é dado ser juiz em causa própria, seja porque podem entrar em conflito entre si, seja porque podem se alinhar de forma a desconsiderarem seus limites institucionais. É necessário um terceiro desinteressado para decidir questões que digam respeito à aplicação e proteção da ordem constitucional (KELSEN, 2003a).

Para garantir o equilíbrio dos poderes e a preservação de direitos de minorias, é necessário órgão especializado na aplicação da ordem constitucional democrática, freando os poderes políticos²⁸. Como é atividade de aplicação da ordem normativa institucional, ela só poder ser atividade jurisdicional. Não pode estar distribuída em todo judiciário, porque exige preocupação com o equilíbrio político-institucional (e responsabilidade com ela), celeridade na solução da demanda constitucional e unidade na resposta, sem depender de toda cadeia recursal até que o órgão jurisdicional de última instância, com decisões conflitantes até o trânsito em julgado. Além disso, é poder com função de decisão política, não técnica, no sentido habitual da aplicação do direito, porque tem a competência de impedir a ação legislativa dizendo o que não pode ser lei, o que é espécie de poder legislativo negativo (KELSEN, 2003a).

A constituição não protege os valores consubstanciados socialmente ou descobertos pela razão universal. Unidade do povo e do interesse e identidade histórica são ficções. Caso deseje-se honestamente garantir a convivência e a harmonia de todos, deve-se partir do pluralismo político e social, não o eliminar como indesejável. A constituição, assim, deve organizar as instituições políticas o equilíbrio de forças políticas e sociais, aumentando o grau de participação de interesses e visões de mundo. Isso deve ser feito pelo processo político e protegido por órgão jurisdicional especializado, em cujo processo decisório seja garantida a pluralidade de visões e representações sociais que o modelo busca preservar, o que pode ser feito por meio do modelo do processo judicial litigioso (KELSEN, 2000a).

Dessa forma pode-se dar um conceito pragmático de justiça²⁹: garantia da paz, liberdade e tolerância (KELSEN, 2001a). Claro que outros modelos políticos são possíveis, mas eles abrem as portas para o autoritarismo, quando não são eles próprios ditatoriais. Por trás do formalismo de Kelsen na sua construção da ciência jurídica está uma teoria da democracia abrangente e atual, estruturada a partir do positivismo epistemológico, do relativismo ético e da impossibilidade da justiça universal.

²⁸ Kelsen é o criador da jurisdição constitucional, que se torna uma das características identificadas por Lijphart (2019) da democracia consensual.

²⁹ Kelsen deixa claro que essa é a *sua opinião*, não um conceito teórico com pretensão de universalidade.

5. CONCLUSÃO.

A desconfiança na política como atividade profissional e a falta de resultados materiais para a melhoria de vida da população destinatária das decisões institucionais tem levado à desconfiança e à queda do preço à democracia. O fenômeno não é restrito a países pobres ou em desenvolvimento, pois os países desenvolvidos têm passado por crises políticas, de segurança e econômicas, o que leva à restrição de direitos políticos, sociais e individuais. A reação é o crescimento de propostas populistas e iliberais, com apelo ao público à votação em favor de projetos milagrosos e personagens que se apresentam como salvadores.

A consequência é a visão da democracia como um valor, algo que, diante de outros valores ou desejos, pode ser relativizado, suspenso ou eliminado em benefício de um interesse maior. Isso se agrava quando as instituições de controle, ao tentarem frear os impulsos antidemocráticos, são vistos como impeditivos para as promessas de salvação, sofrendo reações populares e sendo atropeladas pelos governantes. A democracia iliberal torna-se o modelo reivindicado ou aceito, prometendo a relação direta entre o líder salvador e o povo necessitado. Quando tal acontece, as instituições ou são ignoradas ou se alinham na violação aos limites normativos formais e materiais que lhes são impostos. Os que discordam das receitas salvadoras ou que não integram a visão de mundo do público a ser salvo são vistos como inimigos ou como membros indesejados da comunidade.

Uma vez que esse processo se desenvolve, os direitos que impediriam a realização das necessidades e visões de mundo da maioria são vinculados a abusos ou arbitrariedade do grupo tornado inimigo, a serem eliminados e abrindo espaço para as imposições dos salvadores, na lógica do “agora é a vez do povo”. Os direitos fundamentais deixam de ser conteúdos materiais limitadores de decisões sobre grupos e pessoas e tornam-se valores duvidosos que servem a marginais ou inimigos do povo.

Entretanto, por mais que a democracia, na prática social, possa ser tratada como valor e ser mensurado diante de outros, ela não pode ser contestada como condição pragmática para a inclusão de todos os que convivem em sociedade, porque ela permite a inclusão e consideração de todas as visões de mundo e divergências morais e políticas. Para isso, a democracia deve ser a de modelo liberal: juntamente com a participação política e critérios majoritários de decisão (participação popular), garante liberdades individuais e de identidade – direitos civis, com grande capacidade de controle do exercício do poder de coerção. Outros regimes políticos (mesmo democracias iliberais), têm tendências autoritárias, seja por busca de imposições puramente majoritárias, seja pretensões totalizantes de valores, com a consequente exclusão e

eliminação das divergências.

Como a política cotidiana tem deixado de apresentar os resultados esperados pelos destinatários da decisão (sociais, jurídicos, políticos e econômicos) e com os escândalos de conduta por parte dos agentes políticos, o apreço pela democracia tem decaído em todo o mundo ocidental, com a conseqüente admissão (ou mesmo reivindicação) de regimes de tendência autoritária. Necessário se faz, então, demonstrar que a democracia liberal é o regime político mais adequado para a ordenação da vida coletiva, mesmo que momentaneamente não esteja levando aos resultados pretendidos.

A afirmação acima pode ser sustentada ao se considerar que a democracia, de tipo liberal e consensual, é o melhor regime para lidar com as divergências, a pluralidade e a complexidade da vida social. Considerando que a sociedade não é homogênea, que as representações e posições sociais dificilmente formam maiorias claras e que mesmo maiorias podem ser arbitrárias, é preciso deixar de tratar a democracia como um bem e passar a tratá-la como forma de garantir a participação de todos e o equilíbrio de forças e interesses múltiplos e indeterminados. O pensamento político pode partir dessas características como um axioma, ou pode buscar um modelo teórico que demonstre porque as coisas são assim.

Transformar o pluralismo em axioma corre o risco de tratá-lo como mais um valor moral, a ser preterido por outros valores considerados mais importantes em novas circunstâncias práticas, principalmente em momentos de crise. Já a tentativa de demonstração teórica do pluralismo tem a vantagem de apresentá-lo como condição pragmática aplicável a todos, afastando a pretensão de que a democracia liberal seja vista como valor, mas sim como critério de decisão sobre valores. Afasta-se da discussão sobre o que é certo ou errado, bom ou mau, e trabalha-se a legitimação da decisão sobre uma perspectiva possível dentre as diversas propostas sobre o certo e o errado, o que é bom ou o mau. A democracia sai do âmbito da avaliação e passa a ser o método político de se fazer a escolha da decisão; ela pode ser a estrutura da decisão, em lugar de uma das opções disponíveis à decisão.

Uma das maneiras possíveis de se chegar a esse resultado é partindo-se da filosofia analítica da linguagem e sua recusa da metafísica, com a demonstração de que valores morais têm sempre caráter subjetivo e não fazem parte do mundo empírico. Essa consideração leva à perspectiva de que valores são criações humanas e, portanto, a escolha sobre eles não é racional, entendida como a identificação universal dos processos de inferência sobre o bom e o justo, mas sempre processo de decisão, de caráter precário, mutável e parcial – uma escolha entre outras possíveis que poderiam ser tão boas e adequadas quanto a que foi feita. As limitações identificadas pelo positivismo lógico ao raciocínio sobre valores demonstram a

separação entre ser e dever ser e tira a moral do campo do conhecimento e o joga para a política.

No campo do direito, o autor que melhor compreendeu esse problema foi Hans Kelsen, de modo que, se se pretende justificar a democracia como meio de decisão, ele apresenta teoria que pode ser retomada para responder à crise de justificação da democracia liberal hoje. Kelsen buscou demonstrar como o direito é fenômeno social de formação de normas de condutas reconhecidas como exigíveis, bem como é possível descrevê-las como oriundas de processos psicológicos ou sociais, mas também como conteúdos frutos de decisões cuja estrutura lógica e condição de criação e aplicação são apreensíveis pela razão. Nessa postura puramente descritivista de conteúdos e estruturas formais, Kelsen demonstra que normas jurídicas podem ser o objeto de uma ciência que apreende e esclarece sua estrutura, conteúdo e correção ou diferenciação de outras normas.

No entanto, o jurista austríaco não se reduz à elaboração das condições de uma teoria pura do direito (única científica em seu entendimento), mas demonstra como o que define a abordagem da pureza metodológica também permite a compreensão das condições e processos de decisão política. A separação entre ser e dever ser, vinda da epistemologia positivista do século XX, o faz reconhecer a inclusão de valores no direito como advinda de decisões e, na medida em que valores são relativos e não podem ser fundamentados como independentes da vontade humana, não é possível pretender derivar decisões de conteúdos pré-determinados, como processos de inferências derivados de silogismos bem estruturados. Decidir é escolher e, se não é possível garantir o conteúdo da escolha, é imprescindível que a maneira da escolha seja controlada, de forma que não seja mera imposição, mas que dê a chance de participação, controle e capacidade de alteração por parte de todos os envolvidos. Maiorias, valores transcendentais, necessidade histórica e unidade de espírito ou cultural nada mais são do que formas de escamotear a escolha e esconder o fato de que poderia ser diferente, de que outras possibilidades eram válidas.

Para fugir da arbitrariedade, a vida social deve permitir decisões com representação das diversas visões de mundo e dos diversos interesses em jogo; a formação de maiorias que representem algum consenso entre grupos que conciliaram resultados; a possibilidade de formação de outras maiorias que venham a alterar os resultados anteriores; a concorrência política que não exclua e dê condições de manutenção das minorias; uma estrutura jurídica que normatize a institucionalização de tal ordem política e formas de proteção contramajoritárias que impeçam a derrubada do modelo. Compreendidos o porquê de o direito ser conjunto de normas, como normas são frutos de decisões e como valores são relativos, não alternativa à democracia liberal consensual, a não ser que se admita a arbitrariedade.

6. REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. revista, Bauru: EDIPRO, 2005.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

CARAMANI, Daniele. Introduction to Comparative Politics. In: CARAMANI, Daniele (ed.). **Comparative Politics**. 3rd. edition. Oxford: Oxford University Press, p. 1-17, 2014.

CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd, 1935.

_____. Pseudoproblemas na filosofia. In: **Moritz Schlick; Rudolf Carnap; Karl Popper**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, p. 149-175 (Coleção “Os Pensadores”), 1975.

_____. Testabilidade e significado. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schlick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **How Democratic Is the American Constitution?**. 2nd. edition. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FREGE, Gotlob. Sobre o sentido e a referência. In: _____. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/Edusp, p. 59-86, 1978.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. La concepción científica del mundo: el Círculo de Viena. **REDES: Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología**, vol. 9, n. 18, Buenos Aires, p. 103-149, 2002.

JESTAEDT, Matthias. Introdução à autobiografia de Hans Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELSEN, Hans. Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura**. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1952.

_____. **General theory of norms**. New York: Oxford University Press, 1991.

- _____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. Sobre a teoria da interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997.
- _____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. “Foreword” to the second printing of *Main Problems in the Theory of Public Law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, p. 03-22, 1998c.
- _____. The pure theory of law, ‘Labandism’, and neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, p. 169-175, 1998d.
- _____. Essência e valor da democracia. In: _____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: _____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- _____. O que é justiça? In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.
- _____. A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência. In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.
- _____. Ciência e política. In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001c.
- _____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. **O estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- _____. Autobiografia. In: _____. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2011.
- LACLAU, Martín. El influjo neokantiano en el pensamiento de Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 9-31, 1996.
- LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MAIR, Peter. Democracies. In: CARAMANI, Daniele (ed.). **Comparative Politics**. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, p. 79-95, 2014.
- MORLINO, Leonardo. ¿Cómo analizar las calidades democráticas?. In: XAVIER, Lúcia;

AVILA, Carlos F. Dominguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil**: questões teóricas e metodológicas da pesquisa Curitiba: CRV, 2016.

NEURATH, Otto. Propositiones protocolares. In: AYER, A. J. *El positivismo lógico*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 547-582, 2003.

QUINE, Willard van Orman. Main trends in recent philosophy: two dogmas of empiricism. **The Philosophical Review**, vol. 60, n. 1, p. 20-43, 1951.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Brasília: Editora UnB, 1996.

SCHLICK, Moritz. O fundamento do conhecimento. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988a.

_____. Sentido e verificação. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988b.

SCHMILL, Ulises. Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 26, p. 583-608, 2003.

SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre constitucionalismo e exceção: a ordem estatal sobreposta aos direitos fundamentais. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 49, jul./dez. 2016, p. 43-85. DOI: 10.17808/des.49.530

SMITH, Peter H.; ZIEGLER, Melissa R. Democracias liberal e iliberal na América Latina. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, n. 2, novembro 2009, p. 356-385, 2009. DOI: 10.1590/S0104-62762009000200004.

STADLER, Friedrich. **El Círculo de Viena**. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2010.

VERNENGO, Roberto José. Alrededor del problema de la verdad en Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 85-101, 1996.

WAISMANN, Friedrich. **Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena**. Ed. B. F. McGuinness. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. **O direito e sua linguagem** (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). 2ª versão/ 2ª edição aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos

Santos, 2. ed. São Paulo, Edusp, 1994.

Submissão: 03/05/2020. Aprovação: 16/08/2023.

POR UMA DEMOCRACIA FEMINISTA: ENTRE TEORIA POLÍTICA E POLÍTICA DOS AFETOS

*FOR A FEMINIST DEMOCRACY: BETWEEN POLITICAL THEORY AND
THE POLITICS OF AFFECT*

*Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira*¹
Universidade Federal do Rio de Janeiro

*Vanessa Oliveira Batista Berner*²
Universidade Federal do Rio de Janeiro

*Adriana Ramos Costa*³
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Resumo:

Este artigo objetiva articular pensadores do campo crítico para propor as bases conceituais e proposições pragmáticas por uma democracia feminista. Utilizou-se o método de revisão integrativa por permitir a combinação de dados da literatura empírica e teórica que foram direcionados à construção de linhas de base conceitual, revisão de teorias feministas e apresentação de propostas de incidência emancipatória. Inicialmente, serão demonstradas as convergências entre referenciais teóricos filiados a escolas diferentes, mas dentro do campo crítico, estabelecendo diálogos possíveis entre eles. Na sequência, no marco dos estudos de(s)coloniais, será situada a noção de ferida colonial, que tem se atualizado, enquanto permanência autoritária, nos Estados de (não) Direito da América Latina, com impactos sobre suas democracias. Estabelecidos os alicerces da investigação, será estudado a categoria de democracia feminista, em seu duplo aspecto de teoria política e de política dos afetos para sugerir uma práxis por intermédio de *proposições antagônicas antipatriarcalistas*. O estudo conclui que a democracia feminista pode despotencializar resquícios autoritários, produzir incidências antipatriarcalistas e viabilizar novos caminhos, ainda não trilhados, para a emancipação humana.

Palavras-chave:

Democracia feminista. Feminismos. Teoria política. Pensamento crítico. Proposições antagônicas antipatriarcalistas.

Abstract:

This article aims to bring together critical thinkers to propose the conceptual foundations and pragmatic propositions for a feminist democracy. The integrative review method was used, allowing the combination of empirical and theoretical literature data directed towards constructing conceptual baselines, reviewing feminist theories, and presenting proposals for emancipatory actions. Initially, the convergences between theoretical

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro com estágio doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. É pesquisadora vinculada ao Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH/UFRJ) e ao Grupo de Pesquisa Teoria Crítica dos Direitos Humanos (CNPQ). É defensora pública do Estado do Rio de Janeiro e membra fundadora do Fórum Justiça e da ColetivA Mulheres Defensoras Públicas.

² Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ (LADIH/UFRJ).

³ Doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico Internacionais pela Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal. Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos na Faculdade do Ibmecc Rio de Janeiro desde 2003. Pesquisadora vinculada ao Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH/UFRJ) e ao Grupo de Pesquisa Teoria Crítica dos Direitos Humanos (CNPQ).

frameworks from different schools within the critical field will be demonstrated, establishing possible dialogues between them. Following this, within the framework of decolonial studies, the notion of the colonial wound will be situated, which has been updated as an authoritarian remnant in the (non) rule of law states in Latin America, impacting their democracies. Having established the investigation's foundations, the category of feminist democracy will be studied in its dual aspect of political theory and the politics of affect to suggest praxis through antagonistic anti-patriarchal propositions. The study concludes that feminist democracy can deconstruct authoritarian remnants, produce anti-patriarchal impacts, and enable new, uncharted paths for human emancipation.

Keywords:

Feminist democracy. Feminisms. Political theory. Critical thought. Antagonistic anti-patriarchal propositions.

1 INTRODUÇÃO

A produção científica no campo crítico nos impeliu à realização, de maneira consciente, da opção por escrever em primeira pessoa. Esta modalidade de escrita faz um questionamento epistemológico do fazer científico, na medida em que, ao apostar no sujeito situado, afasta a possibilidade da neutralidade na construção do saber. De acordo com as teorias críticas, a construção de conhecimento tem um viés androcêntrico, de modo que os feminismos aportam uma possibilidade de construção de um novo saber e novos modos de fazer em contraposição à invisibilização de vozes femininas, pretas, indígenas, do sul global e periféricas.⁴

Ao assumirmos a crítica da colonialidade como paradigma de análise, localizamos nosso estudo no plano do resgate das estruturas forjadas à época do colonialismo e que continuam a se atualizar nas estruturas de opressão inventadas e/ou aprofundadas pela modernidade, por intermédio do arsenal jurídico funcionalizado no racismo-classismo-patriarcalismo⁵, enquanto estratégia da nova ordem global, estabelecida entre Europa e o resto do mundo. O campo jurídico foi fundamental para a modernidade e o projeto político-econômico-social do colonialismo, assim como para as permanências autoritárias da colonialidade.

⁴ Neste mesmo sentido, Facio afirma que a análise da linguagem enquanto instrumento de poder deve ser considerada, pois o poder não é uma abstração, mas uma realidade que se manifesta nos 'minidramas' que se levam a cabo nos órgãos de Estado e nas situações cotidianas. Assim, por intermédio da linguagem, o poder se exercita ou se questiona, "o discurso não é apenas uma forma de falar sobre o tema, mas a forma como se pensa e se atua sobre esse tema" (FACIO, 1999, p. 33, traduzimos). Como "pesquisadoras encarnadas", categoria analítica e metodológica desenvolvida pelo Grupo Enlace (MESSEDER, 2018, p. 123), apostamos na construção dos saberes que consideram os marcadores sociais e as vivências que forjam sujeitos parciais. Neste sentido, o pensamento contra hegemônico pressupõe a necessidade de privilegiar as especificidades dos sujeitos oprimidos e, como já defendido por Patricia Hill Collins (2019, p. 207), a linguagem faz parte desse processo, afinal, "assumir a linguagem do discurso dominante, mesmo usando a linguagem do conhecimento objetificado para criticar seus termos, une o intelectual às relações de dominação apoiadas pelo conhecimento objetificado" (COLLINS, 2019, p. 431). Nosso objetivo é assumir a escrita em primeira pessoa, enquanto compromisso ético acadêmico que abre possibilidades de acordar "os da casa grande".

⁵ Neste texto utilizaremos de modo indiscriminado as expressões patriarcado e patriarcalismo, porque manejaamos autoras e autores que as utilizam com um sentido único. Todavia, faz-se importante registrar que vislumbramos diferentes acepções para os termos (BERNER, 2017).

Se o direito forjou, por uma declarada neutralidade, a universalidade de direitos para um sujeito abstrato, identificado com atributos racializados brancos, gendricado masculinamente e integrante de uma classe social proprietária, compreendemos que esse arsenal foi reunido para a manutenção das hierarquias sociais. Hierarquias estas, que se alimentam de e retroalimentam o patriarcalismo, o racismo e o capitalismo.

É nesse contexto de violências e silenciamentos que se insere o desafio de produzir pensamento crítico, comprometido em propor novas possibilidades, diversas dos modelos tradicionais, a partir da incorporação dos debates feministas sobre a democracia e sobre os direitos humanos.

Nossa proposta de(s)colonial se constrói na repactuação política por uma democracia feminista, porque nos mobiliza articular os feminismos enquanto lente epistêmica. Reconhecemos os limites do instrumental jurídico, contudo, insistimos na pergunta: como incrementar as possibilidades ou as potencialidades [no sentido de Spinoza (2009)] de mobilizar o campo do direito para instrumentalização de “lutas por dignidade” (HERRERA FLORES, 2009)?

Em outras palavras: como seria possível pensar na reestruturação dos estados da América Latina? Como articular estratégias democráticas feministas-antirracistas-anticapitalistas e produzir diálogo entre teoria e práxis, no sentido de decodificar os elementos e as bases conceituais que compõe uma democracia feminista?

No sentido de enfrentar essa problemática, o artigo objetiva articular pensadores do campo crítico: decoloniais, descoloniais, pós-coloniais e teóricos críticos para propor as bases conceituais e propostas pragmáticas de uma democracia feminista com o duplo aspecto de teoria política e política dos afetos.

Inicialmente, demonstraremos linhas de convergência entre referenciais teóricos filiados a escolas diferentes, que mobilizamos em diálogo porque se inserem dentro de um mesmo campo crítico. No tópico posterior, ainda acompanhadas dos estudos de(s)coloniais, situaremos a noção de ferida colonial que tem se atualizado, enquanto permanência autoritária, nos Estados de (não) Direito da América Latina, com impactos sobre suas democracias, demonstrando a necessidade de refletir e propor um caminho alternativo a ser construído teoricamente e aplicado concretamente.

Na sequência será estudada a categoria de democracia feminista, em seu duplo aspecto, com o apoio de teóricas feministas pós-coloniais e de(s)coloniais, para sugerir uma práxis por intermédio de *proposições antagônicas antipatriarcais*.

2 DO RERENCIAL TEÓRICO E DA DE(S)COLONIALIDADE

Walter D. Mignolo (2014) assevera que o pensamento descolonial acarreta a confiança que outros mundos são possíveis, pois “é constituído pelo pensamento de diversas formas semióticas, paralelas e complementares aos movimentos sociais que se movem nas bordas e nas margens da política (Estado, partidos) e econômica (exploração, acumulação, opressão)” (MIGNOLO, 2014, p. 9)

Já Walsh (2013), inicialmente reconhece que a literatura relacionada à discussão sobre colonialidade do poder faz referências tanto às terminologias descolonialidade e descolonial, como também à decolonialidade e decolonial de maneira indistinta (inclusive no próprio livro). Entretanto, defende a opção de suprimir o “s” pelo fato da terminologia decolonial denotar um caminho de luta contínua para “tornar visível e incentivar “lugares” de exterioridade e construções alter(n)ativas” (WALSH, 2013, 24-25, tradução livre).

Nessa perspectiva, partimos da compreensão de que o termo de(s)colonial convoca todo campo crítico, por intermédio de autoras e autores decoloniais/descoloniais e pós coloniais, assim como as pensadoras e pensadores críticos, irmanados em torno da proposta de virada epistemológica que “procura desafiar e derrubar as estruturas sociais, políticas e epistêmicas da colonialidade – estruturas até agora permanentes – que mantêm padrões de poder enraizados na racialização, no conhecimento eurocêntrico e na inferiorização de alguns seres como menos humanos.” (WALSH, 2009, p. 24).

A virada pós-colonial, de acordo com Miglievich-Ribeiro, “concentra-se em explicitar a “missão civilizatória” como a pior das barbáries, que desumanizou dois terços da população mundial, moldando a desigual divisão internacional do trabalho e das riquezas”, subvertendo “as teorias consagradas de uma modernidade pseudo-monolítica” (MIGLIEVICH-RIBEIRO, 2020, 78).

Neste contexto, justifica-se o entrelaçamento de autoras e autores referenciados em diferentes escolas que são reunidos na proposta de desconstruir a narrativa hegemônica da modernidade para pensar sobre possibilidades de construção de um outro pacto civilizatório, forjado a partir da ruptura com o projeto eurocêntrico de modernidade e de sua fundamentação na exploração e na escravização das margens por intermédio da hierarquização de corpos e saberes. Com a lente de(s)colonial, passemos a investigar o processo de constituição histórica da América.

3 AMÉRICA LATINA, FERIDA COLONIAL E ESTADO DE (NÃO) DIREITO

Walter Mignolo (2005) afirma que nós, latino-americana(o)s, somos fruto da ferida colonial e, por isso, as nossas democracias nascem machistas, racistas e classistas. Quijano (2005) explicita que não foi a Europa quem descobriu a América. Mas que após chegar em nossas terras é que a Europa se constituiu “como nova id-entidade depois da América” e expandiu o colonialismo europeu ao resto do mundo, a partir da “elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus” (QUIJANO, 2005, p. 118).

Quanto à elaboração teórica da ideia de raça, o autor sublinha que ela é uma “construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial” (QUIJANO, 2005, p. 118). Nesse sentido, a modernidade estabeleceu o binarismo reducionista enquanto projeto político tridimensional que definiu quem deveria *ser* entendido como racional, evoluído e superior, se contrapondo aos não europeus, considerados míticos, mágicos, primitivos, irracionais e não científicos (QUIJANO, 2005, p. 129), preocupando-se em sustentar teórica e cientificamente um *saber* eurocentrado para garantir a centralidade do *poder* na Europa e o domínio sobre a periferia do sistema na América (e África).

Assim, a colonialidade, em sua tridimensionalidade (do poder, do ser e do saber), hierarquizou corpos, saberes e vivências, subalternizando as outras culturas e os outros modos de fazer e de ser, diferentes dos padrões estabelecidos pelo homem branco europeu⁶, aquele que fora considerado o ponto zero.

Para Castro-Gómez (2005, p. 18), a *hybris* do ponto zero é o imaginário segundo o qual um observador do mundo social pode se colocar em uma plataforma neutra de observação que, por sua vez, não pode ser observada por ninguém. O hipotético observador seria capaz de adotar um olhar soberano sobre o mundo, cujo poder radicaria precisamente em não ser observado e nem representado.

Neste mesmo sentido, Grosfoguel (2007, p. 202) afirma que o mito de um sujeito autocentrado, “sem localização espaço-temporal nas/das relações de poder mundial inaugura o mito epistemológico da modernidade eurocentrada de um sujeito que tem acesso a verdade universal, para além do tempo e espaço, por meio de um monólogo” (livre tradução). A contribuição mais permanente do cartesianismo europeu, continua o autor, “é a filosofia sem

⁶ Registramos que Thula Pires (2020) agrega a este sujeito outros predicados, sendo certo que também é cis/hétero, proprietário, cristão, maduro (nem jovem, nem idoso) e sem deficiência, representativo do pleno, autônomo e centrado.

face, do ponto zero, que será assumido pelas ciências humanas a partir do século XIX como epistemologia da neutralidade axiológica e da objetividade empírica do sujeito produtor do conhecimento científico” (GROSFUGUEL, 2008, p. 203, livre tradução).

O diálogo sobre a modernidade (e sua lógica dual) de Grosfoguel com o pensamento de Descartes, nos permite identificar que a tripla dimensão da colonialidade se esparrama pelo campo do direito para produzir a noção abstrata de sujeito universal. Ocorre que o indivíduo abstrato, “sobre o qual a ordem da legalidade se constitui, é da ordem da branquitude como uma racialidade não-nomeada”, como evidencia Thula Pires (2020, p. 71), ao formular sua crítica amefricana ao colonialismo jurídico.

Corpos brancos, paisagens brancas e saberes brancos são o retrato do cartesianismo identificado por Grosfoguel e cujas permanências autoritárias, por exemplo, no Estado brasileiro, podem ser identificadas nos estudos de Maria Aparecida Bento (2002) sobre branquitude e branqueamento, os quais explicitam os mecanismos de funcionalização do racismo em solo pátrio. O “pacto narcísico da branquitude”, na construção da autora, é uma espécie “acordo tácito entre os brancos de não se reconhecerem como parte absolutamente essencial na permanência das desigualdades raciais no Brasil” (BENTO, 2002, p. 02).

Racismo e branquitude são como dois lados de uma mesma moeda. Reconhecer a existência de um grupo subalternizado implica no reconhecimento da subjugação produzida estruturalmente pelo grupo privilegiado, o que se dá por intermédio das estratégias de branqueamento, retratadas na obra de Modesto Brocos, intitulada *A Redenção de Cam* (1865)⁷ e que evidenciam a propaganda miscigenação como difusor de uma democracia racial.

Sobre o tema, Lélia Gonzalez (1988, p. 73) alerta sobre a sofisticação do racismo latino-americano, que se vale da ideologia do branqueamento para manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas. Essa forma ideológica eficaz, veiculada pelos meios de comunicação de massa e pelos aparelhos ideológicos tradicionais, reproduz e perpetua a crença de que as classificações e os valores do Ocidente branco são os únicos verdadeiros e universais. Uma vez estabelecido, o mito da superioridade branca demonstra sua eficácia pelos efeitos de estilhaçamento, de fragmentação da identidade racial que ele produz: o desejo de embranquecer (de “limpar o sangue”, como se diz no Brasil) é internalizado, com simultânea negação da própria raça, da própria cultura. Portanto, uma associação livre e igualitária de todos os estoques raciais é o que se contrapõe à hegemonia da “raça branca”.

⁷ A fotografia da obra pode ser visualizada no sítio eletrônico da Enciclopédia Itaú Cultural. Disponível em: <https://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra3281/a-redencao-de-cam>. Acesso em: 30 ago. 2023.

Assim, voltemos a Cida Bento, porque “compreender o branqueamento *versus* perda de identidade é fundamental para o avanço na luta por uma sociedade mais igualitária” (BENTO, 2002, p. 27). A autora ainda afirma que é necessário, nesta pesquisa, também abarcar “a relação negro e branco, herdeiros beneficiários ou herdeiros expropriados de um mesmo processo histórico, partícipes de um mesmo cotidiano onde os direitos de uns são violados permanentemente pelo outro” (BENTO, 2002, p. 27).

Os herdeiros expropriados correspondem, na atualidade, às pessoas que são alvo de violações interdependentes de direitos humanos (CIDH, 2021), reconhecidas formalmente no bojo do Relatório sobre a Situação de Direitos Humanos no Brasil, porque o ciclo de violência racial começa arraigado nos padrões culturais de inferiorização e subjugação étnico-racial disseminados na sociedade brasileira, o que “faz com que os processos de exclusão e discriminação socioeconômicos também afetem os direitos à integridade e à vida de grande parte dessas pessoas” (CIDH, 2021, p. 21).

Ocorre que o processo sócio histórico iniciado à época das Grandes Navegações, justificou e produziu a escravidão do povo preto, o genocídio indígena, a exclusão das mulheres da arena pública e permanece silenciando, oprimindo e violentando todos os filhos da ferida colonial, porque se mantêm (e se retroalimenta) da colonialidade do ser, do poder e do saber, erguendo-se, de modo imbricado, sob as estruturas de opressão de raça, gênero, classe e sexualidade (OCHY CURIEL, 2007; 2013).

Tratando desse imbricamento, em perspectiva de(s)colonial, Rita Segato (2016, p. 17) ressalta sua convicção de que a estrutura patriarcal “é a estrutura política mais arcaica e permanente da humanidade”. A autora resgata que essa estrutura, essencialmente machista, racista e classista, que moldou e configurou as posições de poder e prestígio na era colonial moderna, continua se atualizando, de modo que a expressão “patriarcal-colonial-modernidade” descreve a apropriação do patriarcado sobre o corpo das mulheres como sua primeira colônia, antes mesmo da conquista. O gênero reflete a configuração histórica elementar do poder e, portanto, de toda violência, sendo o desmonte dessa estrutura a nossa única chance de reorientar eticamente a história.

A partir desse debate, em perspectiva de(s)colonial e feminista, reconhecemos que o direito tem sido utilizado como instrumento para a perpetuação das estruturas de opressão identificadas. Thula Pires (2020, p. 71) assevera que “o direito, enquanto mecanismo de controle social e de manutenção das elites, tem mobilizado uma série de dispositivos que marcam a perpetuação do empreendimento colonial-escravista no Brasil”.

A autora, buscando formular uma crítica ao colonialismo jurídico, mobiliza a categoria político-cultura de amefricanidade de Lélia Gonzáles (1988) e a noção de zona do ser e do não ser apresentadas por Frantz Fanon (2008) ao tratar da sociogênese do racismo, em *Pele Negra, Máscaras Brancas*. Gonzáles estudou Fanon e o articulou em seus textos que tratam do sexismo e do racismo na cultura brasileira. Partindo desse estudo, Pires avança ao utilizar o diálogo desses autores como lente epistêmica para pensar o campo jurídico. Mais especialmente, para reconhecer que é o direito o instrumento que justifica e fundamenta os limites entre a “zona do ser” (zona do humano) e a “zona do não ser” (zona do não-humano), propondo, desde a *amefricanidade*, uma repactuação político-epistêmica do direito. Em suas palavras,

a experiência *amefricana* oportuniza que se pense a violência a partir dos impactos desproporcionais dos processos de desumanização sobre a zona do não-ser, e não a partir dos processos de desestabilização da normalidade hegemonicamente enunciada e que mantém a liberdade como atributo exclusivo da zona do ser (PIRES, 2020, p. 73).

Enquanto a possibilidade de exercício de direitos é preferencialmente garantida àqueles que vivem na zona do ser, os que vivem na zona do não ser têm imensas dificuldades de exercer com plenitude os direitos previstos no ordenamento jurídico⁸, constituindo o conjunto mais vulnerável da sociedade. Entretanto, são sistematicamente cobrados de seus deveres, operando-se o fenômeno da cidadania invertida, isto é, seu passaporte para a cidadania costuma ser um registro criminal, formando o grupo dos “excluídos para baixo”, na lição de Borges e Cunha (2011), ao lado dos “excluídos para cima”, que exercem seus direitos sem obstáculos, mas raramente são cobrados de seus deveres.

Os autores entendem que o fenômeno da exclusão reflete na (não) vigência do Estado de Direito. Normalmente, “quando se pensa nos limites do estado de direito, imagina-se a situação dos menos favorecidos” (BORGES; CUNHA, 2011, p. 217), de modo que a exclusão do império da lei de uma classe social (exclusão quanto à cobrança de deveres), é tão grave quanto a exclusão da garantia de direitos. Em outras palavras: ou o estado de direito é para todos ou será mero arremedo.

Nesse ponto, as referências mobilizadas consubstanciam a premissa de que os estados de direito dos países latino-americanos não buscam a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade, ou seja, de todos os corpos que trazem consigo a marca da colonialidade:

⁸ Aqui a alusão é ao conceito veiculado no documento internacional “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade” (2008), atualizadas (2018). Sobre esse conceito, <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

pretos, pobres, mulheres, pessoas com deficiência, crianças e idosos, não cristãos. De acordo com Helio Gallardo, os Estados na América Latina não se configuraram como Estados de Direito, “mas como maquinarias patrimoniais, rentistas e clientelistas. Esta fragilidade constitutiva impede que se reconheçam e constituam direitos humanos” (GALLARDO, 2010, p. 63, livre tradução).

Em se reconhecendo que a democracia é indispensável para o exercício efetivo dos direitos humanos, assertiva consagrada, por exemplo, na Carta Democrática da Organização dos Estados Americanos (2001, art. 7º), há de se observar o paradoxo entre discurso e prática dos estados de (não) direito latino-americanos. Assumem compromissos internacionais de promoção e proteção de direitos humanos, mas se valem do instrumental jurídico para reforçar e formatar a estrutura patriarcalista, classista e racista, que nasce seletiva e assim se perpetua pelos meandros das relações de poder, especialmente sustentada pelo sistema de justiça, decorrência do modelo neoliberal, de histórico caráter patrimonialista.

Berner e Gándara Carballido (2016, p. 149), em análise sobre democracia e poder judiciário no Brasil, identificam que o poder continua sendo exercido pelas oligarquias herdadas do colonialismo, porque em total sintonia com os interesses do capitalismo no mundo contemporâneo. Esses fatores (re)produzem a exclusão estudada por Borges e Cunha (2011) e se refletem nas democracias latino-americanas.

É nesse contexto de violências e silenciamentos que se insere o desafio de produzir pensamento crítico, comprometido em propor novas possibilidades, diversas dos modelos tradicionais, a partir da incorporação dos debates feministas sobre a democracia e sobre os direitos humanos. Como assevera Mouffe (2005), é necessário que haja uma revolução democrática capaz de ligar as várias lutas pela democracia, articulando o antirracismo, o antissexismo e o anticapitalismo.

Em outras palavras, as necessidades dos diferentes grupos, segundo o princípio da equivalência democrática, se articulam enquanto processos de luta por dignidade (HERRERA FLORES, 2005, 2009). E essa luta política, como argumenta Vanessa Berner (2019, p. 344), é feminista, pois “[s]e queremos mudanças estruturais neste sistema opressor, é necessário que nós, mulheres, levemos a cabo tarefas difíceis, como descolonizar as estruturas políticas e econômicas em que todas e todos estamos inseridos”.

4 DEMOCRACIA FEMINISTA E SEU DUPLO ASPECTO DE TEORIA POLÍTICA E DE POLÍTICA DOS AFETOS

Ao assumirmos a crítica da colonialidade como paradigma de análise, nossa proposta de(s)colonial se dá no plano da repactuação político epistêmica por uma democracia feminista, razão pela qual compreendemos que suas bases conceituais se inscrevem em duplo aspecto (de teoria política e de política dos afetos), para pensarmos em proposições antagônicas ao patriarcalismo-classismo-racismo capaz de promoverem os direitos humanos sem discriminação.

A realidade das mulheres, adolescentes e meninas na América Latina aponta para a necessidade urgente de se eliminar os fatores estruturais de discriminação em virtude de raça, gênero e classe na região. Em informe publicado em novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2019) aponta as formas predominantes de violência e discriminação, elencando as mortes violentas em razão de gênero (feminicídio), os desaparecimentos forçados, a violência sexual e a violência obstétrica.

As boas práticas indicadas pela CIDH (2019) para abordar essa violência e discriminação englobam a legislação relativa ao assédio sexual e à formação com perspectiva de gênero; o acesso à justiça, as decisões judiciais relativas a estereótipos e padrões socioculturais discriminatórios; a existência de protocolos de investigação específicos para a violência de gênero; reparações para mulheres vítimas de violência sexual; leis e decisões judiciais que tragam um enfoque interseccional em casos de violência contra as mulheres. Em que pese alguns países latino-americanos seguirem essas boas práticas, a Comissão destaca a imprescindibilidade de se adotar, na região, esforços coordenados e multifacetados em nível nacional e local que garantam a execução de iniciativas para a promoção da igualdade de gênero e a eliminação das discriminações.

Em outras palavras, a CIDH (2019) destaca a necessidade de participação política e democrática das mulheres nas tomadas de decisão, inserção na esfera pública como forma de efetivar e assegurar direitos em países com profundas desigualdades e farta discriminação de raça, gênero e classe. Daqui exsurge a demanda por construir um modelo de democracia que contemple aquelas e aqueles que não se encaixam no padrão de humanidade determinado pelo colonizador.

Para lançar alguns alicerces conceituais de democracia feminista, trabalharemos em duas etapas. Na primeira, estudaremos os feminismos enquanto uma teoria política e, na sequência, trataremos da política dos afetos, para explorar as possibilidades de reestruturação das instituições e de combate às assimetrias que atravessam os corpos daquelas e daqueles que habitam a zona do não ser, de modo articulado entre os planos micro e macro político.

4.1 Democracia feminista enquanto teoria política

No terreno dos estudos sobre teoria política, ao lado do liberalismo e do socialismo, insere-se o feminismo⁹. Alicia Miyares (2003) abre as reflexões sobre uma democracia feminista a partir do reconhecimento de que nem o liberalismo nem o socialismo produziram/produzem democracias que satisfaçam as exigências e expectativas das mulheres. Por outro lado, assevera que “o feminismo, ao ser uma teoria política, oferece um novo modelo de democracia, a democracia feminista, que supera as limitações do liberalismo e do socialismo” (MIYARES, 2003, p. 11).

Observe-se que as teorias políticas não só descrevem os modelos de Estado e enumeram formas de governança. Elas são também teorias da história e, nessa medida, condicionam seu relato. Tanto o liberalismo quanto o marxismo (ou socialismo) são excludentes de parte da humanidade. O feminismo, ao contrário, é inclusivo. Por isso, Miyares (2003, p. 167-168) assevera que esse, enquanto teoria política, modifica fundamentalmente o relato da história e visibiliza a “consciência de sexo”, capaz de incorporar as mulheres como sujeitos ativos da história, rechaçando qualquer relato que faça dos homens os únicos e exclusivos sujeitos da narrativa oficial.

Para Miyares a “consciência de sexo” é tão essencial ao feminismo como a “luta de classes” ao marxismo e a “individualidade” ao liberalismo, uma vez que permite explicar a desigualdade tanto em termos distributivos, como também de reconhecimento.¹⁰ É categoria que parte do individualismo, porque o sexo constitui traço diferenciador entre mulheres e homens, mas permite explicar a desigualdade em termos distributivos e de reconhecimento, porque dissolve a variável “sexo” como natural. Dessa forma, “opera em distintos níveis de realidade procedendo ao reconhecimento tanto da individualidade como da igualdade” (MIYARES, 2003, p. 171, livre tradução).

Catherine A. MacKinnon (1989, p. 155) anuncia que “o feminismo é a primeira teoria que emerge daqueles cujos interesses afirma”. Segundo a autora, o método feminista é a criação da consciência, pois traduz em termos teóricos a realidade que procura compreender,

⁹ Utilizamos feminismo, no singular, da mesma forma que Miyares (2003), sem, contudo, deixar de considerar que há diversas correntes de feminismos e que todas guardam – em comum – a essência de teoria política e lutam pelo fim do patriarcado/patriarcalismo. Em sentido próximo, Alda Facio (1999) também escolhe o singular. Chama de Feminismo com “F” maiúsculo a todas as ideias e posturas do liberalismo, da esquerda, dos movimentos antiescravistas, anticoloniais, ecologistas, dos Direitos Humanos, etc.

¹⁰ Podemos estabelecer um diálogo entre Miyares e Nancy Fraser (2015), que, por sua vez, propõe uma teoria da justiça tridimensional, composta por: uma dimensão política (representação), uma dimensão econômica (distribuição) e uma dimensão cultural (reconhecimento).

postulando, como a teoria marxista, por uma relação distinta entre o pensamento e a coisa. O feminismo, ao criar a consciência, em uma combinação entre o pensamento e a realidade social, abarca o gênero em seu sentido mais amplo. Nesse prisma, a consciência das mulheres deve ser compreendida não como pensamento individual ou objetivo, mas como ser social e coletivo. A autora adverte que o reconhecimento de que “o pessoal é político” deriva desse processo de conscientização, no qual está implícito o “método do feminismo de conhecer o mundo em suas ramificações epistemológicas e políticas” (MACKINNON, 1989, p. 172-173).

Magdalena Valdivieso (2012, p. 20) reforça o papel da teoria feminista como teoria política, definindo-a como “o conjunto de ideias tecidas em torno à crítica dos valores e das dinâmicas patriarcais sobre as quais se estruturam os estados e as sociedades mundiais, a partir de ideias originadas no século XVIII.” Reconhece as origens do feminismo a partir de uma matriz de conhecimento euro/etnocêntrica, mas considera que, por seu surgimento estar intrinsecamente relacionado com uma proposta de denúncia e questionamento, é possível entendê-lo numa perspectiva filosófica, epistêmica e política extremamente crítica quanto aos paradigmas e práticas sociais e culturais ocidentais, posto que se elabora de baixo para cima, como uma forma de resistência

O movimento feminista latino-americano esteve mobilizado, desde o século XX¹¹, tanto sobre os conflitos e problemas das mulheres no âmbito privado, quanto pelas causas da opressão no sistema patriarcal, inclusive questionando o feminismo hegemônico ocidental produzido por mulheres brancas, urbanas e burguesas que, ao construir uma pretensa universalidade da categoria gênero, não reconheceu que suas práticas reproduziam os mesmos problemas que criticavam (MONTANARO MENA, 2016, p. 336).

Neste sentido, Vargas Valente (2005, p. 2) adverte que os movimentos feministas da segunda onda foram possivelmente o fenômeno subversivo mais significativo do século XX, devido ao seu profundo questionamento dos pensamentos únicos e hegemônicos sobre as relações humana, os contextos sociopolíticos, econômicos, culturais e sexuais e, neste cenário, os feminismos latino-americanos têm sido parte ativa e fundamental deste processo, se concretizando por “um amplo e heterogêneo movimento popular de mulheres, expressando as diferentes maneiras pelas quais as mulheres começaram a compreender, conectar-se e agir sobre a sua situação de subordinação e exclusão”.

¹¹ Em que pese a primeira onda do movimento feminista ter surgido no século XIX, foi no século XX que as mulheres latino-americanas, de maneira orgânica e estruturada, mobilizaram, de forma articulada, incidência e questionamentos com a finalidade de subverter os pensamentos hegemônicos produzidos pela modernidade.

A diversidade dos feminismos na região se deve às distintas situações de subordinação, opressão e exploração das mulheres, mas prepondera uma convergência na luta contra as diversas manifestações políticas, sociais, culturais, econômicas, científicas do patriarcado. Assim, ainda que a região tenha sensíveis diferenças culturais e econômicas entre os países, as mulheres apresentaram demandas e consolidaram importantes conquistas durante os momentos de redemocratização dos países latino-americanos, articuladas e comprometidas com a construção de estratégias compartilhadas, no âmbito de uma agenda comum, construindo pontes e políticas de aliança.

Essa força nos planos teórico e prático pontuam as diferentes visões sobre a situação das mulheres, originando vertentes do feminismo cujas denominações servem para destacar a diversidade de reivindicações, objetivos, procedências políticas e teóricas das mulheres no movimento: o feminismo liberal, o feminismo radical e o feminismo socialista (MUÑOZ; PEDREIRA; ÁLVAREZ, 2008). Na teoria política, cada um dos modelos de Estado aborda, de modo particular e diverso, categorias como “justiça”, “liberdade”, “igualdade”, “instituições”, “bem comum”. Da análise das diferenças e aproximações dessas categorias compreendem-se os limites das democracias liberais e das socialistas nas sociedades contemporâneas.

A democracia feminista não antagoniza liberdade e igualdade. Ao contrário, assevera Miyares (2003, p. 11-12): ela “toma o sentido de cidadania tanto da tradição liberal como da tradição igualitária” e se propõe a repensar o modo em que ainda hoje as mulheres (e os homens) vivem nas sociedades democráticas.

Para dialogar com a ideia de Miyares sobre a ausência de antagonismo entre liberdade e igualdade, trazemos Mouffe⁽²⁰⁰⁵⁾. Esta autora propõe um modelo agonístico (e não antagonista) de democracia, cuja finalidade está longe de ser a pacificação social, que, por sua vez, sempre seria uma estabilização de poder a acarretar alguma forma de exclusão. Ela desconstrói a noção moderna de contrato social, capta o pluralismo do fluxo social (“pluralismo agonístico”) e salienta o sentido de processo para a vida, que deve impregnar o incessante construir democrático, agonístico, isto é, inexoravelmente conflituoso e pulsante. Se aceitarmos que “as relações de poder são constitutivas do social, então a questão principal para a política democrática não é eliminar o poder, mas como construir formas de poder mais compatíveis com os valores democráticos” (MOUFFE, 2005, p. 19).

Para Chantal Mouffe, o “outro” não pode ser visto como um inimigo a ser destruído, mas como um “adversário”, ou seja, uma pessoa que tem o direito de ter ideias distintas das nossas, de pensar diferente, em que pese a necessidade da adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia, porque “a tarefa primária da política democrática não é eliminar

as paixões nem relegá-las à esfera privada para tornar possível o consenso racional” (MOUFFE, 2005, p. 16) e conclui que a confrontação agonística é a condição de existência da democracia.

O pluralismo agonístico consiste, portanto, em apostar no hibridismo que nos forma como identidades separadas, conscientes do fato de que a diferença é a condição da possibilidade de constituir a unidade e a totalidade. Assim, a aceitação do outro não consiste em apenas tolerar a diferença, mas celebrá-la, porque admite que sem o outro nenhuma identidade poderia se afirmar. O pluralismo consiste na possibilidade de uma vida democrática a ser conquistada, com o afastamento dos essencialismos dos discursos feministas para nos aproximarmos da defesa das “metas e objetivos feministas no contexto de uma articulação mais vasta de exigências” (MOUFFE, 1996, p. 118) que devem ter como finalidade a transformação de todos os discursos, práticas e relações sociais que subordinem a mulher em sua pluralidade de vivências.

Magdalena Valdivieso⁽²⁰¹²⁾ corrobora esta estratégia ao analisar o papel dos movimentos feministas no debate sobre cidadania e democracia na América Latina, nas transições de regimes autoritários, frisando que as mulheres pressionaram as estruturas dominantes para alcançar seu reconhecimento como sujeitas de direito, tendo impactado, com suas ações, nas mudanças da dinâmica e estrutura do poder, nos “assuntos públicos”, nos desenhos institucionais e, especialmente, nos conteúdos e significados de “democracia” no subcontinente. É com essa perspectiva que articulamos as contribuições dos feminismos para pensar a democracia.

Retomando Alicia Miyares⁽²⁰⁰³⁾, que escreve especificamente sobre democracia feminista, entendemos que suas reflexões dialogam com Mouffe, porque não *antagonizam* liberdade e igualdade. No mesmo timbre, encontram ressonância no conceito de “sororidade” cunhado por Marcela Lagarde y de los Rios (2009) a partir de uma “epistemologia política feminista”, na qual os princípios modernos de igualdade, liberdade e fraternidade são transformados em “igualdade na diferença, liberdade e solidariedade” e são uma “dimensão ética, política e prática do feminismo contemporâneo”.

Sororidade foi definida como uma experiência entre mulheres que conduz a uma aliança existencial e política “para contribuir com ações específicas à eliminação social de todas as formas de opressão e ao apoio mútuo para lograr o poder genérico e empoderamento vital de cada mulher” (LAGARDE Y DE LOS RIOS, 2009, p. 126, livre tradução). Parte do reconhecimento de que a cultura tradicional na qual fomos subjetivamente produzidas não inclui habilidades, conhecimentos nem destrezas para pautar a agenda (ou pactuar), as mulheres têm a necessidade de construir aliança entre si a partir de uma “posição política de gênero”.

Nesse sentido, “a sororidade emerge como alternativa à política que impede as mulheres de identificação positiva de gênero, de reconhecimento, de agregação em sintonia e de aliança” (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2009, p. 125, livre tradução).

Reforçando a potência dos afetos para o feminismo, em outra obra, Marcela (2015), estuda o amor e enfatiza que a solidariedade entre as mulheres não convém ao patriarcado, tendo sido as feministas que colocaram como um problema crucial o enfrentamento do desafeto, da discórdia feminina. Ela propõe, então, uma nova ética entre as mulheres, eliminando a competição, decidindo por uma cultura inovadora na convivência a partir da ação, do costume e do compromisso de não praticar a misoginia. Não se trata de uma proposta singela. Exige a ruptura com a lógica patriarcal em nossas vidas, sobre a qual discorre a Karol (2007, p. 81), para alertar que a ruptura “pode produzir um sentimento de grande liberdade; mas no caminho há perdas dolorosas, momento de muita incerteza, ansiedade e, inclusive, solidão”.

Entretanto, também há violências não registradas pela branquitude (BENTO, 2002). As feministas não interseccionais podem reproduzir esses silenciamentos e perpetuar as violências da colonialidade se não estiverem nas trincheiras antirracistas ou desconsiderarem que as dores das mulheres pretas são de outra ordem porque, em razão do racismo estrutural, são consideradas não humanas, não pessoas (LUGONES, 2014). Assim sendo, é necessário pensar que a sororidade, nascida das experiências das mulheres brancas (mesmo não sendo Marcela Lagarde uma mulher europeia) não é suficiente para dar conta da nossa realidade latino-americana.

Nesse contexto, Vilma Piedade (2017) busca oferecer novos termos e pressupostos para o enfrentamento de violências herdadas da colonialidade que marca ausências, produz silêncio histórico, o não-lugar, a invisibilidade do “não ser, sendo”. Ela forja o conceito de “dororidade” em complementaridade ao de “sororidade”. A experiência compartilhada por todas as mulheres é a experiência da dor. Da dor é que surge a fraternidade. Mas, a dor das mulheres pretas ainda é reforçada pelo racismo, de modo que o conceito de sororidade não dá conta, sozinho, da realidade das mulheres pretas. Segundo Vilma Piedade, “um conceito parece precisar do outro. Um contém o outro. Assim como o barulho contém o silêncio. Dororidade, pois, contém as sombras, o vazio, a ausência, a fala silenciada, a dor causada pelo Racismo. E essa Dor é Preta” (PIEADADE, 2017, p. 16). Dessa forma, se reposiciona o ponto de partida para a construção de uma democracia real, de matriz epistêmica feminista e inclusiva, especialmente antirracista e de(s)colonial.

Portanto, compreendemos a relação indissociável entre feminismo e democracia, porque “a luta feminista não é uma questão de interesse apenas das mulheres, mas da humanidade que

se pretende livre. A luta pela emancipação das mulheres está associada à luta pela emancipação humana” (CISNE E DURIGUETTO, 2015, p. 20). No sentido de construir uma democracia feminista mais inclusiva, é no feminismo negro dialógico interseccional e imbricado que a teoria política se assenta.

4.2 Democracia feminista enquanto política dos afetos

Retomando Mouffe ⁽²⁰⁰⁵⁾, especificamente na sua proposta de redescrição dos princípios fundamentais de uma democracia que abre espaço para o conflito, a paixão e o político, enfatizamos a relação uterina que ela reconhece entre a democracia e esses elementos. Ou, dito de outro modo, não há como compreender a amplitude e profundidade do que defendemos como uma democracia feminista, sem que estejam visceralmente conectadas as dimensões de teoria política e de política dos afetos.

Se Mouffe (1943-) e Spinoza (1632-1677) pudessem conversar, ou “antagonizar”, Spinoza (2009, p. 77) diria para Mouffe que “o afeto, que se diz *pathema* [paixão] do ânimo, é uma ideia confusa”. O autor do século XVII distingue a paixão (causa inadequada de alguma afecção) de afeto/verbo (causa adequada de alguma afecção), porque compreende afeto como “as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções” (SPINOZA, 2009, p. 51). O autor segue na sua explicação para dizer que quando o afeto é a causa adequada de uma afecção, ele produz ação. Mas, por outro lado, ele é paixão, quando for causa inadequada de uma afecção. Spinoza (também influenciado pelo paradigma da modernidade) tem como referencial a perfeição, a despeito de admitir que a imperfeição pode despotencializá-la.

Já Mouffe, por outro lado, nada preocupada com a perfeição, contestaria – sem antagonizá-lo – dizendo-lhe que a democracia agonística recebe a imperfeição como sua parte constitutiva, porque é impermanência. No sentido spinozista, os afetos são relacionais entre si. São consequência de uma ação, devendo ser compreendidos como potência de agir. Por exemplo, em toda alegria há uma pitada de tristeza, vez que à medida que se participa de alguma perfeição (alegria) pode-se também entristecer. Ao trazer essa lógica para a discussão aqui articulada, temos de reconhecer germes ou resquícios autoritários nas democracias não feministas (tanto na zona do ser como na do não ser); assim como afecções democráticas nos regimes autoritários.

Por exemplo, nos estados de direito da América Latina, democráticos, no marco do conceito de democracia tradicionalmente vinculado ao sistema eleitoral, são extremamente

reduzidas as possibilidades de participação do diferente. Quando esse diferente está na zona do ser, pode-se dizer que há um *véu de democracia*, uma promessa de inclusão. Contudo, quando esse diferente está na zona do não ser, as máscaras caem e as pessoas convivem com a violência estatal explícita, porque a mão do Estado que dele se aproxima costuma ser a do aparato jurídico-penal.

Seguindo esse raciocínio, se estivermos diante de um estado no qual se instaurou um regime ditatorial, com forte repressão política, há focos de resistência democrática e processos de lutas por dignidade. Recorde-se do movimento social das Mães de Maio, na Argentina, que desde os idos da ditadura militar naquele país, lutava pelo retorno do regime democrático, reivindicando o direito à memória, à verdade e à justiça pelos seus filhos desaparecidos políticos. Enunciando exemplos brasileiros, merecem destaque o movimento social das Mães em Luta¹² e o Movimento Moleque¹³, que emergem nas comunidades periféricas das grandes cidades brasileiras e levantam bandeira contra a violência de estado que ceifou a vida de seus filhos. Observa-se que é o mesmo aparato repressivo estatal, agora, como antes, revestido de uma legalidade que exclui pretos e pobres, oprimindo, especialmente, mulheres.

A democracia feminista, profundamente agonística (no sentido mouffiano), e essencialmente promotora de direitos humanos (no sentido herreriano de processos de lutas por dignidade), é aquela que se realiza pelo que estamos denominando de política dos afetos.

Dentro da nossa proposta de democracia feminista, de respeito às diferenças e na aposta da construção de um novo modelo de governança, dialogamos com Segato (2012) e sua análise sobre a necessidade das solidariedades familiares das aldeias penetrarem na arena pública “criando redes corporativas e parentais que atravessam o espaço público, ao mesmo tempo em que quando a solidariedade comunitária influencia e inflexiona a ordem moderna, torna-a mais benéfica, aprimora-a” (SEGATO, 2012, p. 114). O papel para o Estado, neste modelo, é de “restituir aos povos seu foro interno e a trama de sua história, expropriada pelo processo colonial e pela ordem da colonial / modernidade, promovendo ao mesmo tempo, a circulação do discurso igualitário modernidade na vida comunitária” (SEGATO, 2012, p. 114-115).

O modelo que propomos não objetiva a perfeição. Ao contrário, convive com a inadequação da paixão, posto que estimula o dissenso enquanto forma de ser e estar numa democracia. Não anula a possibilidade de autoritarismos. Mas viabiliza instrumentos hábeis a

¹² Reportagem que traz a trajetória de luta do movimento pode ser conferida em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160508_maes_maio_lm_tg. Acesso em: 25 maio 2020.

¹³ A página oficial do Movimento Moleque pode ser encontrada no endereço eletrônico: <https://www.facebook.com/movimentomoleque/>. Acesso em: 25 maio 2020.

produzir o enfrentamento e despotencialização de algum autoritarismo que emerja. Portanto, por política dos afetos entendemos as práticas, as instituições, os discursos e as epistemologias produtoras de *fissuras* antipatriarcais (feministas), inscritas no campo da resistência, erguidas no desejo de despotencialização do autoritarismo, especialmente se assumir sua vertente patriarcal.

Quando Mouffe destaca que se fazem necessárias instituições democráticas, capazes de promover uma democracia agonisticamente pluralista, na qual o dissenso seja possível, é que cabe problematizar o papel que desempenham as instituições atravessadas pela colonialidade. Ela pontua que “o que realmente está em jogo na fidelidade a instituições democráticas é a constituição de um conjunto de práticas que façam possível a criação de cidadãos democráticos” (MOUFFE, 2005, p. 17) e, nesse sentido, as paixões e os afetos desempenham papel crucial na garantia desses valores.

Ocorre que as *instituições* formatadas por uma sociedade patriarcal são o resultado jurídico/político/econômico e/ou social de uma forma autoritária de entender e responder aos conflitos sociais. Por outro lado, se buscarmos em Herrera Flores (2009, p. 123) a compreensão das “instituições como espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade”; podemos deduzir que falar em novas possibilidades de prática democrática, inspirada nos feminismos, significa disputar o modo como se forjam as instituições para propor *um fazer de outro modo*. Ou, com Holloway (2013): “fissurar”, pensar o mundo a partir da inadequação.

Se estamos pensando a democracia a partir dos feminismos, isto é, se estamos articulando os feminismos enquanto ferramenta epistêmica, estamos utilizando o “método da fissura” ou “método da crise”. Segundo John Holloway (2013, p. 13), “o método da fissura é dialético, não no sentido de apresentar um fluxo organizado de tese, antítese e síntese, mas no sentido de uma dialética negativa, uma dialética da inadequação”¹⁴. Assim sendo, faz-se necessário reconhecer e visibilizar o patriarcalismo na macroestrutura social, assim como na microfísica das relações de poder (FOUCAULT, 1979); para desestabilizá-lo e transformar democraticamente as práticas, os discursos e as instituições. Aqui, para arrematar a costura que propomos, resgatamos Carol Hanisch (1969), mencionada também por MacKinnon, com quem aprendemos que, nos feminismos, “o pessoal é político”.

Não se está tratando de substituir uma democracia por outra. Mas de romper com o patriarcalismo a partir do método de fissuras, tantas e múltiplas que sejam capazes de promover

¹⁴ Mouffe ao invés de inadequação, diria “da paixão”.

uma confluência entre si. A proposta de Holloway contra o sistema capitalista se adequa perfeitamente ao que pensamos para a democracia feminista, na medida em que não se pretende a substituição de um modelo por outro, pois “a única maneira de pensar em mudar o mundo radicalmente é como uma multiplicidade de movimentos intersticiais fluindo a partir do particular” (HOLLOWAY, 2013, p. 15), pois a mudança social é “o resultado da quase invisível transformação das atividades diárias de milhões de pessoas” (HOLLOWAY, 2013, p. 15):

Sublinhamos que mudança social para Holloway e que democracia para Mouffe pensam a dimensão microfísica em interrelação com a macropolítica. Daí a importância de se pensar em proposições concretas para a construção de uma democracia feminista que tenha como alvo o cotidiano vivido por todas as pessoas e as instituições democráticas e vice-versa.

5 PROPOSIÇÕES “ANTAGÔNICAS ANTIPATRIARCAIS” PARA UMA DEMOCRACIA FEMINISTA

De modo interligado com as lutas antirracistas e anticapitalistas, Herrera Flores (2005) constrói a noção de “antagonismo antipatriarcal”. O autor, comprometido com a dupla tarefa da teoria crítica de “fazer ver” e de “atuar para transformar” direciona a “racionalidade de resistência” (HERRERA FLORES, 2009) contra o patriarcalismo.

As diferenças¹⁵, portanto, não podem ser escondidas sob o “véu da ignorância”, porque a consequência seria a produção de mais opressões. Opressões geradas pela colocação daquela que é diferente em situação de inferioridade; pela potencialização de uma cegueira para as especificidades do grupo dominado; e pela depreciação e desqualificação do grupo ou das culturas até que os próprios grupos e culturas se autodepreciem. A tarefa – portanto – reside, em primeiro lugar, na visibilização dos problemas.

Contudo, não basta vislumbrar os problemas enquanto problemas. Eles precisam ser localizados no seio social e relacionados concretamente. Nesse sentido é que “toda teoria é contra fática: dirige a ação desde uma reconfiguração e reordenação dos fatos” (HERRERA FLORES, 2005, p. 134). Não basta teorizar no sentido de fazer ver. É indispensável que atuemos para transformar. Daí nosso compromisso em formular proposições antipatriarcais, para apresentar caminhos que ambicionem não só visibilizar, mas também desestabilizar e transformar a democracia excludente na qual se convive com o autoritarismo. Portanto, o

¹⁵ Importante destacar que Herrera Flores (2005, p. 112) fala em uma “concepção relacional da diferença”, adotando a noção de diferença em função das relações entre grupos e a interação dos grupos com as instituições. Não entende que a diferença represente, portanto, uma mera descrição dos atributos do grupo.

objetivo específico deste tópico do artigo é propor exemplos de estratégias capazes de mobilizar afetos e provocar fissuras feministas no capitalismo patriarcal e racista, engajadas política e eticamente com a promoção de *um fazer de outro modo*.

Nossa empreitada analítico-bibliográfica não desconsidera que o atual contexto de incremento do neoliberalismo impõe diversas e inúmeras dificuldades no percurso de realização de quaisquer propostas antagônicas antipatriarcais, tanto as que operam no nível microfísico quanto as que inspiram uma articulação política coletiva verdadeiramente antissistêmica.

Podemos pensar em proposições concretas se recortamos o nosso objeto e movemos nosso olhar ampliado desde as instituições, categoria que abrange tanto a família quanto o parlamento, para um novo foco que inclua as três dimensões identificadas por Fraser: a política (representação); a econômica (distribuição); e a dimensão cultural (reconhecimento), promovendo uma democracia e um fazer político que abrace a diferença, sem anulá-la. Só faz sentido introduzir neste debate um recorte específico, se for compreendido enquanto esforço de produzir concretude em relação às propostas teóricas estudadas. Considerando que estamos discutindo o colonialismo jurídico com Pires (2020), nosso alvo são as instituições do sistema de justiça que – enquanto fruto da sociedade na qual estão inseridas – são patriarcais, classistas e racistas.

A política dos afetos da democracia feminista pode favorecer uma práxis de ampliação e fortalecimento dos mecanismos de participação popular e controle externo, tais como a Ouvidoria Externa e o Orçamento Participativo, que reforçam as três dimensões (da representação, da distribuição e do reconhecimento). Esses mecanismos têm o potencial de permitir às pessoas usuárias dos serviços judiciais a realização de fissuras antiautoritárias, por dentro do próprio sistema de justiça.

Parte-se, nesse contexto, da problematização da justiça como serviço público, emergente das discussões sobre o déficit democrático da e na justiça. Têm a finalidade de “agregar participação popular nos processos de construção e controle de políticas para o sistema de justiça, [emergindo] como tática para elevar o grau de intensidade democrática presente e, dessa forma, aperfeiçoar a justiça como serviço público” (BRITTO *et al.* 2013, p. 832). Assim, garante-se o debate plural sobre justiça, com a possibilidade de ouvir as demandas daqueles que são usuários ou são de fora do sistema, assim como na sua formulação e planejamento, permite-se a contribuição de visões diferentes sobre a implementação da política pública judicial, institucionalizando espaços que promovam o diálogo e a inclusão.

Se por um lado, a institucionalização não é a solução para todos os males, havendo, inclusive, o risco da captura das relações e do arrefecimento da mobilização dos atores sociais;

por outro lado, o “componente institucional dos direitos” (HERRERA FLORES, 2009, p. 123) joga relevante papel na prática das ideias críticas sobre eles, assim como aprofunda a necessidade de “dupla democratização” (MIYARES, 2003, p. 188) tanto do Estado, como da sociedade civil. E, acrescentamos, aumenta a capacidade de resistir aos tempos de austeridade e de retrocessos impostos pelo neoliberalismo.

Um outro exemplo de antagonismo antipatriarcal estabelece diálogo com o tema da (i)legitimidade democrática do poder judiciário. Se explorarmos as correlações entre os estereótipos de gênero e os déficits de representatividade feminina nas cúpulas do poder judiciário¹⁶, o incremento da diversidade na composição da magistratura é um requisito para a afirmação da sua legitimidade democrática. Nesse sentido, é a análise de Jane Pereira e Renan de Oliveira (2018, p. 878), cuja conclusão pela “defesa não essencialista do equilíbrio de gênero na composição dos órgãos do judiciário, escorada na premissa de que a diversidade nos órgãos estatais é uma exigência do princípio democrático”. Essa reflexão exemplifica a noção aqui trabalhada e incide estruturalmente na organização do epicentro do sistema de justiça.

O processo de construção democrática feminista, que parte dos feminismos compreendidos enquanto teoria política a demandar uma prática antagonista antipatriarcal, inspirada nos feminismos como política de afetos, implica no compromisso de ressignificar a importância do “sentir empatia” de que fala Lynn Hunt (2009, p. 69), porque “aprender a sentir empatia abriu o caminho para os direitos humanos”.

A democracia feminista demanda a promoção de uma cultura de direitos humanos. A inclusão de uma perspectiva verdadeiramente feminista e afetuosa (SPINOZA, 2009), demanda, por exemplo, a valorização da sensibilização dos profissionais do sistema de justiça quanto à diferença, e não apenas investimentos públicos em sua capacitação sobre regras e procedimentos homogeneizantes, destinados a apagar as diferenças, ou que reforçam a hierarquia das relações sociais estabelecidas entre pessoas que buscam e as que entregam serviços judiciais. Afinal, sob o aspecto microfísico, na construção de afetos, são as atrizes e os atores do sistema de justiça quem promovem a “cultura organizacional de direitos humanos” (GALLARDO, 2008, p. 7) de uma dada instituição, possibilitando que sejam revisitadas e problematizadas as raízes do patriarcalismo e sua imbricação com as categorias de raça, gênero e classe.

¹⁶ Adriana Ramos Costa, em tese intitulada “A Violência de Gênero e os Reflexos da Estrutura Patriarcalista no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir das teorias críticas”, defende que as mazelas do sistema de justiça interno também são sentidas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na medida em que composto, em sua maioria, por homens brancos [...]” (COSTA, 2019, 333).

Por cultura de direitos humanos, Gallardo (2008, p. 7) a traduz enquanto “um esforço político permanente já que os direitos humanos não podem derivar-se de nenhuma condição inata nem da inércia das instituições”. Para isso, faz-se necessário identificar que eles são um fenômeno político radicado na sociabilidade humana. Não há mudança estrutural que desconsidere a produção de subjetividades. Mas, por outro lado, não é possível interferir na estrutura sem ressignificação das instituições.

É nessa chave de leitura que interpretamos o comando por “sensibilização” e formação de profissionais para a promoção de uma cultura organizacional orientada a promover o acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade (CIMEIRA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, 2008, p. 93-94). Pensamos ser possível compreender a norma a partir de uma releitura da noção de “afeto catalisador” cunhada por Nise da Silveira (2015), com forte influência de Spinoza, o filósofo do século XVII que já trouxemos em diálogo com Mouffe.

A proposta de releitura se inscreve no terreno *inter* e transdisciplinar, porque a “psiquiatra rebelde”, como se autodenominava, forjou a noção de “afeto catalisador” quando teorizava sobre as oficinas de terapia ocupacional para o tratamento das pessoas em sofrimento psíquico. Durante os anos em que coordenou a atividade, apostou na “formação de monitores” para as oficinas terapêuticas, especialmente em reuniões destinadas à avaliação psicológica de suas atividades e de seu papel terapêutico em cada caso clínico. Ela registrou que: “Os conhecimentos técnicos não constituem tudo em qualquer profissão. A pessoa humana de cada um, a sensibilidade, a intuição, são qualidades preciosas” (SILVEIRA, 2015, p. 74).

Transpondo a conclusão de Silveira (2015), para delinear o conteúdo do que estamos denominando de *fissuras feministas e antipatriarcais* nas instituições do sistema de justiça, entendemos que o incremento da *sensibilização* (e não só da capacitação ou formação) dos profissionais que integram as trincheiras do acesso à justiça, possibilita a abertura de importante fenda democrática, caracterizada por um novo fazer político que reconhece a pessoa e suas vulnerabilidades, neste caso, os usuários do sistema, muitas vezes relegados à zona do não ser (PIRES, 2018), capaz de gerar incidência na cultura institucional. Considerando que o debate sobre o acesso à justiça não se distancia do debate sobre um projeto de sociedade, é que compreendemos as estratégias de antagonismo antipatriarcal, por dentro do sistema de justiça, enquanto ferramentas de luta por uma democracia feminista.

A sensibilização necessária para produzir afecção (SPINOZA, 2009) em uma democracia feminista está relacionada em repensar o “como” e para “quem” deve funcionar o sistema de justiça. Para isso, é preciso uma mudança de paradigma na forma de pensar o sistema de justiça tal qual apresenta Nancy Fraser⁽²⁰¹⁵⁾. A autora, ao recolocar o debate sobre a justiça

em um mundo em processo de globalização, defende que o Estado territorial moderno não é mais a unidade em que se possa discutir essas questões, diante da desestabilização do marco keynesiano-westfaliano em que foi assentado. Naquela perspectiva, a discussão se centrava sobre o “quê” deveria ser considerado como justo nas relações sociais, mas hoje, a questão que se coloca é “quem” é beneficiado pelo sistema de justiça e “como” ela é realizada.

Não se está apostando apenas na microfísica ou na sensibilização. Efetivamente, os movimentos que lutam por reconhecimento se movem para um nível superior ao estatal, como no caso dos movimentos feministas na América Latina, unidos em lutas pelos direitos das mulheres, com campanhas de abrangência internacional organizadas transnacionalmente, exemplificadas na luta pelo aborto seguro ou contra o assédio sexual. Sendo o político uma dimensão da justiça democrática *poswestfaliana*, a questão que se coloca é: “como podemos integrar as lutas contra a má distribuição, a falta de reconhecimento e a falta de representação?” (FRASER, 2015, p. 233). O feminismo, para além de teoria política que faz ver, é ainda possibilidade de atuação prática (política de afetos) transformadora das entranhas estruturais do sistema capitalista, gestadas de modo imbricado pelo patriarcalismo-classismo-racismo.

Vemos, portanto, que na trajetória rumo à construção de uma democracia feminista, inexistente caminho único, da mesma forma que a história que se conta não é única. Assim, as proposições antagônicas antipatriarcais são construídas na esteira dos processos culturais de lutas por dignidade e em sintonia com o compromisso de despotencialização do autoritarismo, seja na zona do ser, seja na zona do não ser, para todas as pessoas humanas: mulheres e homens, pretos e brancos, proprietários ou não proprietários, com ou sem deficiência, cristão ou não cristão, cis ou transgêneros, binários ou não-binários. O momento em que vivemos, com o avanço da mercantilização e a consolidação de políticas neoliberais, demanda do movimento feminista articulação e resistência. Exige-se inclusive, ousadia teórica para o enfrentamento antirracista, antipatriarcal e anticapitalista.

6 CONCLUSÃO

Neste artigo assumimos a crítica da colonialidade como paradigma de análise, porque somos frutos da ferida colonial. A partir de uma leitura antirracista, antipatriarcal e de(s)colonial, fizemos um estudo a partir de diversas lentes do campo crítico e, portanto, contra hegemônico e comprometido com as lutas por dignidade, contra as assimetrias de poder e as exclusões provocadas pelos modelos tradicionais de democracia.

Reconhecemos a existência de corpos subalternizados que, vivendo na zona do não ser, suportam as violências promovidas pelo Estado colonial, forjado pelo classismo e pelo patriarcalismo, visceralmente hierarquizado pelo racismo, produto dileto do eurocentrismo. Mobilizamos teórica(o)s de(s)coloniais para expor a situação do Estado de (Não) Direito na América Latina e para compreender como se constituiu e, por conseguinte, como se construiu o arcabouço político e jurídico racializado, classista, misógino e excludente, próprio da modernidade.

Embora as democracias atuais se estruturam de modo seletivo e convivam com o autoritarismo nas áreas habitadas pelo “outro”, mobilizamos a metodologia feminista e diversas teóricas feministas como contraponto à centralidade dos modelos de democracia liberal e da socialdemocracia, a fim de colocar em debate uma outra abordagem da redistribuição e do reconhecimento, ambicionando trazer uma alternativa capaz de enfrentar a crise capitalista na era neoliberal.

Nesse sentido, produzimos episteme, vez que construímos os traços fundamentais para o conceito de democracia feminista. Propusemos uma democracia de outro modo, com dupla dimensão. É teoria política e política dos afetos.

Em sendo os feminismos teoria política, a democracia feminista não antagoniza liberdade e igualdade, como fazem as democracias liberais e as sociais. Uma vez que as teorias políticas são também teorias da história, os feminismos são capazes de modificar o relato histórico e de abrir novas possibilidades democráticas, produzindo ressonância nos conceitos de “sororidade” e em seu complemento necessário, o de “dororidade”.

Fazendo uma justaposição, portanto, entre feminismos e democracia, apostamos na democracia feminista como estratégia de enfrentamento do racismo estrutural da sociedade brasileira, de modo inclusivo, uma vez que a luta feminista se confunde com a luta pela emancipação humana, em que corpos e saberes diferentes sejam agentes de sua própria história e não apenas testemunhas das violências estruturais.

Nesse sentido, a democracia feminista mobiliza afetos, constituindo-se – pela afecção – em possibilidades potentes de reestruturação das instituições, causando fissuras e construindo instrumentos de combate às assimetrias de poder e as violências que atravessam os corpos daquelas e daqueles que habitam a zona do não ser.

Reconhecemos que há germes autoritários nas democracias não feministas (tanto na zona do ser como na do não ser); assim como afecções democráticas nos regimes autoritários, assim como reconhecemos que a democracia feminista é agonística (baseada no dissenso) e recebe a imperfeição como sua parte constitutiva, uma vez que é impermanência. Nessa

impermanência e na imperfeição constituinte dessa democracia feminista, será promotora de direitos humanos sem anular a possibilidade de autoritarismos, mas permitindo que, uma vez que se dê sua emergência, haja instrumentos de luta, hábeis a produzir seu enfrentamento e despotencialização. Assim, a dimensão da política dos afetos de uma democracia feminista engloba as práticas, as instituições, os discursos e as epistemologias comprometidos com o desejo de despotencialização do autoritarismo, o que se percebe especialmente quando este assume a vertente do patriarcalismo. Neste caso, a dimensão da democracia feminista é produtora de fissuras antipatriarcais, inscritas no campo da resistência.

Nossa proposta se constrói no sentido de que a política dos afetos da democracia feminista pode favorecer uma *práxis* de ampliação e fortalecimento dos mecanismos de participação popular e controle externo, tais como as Ouvidorias Externas e o Orçamento Participativo, que reforçam tanto a representação, quanto a distribuição e o reconhecimento. Ou ainda, uma *práxis* que garanta a diversidade na composição gendrificada e racializada das instituições do sistema de justiça, como um requisito para a afirmação da sua legitimidade democrática.

A democracia feminista demanda a promoção de uma cultura de direitos humanos, fenômeno político radicado na sociabilidade humana, que considera a importância estratégica de produção de subjetividades conscientes e comprometidas com o fazer de outro modo. A sensibilização necessária para a construção de afetos em uma democracia feminista está relacionada em repensar o “como” e para “quem” deve funcionar o sistema de justiça. Para isso, é preciso uma mudança de paradigma na forma de pensar o sistema de justiça, que se insere na macropolítica e se realiza na microfísica das relações de poder. A despotencialização dos autoritarismos, em especial, do patriarcalismo imbricado com o racismo, para que haja a potencialização das práticas, epistemologias e discursos democráticos não tem sentido nem caminho único. Está por ser construída e reconstruída em contínuo processo de impermanência das lutas por dignidade, inseridas no contexto contemporâneo de capitalismo neoliberal.

REFERÊNCIAS

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. *In*: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). **Psicologia social do racismo**: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2002.

BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Movimentos feministas e os 30 anos da constituição federal brasileira: do “Lobby do Batom” aos retrocessos. *In*: BOLONHA, Carlos *et al.* (org.). **30 anos da constituição de 1988**: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum,

2019.

BERNER, Vanessa Oliveira Batista; GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel. Poder judiciário democrático: uma tarefa (e urgente) para o Brasil. *In*: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; MESQUITA, Valena Jacob Chaves (org.). **Ensaio crítico**: do político ao jurídico. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

BORGES, Nadine; CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. *In*: CUNHA, José Ricardo (org.). **Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

BRITTO, Adriana *et al.* Fórum justiça: construção coletiva de espaço para discutir política judicial com reconhecimento, redistribuição e participação popular. *In*: ROCHA, Amelia *et al.* (org.). **Defensoria pública, assessoria jurídica popular e movimentos sociais e populares**: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. 1. ed. Fortaleza: Dedo de Moças, 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO.pdf>. Acesso em 31 ago 2023. 2023.Pre

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La Hybris del Punto Cero**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/pensar-puj/20180102042534/hybris.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

CIDH. **Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes**: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2021. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 31 ago. 2023.

CIMEIRA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Regras sobre acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade**, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de março de 2008. Brasília: Cimeira Judicial Ibero-Americana, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

CISNE, Mirla; DURIGUETTO, Maria Lúcia. Feminismo e radicalização da democracia: desafios em tempos de recrudescimento do conservadorismo no Brasil. **SER Social**, v. 17, n. 36, p. 13, nov. 2015. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/13413. Acesso em: 23 set. 2020.

COLLINS, Patricia Hill. Transformando o círculo interno: o desafio de Dorothy Smith à teoria sociológica. **Ekstasis Revista de Hermenêutica e Fenomenologia**, v. 8, n. 2, p. 196-209, 2019.

COLLINS Patricia Hill. **Pensamento feminista negro**: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. São Paulo: Boitempo, 2019.

COSTA, Adriana Ramos. **Violência de gênero e os reflexos da estrutura patriarcalista no**

sistema interamericano de direitos humanos: uma análise a partir das teorias críticas. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

COSTA, Sergio. Desprovincializando a sociologia. A contribuição pós-colonial. **Revista Brasileira de Ciências sociais**, v. 21, n. 60, 2005.

CURIEL, Ochy. Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. **Nómadas**, Bogotá, n. 26, p. 92-101, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1051/105115241010.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

EVARISTO, Conceição. Grafia-Desenho de Minha Mãe: um dos lugares de Nascimento de Minha Escrita (depoimento). Mesa de Escritoras Afro-brasileiras, no XI Seminário Nacional Mulher e Literatura/II Seminário Internacional Mulher e Literatura, Rio de Janeiro, 2005. In: ALEXANDRE, Marcos Antônio (org.). **Representações performáticas brasileiras**: teorias, práticas e suas interfaces. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

FACIO, Alda Montejo. Hacia otra teoría crítica del Derecho. In: HERRERA, Gioconda (org.). **Género y derecho**. Quito: FLACSO, 1999. Disponível em: <http://www.flacso.org.ec/docs/safisfacio.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRASER, Nancy. **Fortunas del feminismo**: del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos. San Luis Potosí: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.

GALLARDO, Helio. Teoria Critica y Derechos Humanos. Uma Lectura Latinoamericana. **Revista de Derechos Humanos Y estudios Sociales**. Año II. Nº4. Julio-Diciembre 2010.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, n. 92/93, p. 69-82, 1988.

GROSGOUEL, Ramon. Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, No.9: 199-215, julio-diciembre 2008

HANISCH, Carol. **O Pessoal é Político**. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/190219/O+Pessoal%2Bé%2BPolítico.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados**: una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOLLOWAY, John. **Fissurar o Capitalismo**. São Paulo: Publisher Brasil, 2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JONASDOTTIR, Anna G. ¿Qué clase de poder es “el poder del amor”? **Sociológica (México)**, v. 26, n. 74, p. 247-273, 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732011000300008&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Acesso em: 23 set. 2020.

KAROL, Claudia. **Hacia una pedagogía feminista**: géneros y educación popular. Buenos Aires: El Colectivo; América Libre, 2007. Disponível em: www.panuelosenrebeldia.org. Acesso em: 23 set. 2020.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Pacto entre mujeres: sororidad. **Aportes**, n. 25, p. 123-135, 2009.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. **Claves feministas para la negociación en el amor**. Managua: Puntos de Encuentro, 2015. Disponível em: <https://mariangelesalvarez.files.wordpress.com/2017/01/claves-feministas.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas**, v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.

MACKINNON, Catharine A. **Hacia una teoría feminista del Estado**. [S.l.]: Ediciones Cátedra Universitat de València; Instituto de la Mujer, 1989. Disponível em: <https://kolektivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/MacKinnon-Catherine-Hacia-una-teoría-feminista-del-Estado.pdf>. Acesso em 31 ago. 23

MESSEDER, Suely Aldir. Memórias e cenas narradas sobre a infância e as relações de gênero na linha de vida da professora universitária e da pesquisadora encarnada. **Periódicus**, Salvador, v. 1, n. 9, maio-out. 2018.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adelia. A virada pós-colonial: experiências, trauma e sensibilidades transfronteiriças. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 123, 2020. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Disponível em <file:///C:/Users/adrir/Downloads/rccs-11077.pdf>. Acesso em 30 ago. 2023

MIGNOLO, Walter. **La idea de America Latina**: la herida colonial y la opcion decolonial. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/420.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MIGNOLO, Walter. **Prefacio a La Primera Edición** *In* Interculturalidad, descolonización del estado e del conocimiento. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine; GARCÍA LINERA (org.). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Del Signo, 2014.

MIYARES, Alicia. **Democracia feminista**. Madrid: Ediciones Cátedra Universitat de València, 2003.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**, n. 25, p. 11-23, 2005.

MUÑOZ, Cistina Sánchez; PEDREIRA, Elena Beltrán; ÁLVAREZ, Silvia. Feminismo liberal, radical y socialista. In: BELTRÁN PEDREIRA, Elena *et al.* (org.). **Feminismos debates teóricos contemporáneos**. Madrid: Alianza Editorial, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=597955>. Acesso em: 23 set. 2020.

MONTANARO MENA, Ana Marcela. Hacia el Feminismo Decolonial em América Latina. **Libro de Actas del I Congreso de jóvenes investigadorxs con perspectiva de género** (Getafe, 16 y 17 de junio de 2016). Disponível em <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/320fcc1d-e5dd-4a5a-aa69-f9f02fff2945/content>. Acesso em 10 de JUN de 2024.

OCHY CURIEL, Rosa Ynés. La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Brecha Lésbica y en la Frontera, 2013. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/166212/La+nacion+heterosexual.+Ochy+Curiel.pdf>. Acesso: em 30 ago. 2023.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**. 2001. Disponível em: http://www.oas.org/OAS/page/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

ONU MULHERES. **Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres** (femicídios/feminicídios). [S. l.]: [s. n.], 2014. Disponível em: www.oacnudh.org. Acesso em: 23 set. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a pequena sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subapresentação das mulheres nos tribunais e (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 877-910, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5358>. Acesso em: 6 ago. 2020.

PIEIDADE, Vilma. **Dororidade**. São Paulo: Editora Nós, 2017.

PIRES, Thula. Direitos humanos e América Latina: por uma crítica americana ao colonialismo jurídico In **Dossier: el pensamiento de Lélia Gonzalez, un legado y un horizonte**. México: [s.n.], 2020. p. 69-74. Disponível em: <https://forum.lasaweb.org/files/vol50-issue3/Dossier-Lelia-Gonzalez-7.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. Limites e possibilidades da criminalização do racismo no país. **Sur -Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um

vocabulário estratégico descolonial. **E-cadernos CES**, 18, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1533>. Acesso em: 28 jun. 2022.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Traficantes de Seños, 2016. Disponível em: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

SILVEIRA, Nise da. **Imagens do inconsciente**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

SPINOZA. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

VALDIVIESO, Magdalena. Aportes e incidencia de los feminismos en el debate sobre ciudadanía y democracia en América Latina. In: CAROSIO, Alba (org.). **Feminismo y cambio social en America Latina y el Caribe**. Buenos Aires: CLACSO, 2012.

VARGAS VALENTE, Virginia. **Los feminismos latinoamericanos en su tránsito al nuevo milenio**. Una lectura político-persona, 2005. Buenos Aires: Clacso. Disponível em <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100912064332/18Valente.pdf>

WALSH, Catherine, Lo pedagógico y lo decolonial. Entretejiendo caminos. In: WALSH, C. **Pedagogias decoloniales**. Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Quito: Equador: Abya Yala, 2013.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, reexistir e re-viver. In: CANDAU, V. M. (Org.) **Educação Intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

Submissão: 24/09/2020. Aprovação: 02/07/2024

FERRAMENTAS COMPORTAMENTAIS PARA AUXILIAR A TOMADA DE DECISÃO DE SÓCIOS EM OPERAÇÕES DE FUSÃO E AQUISIÇÃO

BEHAVIORAL TOOLS TO ASSIST SHAREHOLDERS ON MERGERS AND ACQUISITIONS DECISION MAKING

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*¹
Universidade Federal do Paraná

*Pedro Henrique Carvalho da Costa*²
Universidade Federal do Paraná

Resumo:

O artigo analisa operações de fusão e aquisição de participação societária com o objetivo de formular sugestões sobre como auxiliar os sócios na tomada de decisão sobre a concretização ou não dessas operações. O objetivo foi demonstrar que há fatores não econômicos que influenciam a decisão de administradores sobre a concretização dessas operações e que é papel do jurista conceber formas de minimizar o impacto desses fatores para o resultado desses procedimentos. Dentre esses fatores, destacam-se as heurísticas e os vieses, ferramentas da economia comportamental para a melhor compreensão da racionalidade humana. A pesquisa encontrou a presença forte do viés do otimismo em administradores de empresas, especialmente em homens em posições hierarquicamente elevadas. Concluiu-se, com base na economia comportamental, que há formas de reduzir o alcance desses fatores psicológicos, com medidas que ampliem o acesso dos sócios a todas as informações sobre a operação em questão, bem como a criação de incentivos (*nudges*) para incentivar a realização de determinadas condutas benéficas. A metodologia utilizada foi a dedutiva, com base na revisão bibliográfica de textos do direito societário e da análise econômica do direito, inclusive com uso de dados extraídos da bibliografia.

Palavras-chave:

Direito Societário. Fusões e aquisições. Análise econômica do direito. Economia comportamental. Tomada de decisão.

Abstract:

This paper analyses mergers and acquisitions, with the objective of conceiving suggestions on how to assist shareholders on their decision making about materialize such operations or not. The objective was to demonstrate that there are non-economic factors that influence managers' decision making about performing such operation and that it is the duty of jurists to conceive methods of minimizing the impact of these factors to the result of said procedures. Among these factors, heuristics and biases are highlighted, tools of behavioral economics for a better understanding of human rationality. The research found a strong presence of the optimism bias on company's managers, especially amongst male managers. It concludes, based on behavioral economics, that there are possibilities for the reduction of said psychological factors, with measures that amplify shareholders' access to information about the operation in question, as well as the creation of nudges to stimulate certain beneficial conducts. The methodology utilized was deductive, based on the bibliographical revision of Corporate Law and Law and Economics papers, including data found on said papers.

Keywords:

Corporate Law. Mergers and acquisitions. Law and Economics. Behavioral Economics. Decision making.

¹ Mestrado e Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado pela EDESP/FGV, Universidade de Lisboa e Paris I Panthéon/Sorbonne.

² Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2022). Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2021). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2018). Professor do Curso de Negócios Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Vice-Presidente da Associação Paranaense de Direito e Economia. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O artigo analisa operações de fusão e aquisição de participação societária sob a perspectiva da economia comportamental, especificamente com o objetivo de cogitar formas pelas quais o direito possa auxiliar os sócios na tomada de decisão sobre a realização dessas operações.

Primeiramente, serão introduzidos os conceitos de vieses e heurísticas, fundamentais para a economia comportamental, demonstrando-se que mesmo em ambientes sofisticados e competitivos, pessoas não estão alheias às falhas na racionalidade. Estudos sobre o comportamento de administradores serão apresentados para embasar o que se alega, especialmente no que tange ao otimismo excessivo que empresários tendem a apresentar.

Na sequência, os procedimentos de concentração empresarial, denominados pela expressão fusões e aquisições, serão introduzidos. Administradores são incentivados a buscarem esses processos por razões econômicas, como sinergia entre as empresas envolvidas e busca de aumento de espaço no mercado, mas também por questões psicológicas, como o mencionado otimismo em excesso e satisfação pessoal, mesmo que em detrimento das sociedades que administram.

Por fim, algumas formas de auxiliar os sócios na tomada de decisão sobre concretizar ou não essas operações serão apresentadas. Como é a estes que cabe a decisão final sobre a realização da operação, é necessário que sejam ofertados meios para que tenham acesso a informações completas, sendo papel do direito societário e da análise econômica refletir sobre estratégias para minimizar a incidência de comportamentos ineficientes e indesejáveis.

Para a análise realizada, foi utilizado precipuamente o método dedutivo, com base na revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros sobre direito societário e análise econômica do direito. Em especial, a base para a análise foi a economia comportamental e suas ferramentas.

2 HEURÍSTICAS E VIÉSES PRESENTES NO MEIO EMPRESARIAL

A análise econômica do direito, metodologia que utiliza as ferramentas da ciência econômica para o estudo do direito, é especialmente útil para a compreensão do direito empresarial e sobre como agentes econômicos agem nesse meio.

As teorias econômicas tradicionais concebem seres humanos como agentes racionais, capazes de escolher com base na maximização de seus interesses (POSNER, 1986, p. 3). A base para esse pensamento é a teoria da escolha racional, segundo a qual as pessoas escolherão, sempre, dentre as opções que lhes são apresentadas, as que lhes trarão mais satisfação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31).

Essa concepção da racionalidade de forma completa, contudo, deve ser analisada de forma crítica. Na prática, decisões não ótimas são tomadas corriqueiramente, fugindo do padrão previsto pela ciência econômica tradicional. É mais adequado se trabalhar com uma concepção de racionalidade limitada, seja por assimetrias de informação entre as partes envolvidas no negócio, seja por elementos não econômicos que afetam a tomada de decisão, como prazeres e ideais das partes (RIBEIRO, 2016, p. 62).

Referindo-se à análise econômica do direito, Richard Posner assume que tal concepção de racionalidade é uma abstração necessária para uma teoria científica, não servindo a teoria da decisão racional como uma teoria descritiva do comportamento humano (POSNER, 1986, p. 15-16).

A economia comportamental, por sua vez, complementa a metodologia da análise econômica do direito. Não se trata de uma proposta de substituição das teorias da análise econômica do direito tradicional, que ainda possuem importante papel ao caracterizar o que seria um comportamento racional. A economia comportamental se propõe a analisar como os seres humanos efetivamente realizam escolhas, com base em experimentos empíricos e com uso de teorizações de outras ciências sociais, em especial a psicologia (THALER, 2016, p. 1577).

Um dos pioneiros da economia comportamental, Herbert Simon, foi o primeiro a questionar o paradigma da racionalidade perfeita dos agentes econômicos, na década de 1950. Segundo Simon, o processo de tomada de decisão por parte de agentes econômicos dentro de firmas é complexo, obtido mediante a observação do que cada um dos agentes presentes realiza (YEUNG, 2019, p. 192).

Simon trabalhava com o conceito de racionalidade processual, em contraposição à racionalidade tradicional, que chamava de substantiva, vez que não negava a racionalidade humana, mas sim explicava que esta era resultado de processos mentais complexos e dinâmicos (YEUNG, 2019, p. 199).

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves destaca a importância da economia comportamental e suas inovações:

A economia comportamental intensificou a crítica ao modelo neoclássico de estudo, reconhecendo que por mais que o foco de análise da economia seja a pessoa e ainda que esta tenha como característica o fato de ser essencialmente racional em suas escolhas, não se pode desprezar a constatação de que limitações de acesso à informação, dificuldades na compreensão de dados e outros fatores fazem com que as escolhas humanas não sejam as melhores em todas as situações que se apresentam no dia a dia (ALVES, 2019, p. 47).

Tratando da aplicação da economia comportamental à análise econômica do direito, Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler mencionam que aquela não pressupõe que o comportamento humano é aleatório ou impossível de prever, mas sim que ele é sistemático e pode ser modelado, podendo contribuir com o poder analítico da análise econômica do direito (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1475).

A perspectiva comportamental utiliza os conceitos de heurísticas e vieses para descrever limitações à racionalidade humana. O primeiro indica atalhos mentais para a tomada de decisão, os quais, apesar de muitas vezes serem úteis e simplificarem o processo decisório, podem levar a escolhas equivocadas. O segundo simboliza distorções no julgamento que as pessoas podem formular (RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 462).

Exemplos de vieses incluem o viés do presente, pelo qual pessoas tendem a supervalorizar o presente em detrimento ao futuro, muitas vezes não se atentando às consequências futuras de suas escolhas. Também a aversão à perda, segundo a qual perdas são mais impactantes que ganhos, além do excesso de confiança, que leva pessoas a acreditarem excessivamente em suas próprias capacidades e desconsiderar a possibilidade de ocorrência de efeitos negativos para si (SILVA JR.; LAGES; SILVA, 2019, p. 24-25).

Exemplos de heurísticas incluem a da representatividade, que leva pessoas a tomarem decisões com base em elementos que aparentemente são similares a uma preconcepção que possuem sobre o objeto em questão. Da mesma forma, a disponibilidade, mediante a qual pessoas creem que algo acontecerá ou deve ser verdadeiro em comparação a exemplos próximos que possuem (TVERSKY; KANHNEMAN, 1974, p. 1124-1127).

Mesmo em ambientes competitivos, como o empresarial, agentes econômicos envolvidos não estão alheios às falhas de racionalidade mencionadas. Em pesquisa realizada com investidores na bolsa de valores, Ricardo Alonso Gonzalez e Adriano Leal Bruni verificaram a presença de heurísticas afetivas e dos vieses do otimismo e da confiança na forma como as pessoas questionadas investiam (GONZALES; BRUNI, 2012, p. 12).

Administradores de empresas são particularmente afetados pelo viés do otimismo, o que os leva a tomar decisões mais arriscadas e com maior possibilidade de retorno. Isso possui um

efeito cíclico, vez que administradores mais ousados tendem a obter resultados melhores e, conseqüentemente, posições mais elevadas dentro da empresa (LANGEVOORT, 2011, p. 9).

Um estudo realizado com base nos 30 maiores processos de fusão nos Estados Unidos entre os anos de 1998 e 2000, com o objetivo de verificar quais fatores psicológicos afetaram a realização desses processos, verificou a presença do viés da miopia (que leva a tomada de decisões impulsivas, como reações de sociedades a mudanças que estão ocorrendo no mercado, focadas no presente, em detrimento do futuro) de forma significativa em 15 das operações realizadas, e da aversão à perda em 25, dentre outros fatores analisados (FANTO, 2000, p. 24).

Outra heurística que é verificada com frequência em empresários é a ancoragem, que representa a tendência que pessoas possuem de sobrevalorizar um valor ou ponto de referência inicial para a tomada de decisões, ponto este que se torna de difícil desvinculação posteriormente, mesmo que seja, na realidade, irrelevante para o resultado (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1128).

Para verificar a constância dessa heurística, Daniel Fonseca Costa, Bruno César de Melo Moreira, Francisval de Melo Carvalho e Washington Santos Silva realizaram um experimento com 86 contadores e 68 administradores e, como grupo de controle, 118 pessoas com profissões diversas. O experimento consistia na decisão sobre abrir ou não uma filial de uma empresa. Com base nos dados fornecidos, os entrevistados deveriam realizar projeções mínimas e máximas de variáveis solicitadas. A hipótese formulada era de que o valor das projeções estaria diretamente relacionado com o valor dos dados (valor elevado ou reduzido). O resultado do teste confirmou a hipótese, de que os dados fornecidos funcionaram como âncora para as projeções feitas pelos entrevistados (COSTA; MOREIRA; CARVALHO; SILVA, 2018, p. 430-433).

A racionalidade humana, dessa forma, é complexa, não podendo ser concebida como ilimitada ou sem faltas, já que todos os seres humanos, independentemente do contexto socioeconômico em que se encontram, estão sujeitos a limitações cognitivas que afetam sua tomada de decisão. Isso não representa um abandono à ideia de racionalidade humana, mas sim uma nova forma de a conceber, de forma mais realista e completa.

3 FATORES QUE INFLUENCIAM A REALIZAÇÃO DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Para a análise que se pretende, é necessário contextualizar os processos de reorganização societária. No Brasil, eles são regulados tanto pela Lei nº 6.404/1976 (“LSA”) quanto pelo

Código Civil. As leis citadas regulam quatro procedimentos, denominados de movimentos societários, pelo qual a sociedade (ou as sociedades) envolvida pode alterar sua estrutura.

São os procedimentos de fusão, cisão, incorporação e transformação. A fusão é “é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações” (228 LSA); a cisão “é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão” (229 LSA); a incorporação “é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (227 LSA); e a transformação é “a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro” (220 LSA).

Considerando a dinamicidade da vida empresarial, na qual os agentes econômicos têm de se adaptar aos desafios e às novas realidades que lhes são apresentadas, essas operações possuem grande valia para empresários adaptarem seus negócios às necessidades que surgem (VERÇOSA, 2014, p. 234).

A prática empresarial consagrou a expressão *fusões e aquisições* (em inglês, *mergers and acquisitions*, ou M&A) para denominar operações de concentração empresarial, que englobam tanto a operação de fusão quanto a de aquisição de participação societária, na qual uma sociedade adquire parte ou a totalidade das quotas de outra sociedade, normalmente com aquisição do controle da sociedade *target*, para que ambas possam atuar em conjunto no mesmo setor (MIRANDA; MARTINS, 2016, p. 68-70).

Uma operação de M&A é composta de uma série de contratos, os quais possuem, como objetivo final, regular a operação de compra e venda de participação societária, perpassando por todas as necessidades que as partes encontrem durante a fase de negociação (GAUDÊNCIO; MCNAUGHTON, 2019, p. 7).

A operação de aquisição pode ser de três tipos: aquisição parcial (quando se adquire entre até 49% do capital votante da sociedade *target*); aquisição de controle (quando o capital adquirido corresponde a 50% a menos de 100% do capital votante); e aquisição total (quando todas as quotas ou ações são compradas). Ainda, essas operações podem ser qualificadas como domésticas, quando todas as empresas envolvidas possuem apenas capital nacional, ou transfronteiriças, quando envolvem empresas com sede em países distintos (MARION FILHO; VIEIRA, 2010, p. 111).

A década de 1990 apresentou um crescimento significativo na quantidade de operações de M&A transfronteiriças. Entre 1993 e 1998, aproximadamente 76,4% dos fluxos de

investimento estrangeiro dos Estados Unidos e da União Europeia foram resultado de fusões ou aquisições. Em 1997, essas operações já representavam perto de 90% do total de investimento estrangeiro direto dos Estados Unidos, sendo que, em comparação com o ano anterior, houve um aumento de 53% de crescimento no setor, movimentando um total de US\$ 115 bilhões (MIRANDA; MARTINS, 2000, p. 67).

No Brasil, operações de M&A igualmente tomaram fôlego a partir da década de 1990, devido a reduções a restrições no comércio internacional, a desregulamentação de mercados, a onda de privatizações e a liberalização financeira (MARION FILHO; VIEIRA, 2010, p. 110). Entre os anos de 1992 e 2006, foram realizadas 4.032 operações de M&A, das quais 1.803 envolveram apenas sociedades domésticas e 2.343 foram transfronteiriças (MARION FILHO; VIEIRA, 2010, p. 124). Os principais setores econômicos envolvidos foram o de alimentos, bebidas e fumo (com mais de 450 operações) e de tecnologia da informação (com mais de 300) (MARION FILHO; VIEIRA, 2010, p. 125).

Os motivos para a realização de operações de M&A podem ser explicados tanto pelo objetivo de maximização do valor das empresas envolvidas, quanto de seus sócios, bem como pela maximização da utilidade gerencial, pelo qual administradores buscam esses processos para aumentar suas remunerações e oportunidades (CAMARGOS; COUTINHO, 2008, p. 282-283).

Sociedades que se relacionam por fusões ou aquisições acreditam na sinergia entre si, partindo do pressuposto de que a operação irá contribuir estratégica ou financeiramente para suas atividades. A intenção de compra, ainda, pode ser influenciada por fatores como a necessidade de diversificação de seus negócios, de aquisição de novas tecnologia ou aumento de participação de mercado (TANURE; CANÇADO, 2005, p. 12).

Analisando 106 operações realizadas no Brasil entre os anos de 1996 e 2001, Betania Tanure e Vera L. Cançado verificaram que as principais justificativas que motivaram a concretização das operações foram, da parte da sociedade adquirente: aumento de participação (23,4%), localização geográfica (14,3%), penetração em novos mercados (11,7%) e aquisição de marcas (5,2%). Da parte da sociedade adquirida, os motivos predominantes eram a situação financeira precária da sociedade (44,6%) e as boas condições de negociação (17,6%) (TANURE; CANÇADO, 2005, p. 15-16).

Fusões e aquisições não são concretizadas somente por fatores econômicos. Conforme discorrido na primeira parte, administradores de empresas estão sujeitos a fatores psicológicos que influenciam sua tomada de decisão, inclusive para a concretização de operações de concentração societária.

Em estudo realizado com 20 executivos de bancos alemães, Carsten Lausberg e Teresa Stahl buscaram averiguar a presença de motivos não econômicos para a realização de fusões e aquisições. A pesquisa buscou verificar a presença de motivos relacionados a poder, realização pessoal, busca de novas sensações e prestígio na decisão sobre buscar e realizar operações de fusão ou aquisição que envolvessem apenas benefícios para os administradores ou apenas benefícios para a sociedade adquirente (LAUSBERG; STAHL, 2009, p. 7).

Como grupo de controle, foram colhidas respostas de 40 estudantes de administração da Universidade de Hohenheim. Os resultados da pesquisa indicaram que os administradores de bancos eram mais inclinados a buscar operações que auferissem benefícios somente para si, mesmo que em detrimento da sociedade que geriam, contrastado aos estudantes, que buscavam como mais freqüências operações em que somente a sociedade obtivesse lucro (LAUSBERG; STAHL, 2009, p. 12).

Isso levou à confirmação das hipóteses que foram formuladas inicialmente, de que administradores são influenciados por motivos alheios aos econômicos em operações de M&A (LAUSBERG; STAHL, 2009, p. 18).

O estudo de James A. Fanto também verificou a presença de fatores psicológicos (vieses e heurísticas) nas motivações para a concretização dos maiores processos de M&A nos Estados Unidos entre os anos de 1998 e 2000. Além da miopia e da aversão à perda já mencionados acima, a aversão a extremos foi verificada de forma “forte” em 12 das 30 operações; o excesso de otimismo em 11; o viés da retrospectiva em 3; e ancoragem em 13 (FANTO, 2000, p. 24).

A pesquisa notou que a maior presença desses fatores, quando tomados em sua totalidade, não implica necessariamente uma perda de valor para as sociedades envolvidas. Há, contudo, uma possível correlação entre a maior presença de miopia, aversão à perda, aversão a extremos, otimismo excessivo e ancoragem com o resultado das operações, visto que as operações em que estavam mais presentes foram as que obtiveram resultados menos favoráveis (FANTO, 2000, p. 53-54).

O viés do otimismo também pode ser visto com destaque nessas operações. Considerando que muitas das sociedades adquiridas encontravam-se em situação financeira precária, conforme estudo de Tanure e Cançado, é possível inferir que os administradores e sócios da sociedade adquirente acreditam em sua capacidade de reerguer o negócio, independentemente de se encontrar em situação deficitária.

Nos Estados Unidos, onde companhias de capital aberto devem protocolar documentos contendo as informações da fusão na *Securities and Exchange Commission* para os sócios se informarem da operação, foi verificado que os referidos documentos tendem a somente destacar

os aspectos positivos da operação, sem levar em consideração outras consequências, servindo como âncora (ponto de referência pelo qual decisões são tomadas) para os sócios, que não necessariamente terão uma visão global da operação (FANTO, 2000, p. 67).

Uma teoria relacionada ao excesso de otimismo levantada por Sergio Garcia Long (2018, p. 497) é que administradores homens tendem a realizar operações de aquisições mais arriscadas que administradoras mulheres.

Um estudo realizado por Jiekun Huang e Darren J. Kisgen (2012, p. 2) nos Estados Unidos encontrou resultados que confirmam essa hipótese, verificando que empresas geridas por mulheres realizam menos operações societárias, mas com melhores resultados para as empresas. Na mesma linha, mulheres no comando de empresas tendem a ser mais avessas ao risco, o que igualmente leva a melhores resultados (HUANG; KISGEN, 2012, p. 7).

Com base nos estudos indicados, é possível concluir que há uma miríade de fatores que incentivam e influenciam agentes econômicos a realizarem e concluírem operações de M&A, tanto relacionadas com aspectos econômicos quanto psicológicos.

4 RECOMENDAÇÕES COMPORTAMENTAIS PARA AUXILIAR A TOMADA DE DECISÃO DOS SÓCIOS

Administradores e sócios, apesar de inseridos em contextos que presumem uma racionalidade refinada (no termo da economia comportamental, espera-se que eles sejam *homo economicus*), não deixam de ser humanos, o que traz toda a carga de fatores cognitivos que afetam como decidem. O papel do direito societário, nesse cenário, é prever formas para que a tomada de decisão seja tomada da forma mais eficiente possível.

O processo de negociação de uma fusão ou de uma aquisição é realizado pelos administradores das sociedades envolvidas, que não são necessariamente seus sócios

(PARGENDLER, 2020, p. 31)³. Mas é a estes que cabe a decisão final sobre a concretização ou não da operação pretendida⁴⁻⁵.

Entre os sócios e os administradores é criada uma relação de agência, pela qual os administradores são os agentes e os sócios são os representados. Essa relação, por sua vez, pode tornar-se problemática, vez que administradores e sócios podem ter interesses distintos, sendo papel do direito societário conceber formas de minimizar esses conflitos (KRAAKMAN *et al*, 2018, p. 80).

Estratégias para minimizar os conflitos de agência entre sócios e administradores podem ser regulatórias, quando há uma regra prescritiva sobre como se dará a relação entre agente e representado, com o objetivo de restringir *ex ante* sua conduta, ou de governança, que “procuram facilitar o controle dos representados sobre o comportamento do agente” (KRAAKMAN *et al*, 2018, p. 83).

Dentre as estratégias regulatórias listadas por Reinier Kraakman *et al* que podem ser úteis para a tomada de decisão em processos de M&A está a criação de regras que proíbem determinados comportamentos (KRAAKMAN *et al*, 2018, p. 85) como, por exemplo, a negociação de uma fusão ou aquisição que não se mostre devidamente benéfica para a sociedade e para os sócios. Quanto a estratégias de governança, se mostra útil a criação de recompensas para a atuação proativa e em defesa dos interesses dos sócios (KRAAKMAN *et al*, 2018, p. 91).

Sob a perspectiva comportamental, é possível conceber modificações pontuais na legislação societária para auxiliar os sócios no momento da tomada de decisão. Possibilidade aventadas por James A. Fanto incluem um reforço ao dever de divulgação de informações, como assimilar um valor numérico às razões que levaram os administradores a buscarem a operação, bem como a necessidade de explicações detalhadas sobre todas as vantagens e possíveis desvantagens da operação, assim como o uso de pareceres de bancos investidores,

³ Parte-se da premissa da separação entre propriedade das quotas ou ações e gestão da sociedade, como um dos elementos fundamentais do direito societário. Caso a sociedade possua mais de um sócio e somente um deles seja administrador, os conflitos de agência mencionados ainda estarão presentes. Isso também é verdadeiro caso de se trate de uma sociedade unipessoal cujo sócio não é administrador. Somente na hipótese de se tratar de uma sociedade unipessoal em que o sócio único seja administrador não se verificarão esses conflitos de agência.

⁴ Artigo 122 da LSA. Compete privativamente à assembleia geral: VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas;

⁵ Artigo 1.071 do Código Civil. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

devendo o banco indicar todos os possíveis resultados da operação, não somente destacando os aspectos positivos (FANTO, 2000, p. 70-72).

Regras mais rigorosas sobre o dever de informação, com a obrigação de elaboração de documentos completos que abranjam a totalidade das possibilidades de resultado da operação, podem amenizar o otimismo exacerbado que os administradores possuem, oferecendo aos sócios documentos e informações suficientemente neutros sobre a operação.

No Brasil, um dos documentos que deve ser elaborado para processos de fusão é a Justificação. Nela, dentre outros pontos, devem ser expostos “os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização”⁶. Uma modificação possível, nesta linha, seria aumentar os elementos obrigatórios da Justificação, incluindo um detalhamento das vantagens e desvantagens potenciais da operação, bem como as perspectivas para as sociedades envolvidas após a operação, possibilitando aos sócios que tenham acesso a informações mais completas.

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves, por sua vez, sugere o uso de nudges em contratos de compra e venda de empresas como forma de estímulo a determinadas condutas (ALVES, 2019, p. 184). Nudges são incentivos, concebidos para manter a liberdade de escolhas das partes envolvidas, sem possuir caráter impositivo ou limitador, mas tentando auxiliá-las na tomada de decisão e estimulando determinados comportamentos (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 14).

Eles podem ser especialmente úteis em aquisições, vez que não há um regulamento legal expresso sobre seus requisitos ou como essas operações devem ser realizadas, havendo um amplo espaço para exercício da autonomia privada.

A criação de benefícios para os administradores agirem em conformidade com os interesses dos sócios, detalhando condutas que são consideradas positivas, pode ser considerado um poderoso *nudge*. Uma das possibilidades estaria em detalhar em que condições os administradores irão auferir benefícios se atingirem determinadas metas na operação, especialmente se essas previsões forem projetadas ao menos para o médio prazo, a depender do resultado da operação.

É importante destacar que, mesmo com *nudges*, os fatores psicológicos tendem a não desaparecer por completo, permanecendo o risco de os agentes econômicos adotarem comportamentos enviesados (KLOSS, 2019, p. 394). Essa solução não deve ser aplicada de forma isolada, portanto, devendo haver um fortalecimento das regras de divulgação de

⁶ Artigo 225 da LSA. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos: I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

informações nesses contextos, como melhor forma de possibilitar aos sócios tomarem decisões que melhor atendam a seus interesses.

Um outro tipo de *nudge* que pode ser concebido é para uma maior inclusão de mulheres em posições elevadas em empresas. Apesar da participação feminina no mercado estar crescendo nas últimas décadas, mulheres ainda recebem remunerações menores do que homens em posições similares, além de estarem menos representadas em cargos hierarquicamente superiores, sendo importante se conceberem novas e plurais formas para uma maior inclusão das mulheres em ambientes empresariais, inclusive como forma de efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal (BONATTO, 2020, p. 147-150).

Considerando que mulheres em posições executivas tendem a realizar operações com melhores resultados a longo prazo, *nudges* que possibilitem uma maior inclusão em cargos elevados podem ser concebidos. Os *nudges* podem ser realizados pelo Poder Público, como com incentivos fiscais para empresas com CEOs femininas, algo que beneficiará a empresa em sua receita e com a possibilidade de uma gestão por uma administradora que trará melhores resultados para operações societárias realizadas, bem como pelo setor privado, com a cooperação mútua de empresas no mercado para valorizar a participação feminina, como a elaboração de *standards* benéficos para negócios geridos por mulheres (a título de exemplo: melhores condições na negociação de contratos).

Com base no estudo relacionado, verifica-se que a metodologia empírica da economia comportamental, preocupada em como seres humanos reais tomam decisões em contextos de recursos e informações escassas, pode ser extremamente útil para auxiliar agentes econômicos a tomarem melhores decisões.

A racionalidade humana foi ressignificada, para que seja possível a observação de situações reais e como comportamentos podem ser influenciados, em especial para que as trocas no mercado sejam feitas da forma mais eficiente possível.

5 CONCLUSÕES

Neste artigo, foi realizada uma análise sobre operações de M&A sob a perspectiva da economia comportamental, em especial sobre como auxiliar sócios a tomarem melhores decisões nesses processos.

A economia comportamental não deve ser vista como um abandono às prévias teorizações da análise econômica do direito, mas sim como um complemento, como um campo teórico voltado à compreensão de como pessoas efetivamente decidem, relativizando o dogma

da racionalidade ilimitada e assumindo que seres humanos são falhos em suas tomadas de decisão. Uma de suas principais postulações é que falhas na racionalidade afetam todas as pessoas, mesmo em ambientes sofisticados e competitivos, como é o empresarial.

Foi introduzida a temática das fusões e aquisições de participação societária, operações essenciais postas à disposição de empresários para melhor organizarem seus negócios. Os motivos que levam à concretização dessas operações são tradicionalmente vistos como econômicos, como aumento de espaço no mercado ou aquisição de novas tecnologias, mas administradores de empresas são influenciados por uma miríade de outros fatores, incluindo satisfação própria.

A tomada de decisão de administradores também é constantemente afetada pelo viés do otimismo excessivo, que os leva a tomarem decisões arriscadas, com alto potencial de retorno, mas que podem se mostrar prejudiciais para os sócios. Sócios que frequentemente receberão informações incompletas, sem considerar todas as possibilidades das operações e seus possíveis pontos negativos, vez que os administradores tendem a acreditar em seu potencial de retorno e de obtenção de sucesso, mesmo que a situação fática se mostre dúbia ou não tão favorável.

Considerando a relação de agência que se forma entre administradores e sócios, é papel do direito societário e da análise econômica conceber formas de minimizar os conflitos que podem surgir. As estratégias adotadas podem ser prescritivas, com alterações legislativas para aumentar o dever de divulgação de informações dos administradores, para que os sócios tenham acesso a todas as possibilidades que a operação pode trazer, bem como de governança, com a criação de incentivos para que administradores ajam de determinada forma, sempre no sentido do interesse dos sócios.

Estudos analisados também indicam que mulheres em posições administrativas tendem a realizar melhores decisões em processos de concentração empresarial, estando menos sujeitas ao viés do otimismo e sendo mais avessas ao risco. Pensar-se em incentivos para uma maior inclusão feminina no meio empresarial é medida que não somente atende aos objetivos constitucionais de uma sociedade mais igualitária, mas também é algo positivo para a saúde financeira das empresas envolvidas e, por consequência, de seus sócios.

A economia comportamental, com sua metodologia empírica, pode auxiliar na compreensão de operações de fusão e aquisição, bem como na elaboração de medidas para minimizar a incidência de fatores psicológicos na tomada de decisão dos sócios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da economia comportamental**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2019.

BONATTO, Marina. Responsabilidade social corporativa na promoção da igualdade de gênero. In: PAMPLONA, Danielle Anne. PINHEIRO, Daniella Maria. FACHIN, Melina Girardi. PASSOS, Rafaella Mikos. **Novas reflexões sobre o Pacto Global e os ODS da ONU**. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020, p. 142-158.

CAMARGOS, Marcos Antônio de. COUTINHO, Eduardo Senra. A Teoria da Firma e a Fundamentação Teórica para Fusões e Aquisições: uma Análise de suas Interfaces. **RAC-Eletrônica**, Curitiba, v. 2, n. 2, art. 7 p. 273-295, mai.-ago. 2008.

COSTA, Daniel Fonseca. MOREIRA, Bruno César de Melo. CARVALHO, Francisval de Melo. SILVA, Washington Santos. Anchoring effect in managerial decision-making in accountants and managers: an experimental study. **REBRAE**, Curitiba, v.11, n. 3, p. 425-445, sep.-dec., 2018.

FANTO, James A., Quasi-Rationality in Action: A Study of Psychological Factors in Merger Decision-Making (March 5, 2000). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=265151> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.265151>.

GAUDÊNCIO, Samuel Carvalho. MCNAUGHTON, Charles William. **Fusões e aquisições: prática jurídica no M&A**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GONZALEZ, Ricardo Alonso. BRUNI, Adriano Leal. Heurísticas Afetivas no Mercado de Ações Brasileiro: Um Estudo Quase-Experimental com Investidores. **XXXVI Encontro da ANPAD**, Rio de Janeiro, 22 a 26 de setembro de 2012, p. 1-15.

HUANG, Jiekun. KISGEN, Darren J. Gender and Corporate Finance: Are Male Executives Overconfident Relative to Female Executives? (June 21, 2012). **Journal of Financial Economics** (2013) 108, p. 822-839. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1263990> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1263990>. Acesso em 19 de março de 2021.

JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, vol. 50, May 1998, p. 1473-1548.

KLÓSS, Caroline Pastro. Contribuições da economia comportamental para a decisão empresarial. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5 (2019) nº 3, p. 361-399.

LAUSBERG, Carsten. STAHL, Teresa. Motives and non-economic reasons for bank mergers and acquisitions. **The Icfai University Journal of Bank Management**, Vol. 8, No. 1, pp. 7-30, February 2009.

LONG, Sergio Garcia. Fusiones, adquisiciones y psicología financiera: el arrepentimiento en comprar una empresa. In: BULLARD, A. (coord.) **Análisis psicológico del derecho**. Lima: Themis, 2018, p. 493-514.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARION FILHO, Pascoal José. VIEIRA, Gisele Magalhães. Fusões e aquisições de empresas no Brasil (1990-2006). **Revista de Administração da UFSM**, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 109-130, jan.-abr. 2010.

MIRANDA, José Carlos. MARTINS, Luciano. Fusões e aquisições de empresas no Brasil. **Economia e Sociedade**, Campinas, SP, v. 9, n. 1, p. 67-88, 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643121>. Acesso em: 19 jan. 2021.

PARGENDLER, Mariana. How Universal is the Corporate Form? Reflections on the Dwindling of Corporate Attributes in Brazil. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 58, p. 1-58, 2020.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3rd ed. New York: Aspens Publisher, 1986.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, 2018.

SILVA JR, Alonso Barros. LAGES, André Maia Gomes. SILVA, Vanderlúcia Felix Amorim. Razão e emoção: o comportamento humano na tomada de decisão em um ambiente econômico incerto. **Nexos Econômicos – PPGE/UFBA**, v. 13, n. 1, jan-jun. 2019.

TANURE, Betania. CANÇADO, Vera L. Fusões e aquisições: aprendendo com a experiência brasileira. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 45, n. 2, abr.-jun. 2005.

THALER, Richard H. Behavioral Economics: Past, Present and Future. **American Economic Review** 2016, 106(7), p. 1577-1600.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TVERSKY, Amos. KAHNEMAN, Daniel. Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, vol. 185, Issue 4157, 27 September 1974.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: sociedades**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

YEUNG, Luciana. Herbert Simon: a racionalidade limitada de Herbet Simon (e de todos nós). In: KLEIN, Vinicius. BECUE, Sabrina Maria Fadel (orgs.). **Análise econômica do direito: principais autores e estudos de caso**. Curitiba: CRV, 2019, p. 191-200.

Submissão: 29/03/2021. Aprovação: 28/05/2023.

A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO: ESTUDO SOBRE A ELABORAÇÃO DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE DYNAMICS OF THE LEGISLATIVE PROCESS: STUDY ON THE PREPARATION OF AMENDMENTS TO THE 1988 CONSTITUTION

*Sérgio Antônio Ferreira Victor*¹
Centro Universitário de Brasília

*Fábio Liberal Ferreira de Santana*²
Câmara dos Deputados

Resumo:

Este estudo pretende analisar a dinâmica do processo de elaboração das Emendas à Constituição, entendida como a capacidade de surgimento de soluções não previstas nas regras constitucionais e regimentais, em seu estrito cumprimento. A análise da aplicação repetida dessas soluções possibilita detectar tendências e considerá-las verdadeiras normas não escritas no processo. Neste estudo, analisou-se o entendimento, que se consolidou pela prática parlamentar e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que um trecho de uma proposta de emenda à Constituição aprovado por uma das Casas do Congresso Nacional e suprimido, por meio de destaque, pela outra, não impede a promulgação do texto remanescente, se este é aprovado pelas duas Casas e tem sentido independente do trecho suprimido. O estudo da dinâmica do processo apresenta a evolução desse entendimento, desde o momento em que o texto destacado era rejeitado e arquivado, até os entendimentos recentes, em que se permitiu mantê-lo tramitando.

Palavras-chave:

Processo Legislativo. Emendas à Constituição.

Abstract: This paper aims to understand the dynamic of the legislative process in the drafting of amendments to the Constitution, specifically the capacity to provide solutions that are not provided for in the Constitution. The analyses of the repeated application of these solutions makes it possible to detect trends and consider them to be unwritten norms. In this paper, it was analysed the understanding that an excerpt from a proposed amendment to the Constitutional approved by one of the houses of Congress and suppressed by the other one does not prevent the promulgation of the remaining drafting, if it is approved by both houses and has meaning independent of the delayed section.

Keywords:

Legislative process. Amendments to the Constitution.

¹ Pós-doutor em Teoria do Direito pela Goethe Universität em Frankfurt Am Main. Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCeub). Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub - 2003). Professor do curso de Mestrado em Direito da Uninove. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCeub e do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, membro do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional e da Revista de Informação Legislativa. Advogado.

² Bacharel em Letras pela Universidade de Brasília, Especialista em Direito Legislativo pela Unilegis/UFMS (2004) e Mestre em Poder Legislativo pelo Cefor/CD. Técnico Legislativo do Senado Federal com exercício na Secretaria-Geral da Mesa.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar, sob o ponto de vista da Constituição e dos Regimentos das Casas do Congresso Nacional, o processo de elaboração das modificações perpetradas ao texto constitucional no cotidiano da atividade legislativa.

A Constituição de 1988 foi alterada por 42 Emendas Constitucionais e seis Emendas Constitucionais de Revisão. O itinerário percorrido pelas propostas que originaram essas emendas nem sempre foi pacífico e desenredado, rendendo copiosos debates e questionamentos da parte dos parlamentares, responsáveis por sua produção, assim como dos mais vários setores da sociedade, com a apelação, em algumas oportunidades, ao Supremo Tribunal Federal (STF), com vistas ao controle preventivo de constitucionalidade das normas em elaboração.

As regras que orientam a feitura das alterações ao texto constitucional estão compreendidas na própria Constituição e nos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional. Essas normas, entretanto, nem sempre compreendem as interpretações necessárias para resolver os eventuais impasses com os quais se depara o modificador da Carta.

A aprovação de uma emenda à Constituição, tendo em vista o complexo e coeso arcabouço de defesa e proteção da Lei Máxima, requer uma confluência de vontades e interesses nem sempre fácil de ser granjeada. Para atingir a rematação do processo, não raro é necessário buscar nas disposições regimentais soluções criativas que atendam demandas e reflitam o cumprimento de acordos necessários para que se atinja apoio suficiente para consubstanciar a alteração constitucional.

O itinerário percorrido por uma proposição no Poder Legislativo até que se aperfeiçoe a norma é minucioso e compassado. O sistema bicameral exige a apreciação da matéria por ambas as Casas legislativas, que têm a competência para propor as mudanças que considerar pertinentes, submetendo as alterações sugeridas ao crivo da outra Câmara. Esse vagar, inerente ao processo, diverge, por vezes, necessidades de celeridade porque reclamam determinadas mudanças. É comum, então, o ajustamento dos procedimentos de elaboração a acordos que garantam a presteza do trâmite, sem riscos de laceração dos preceitos constitucionais e regimentais que o norteiam.

O presente estudo acompanhará a conformação e consolidação de entendimentos surgidos em circunstâncias para as quais foi necessário recorrer a soluções regimentais infrequentes – e até inovadoras –, configurando, elas mesmas, verdadeiras normas não escritas de procedimentos, referendados por um costume *secundum constitutionem* e respaldados por julgados precedentes judiciais (CANOTILHO, 1991).

Para tanto, o foco do estudo estará centrado no sistema bicameral brasileiro de apreciação das propostas de emenda à Constituição, que impõe seja o texto examinado por ambas as Casas do Congresso Nacional.

Uma vez que boa parte das propostas de emenda à Constituição é de iniciativa do Poder Executivo, tendo a tramitação iniciada, por tradição, na Câmara dos Deputados³, coube ao Senado Federal resolver diversos impasses, decorrentes, por um lado, da necessidade de celeridade que propugnava a não alteração do texto, evitando seu regresso à Câmara, e, por outro, da intenção de seus membros em fazer valer suas prerrogativas de coautores da pretensa emenda constitucional.

Por conta disso, à custa de questionamentos e exercícios de criatividade na interpretação e aplicação regimental, estabilizou-se, no Senado Federal, o entendimento de que, no caso de rejeição de dispositivos destacados da proposta original por uma das Casas, estarão esses dispositivos definitivamente suprimidos do texto da proposta de emenda, sem a necessidade de apreciação da recusa pela outra Câmara.

Depois de aplicado em mais de uma oportunidade, o destaque, com conseqüente supressão de texto, foi questionado judicialmente. O Supremo Tribunal Federal restringiu o referido entendimento, esclarecendo que somente poderiam ser suprimidas, sem o aval da outra Câmara, as disposições excluídas que tivessem autonomia com relação ao texto remanescente. Se houvesse relação de dependência, a exclusão teria que, forçosamente, ser submetida à outra Casa legislativa.

Em decorrência dessa posição, surgiu a tendência de separar os dispositivos da proposição original, ao invés de rejeitá-los definitivamente, para que prossigam em tramitação, procedendo ao que ficou conhecido como “fatiamento”.

Nas páginas que se seguem, objetiva-se esclarecer e documentar o surgimento e a evolução desses entendimentos, sua fundamentação legal e as circunstâncias em que se desenvolveram.

2 NORMAS REGULADORAS DA REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 Preceitos para a reforma constitucional

Uma Constituição é concebida com a intenção de ter duração indefinida. Não se espera, no entanto, que seu texto não seja passível de mudanças, visto que a sociedade mesma cuja

³ Diferentemente dos projetos de lei, que deverão, por força constitucional, iniciar na Câmara dos Deputados, se de iniciativa do presidente da República, a Carta não estabelece Casa iniciadora para as propostas de emenda à Constituição elaboradas pelo Executivo.

organização político-jurídica está por ela regulada é dinâmica e sofre permanente mutação. Com essa consciência, o próprio texto constitucional costuma estabelecer regras para sua alteração, definindo os limites, os sujeitos e os procedimentos que garantirão a legitimidade das eventuais mudanças, cujo tratamento, por isso mesmo, não deve ser de caráter ordinário.

O constituinte, ao instituir o poder de alterar a Constituição dentro dos padrões por ela determinados, opera a criação de um poder constituinte específico, chamado a atuar dentro dos esquemas políticos normais, quando necessária a alteração do texto da Carta de forma a modernizá-la ou adequá-la a novas circunstâncias. Canotilho (1991, p. 99-100), ao analisá-lo, ressalta que esse “poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, ‘uma paródia do poder constituinte verdadeiro’”. Não obstante o aspecto doutrinário, o resultado de seu exercício, quando levado a termo, é um texto tão constitucional quanto aquele elaborado pelo poder constituinte originário, visto que será integrado à Constituição com o mesmo estatuto jurídico do texto primeiro.

A primariedade da Constituição como norma sobre a produção normativa, conforme Canotilho (1991, p. 817-818), se dá sob “um duplo ponto de vista: sob o ponto de vista genético-funcional, porque regula os processos através dos quais as normas do sistema jurídico podem ser criadas e modificadas; sob um ponto de vista hierárquico, porque a Constituição se situa no topo da pirâmide normativa”. Ao prever sua própria revisão, mantém-se o ponto de vista genético-funcional, embora se confunda o ponto de vista hierárquico, uma vez que a norma criada integrará o *corpus* constitucional.

Além do estabelecimento de um poder de revisão, a Constituição disciplina ainda os procedimentos que nortearão a elaboração do texto modificador. Uma Carta que almeja a maior estabilidade e perenidade possível estatui condições e métodos de alteração tais que certifiquem que se procederá não mais que às mudanças necessárias e bastantes, assegurando a legitimidade e efetividade a seu processo. Ademais, as regras são estabelecidas de forma diversa daquelas que orientam a elaboração da matéria infraconstitucional. Desse estabelecimento redonda o grau de rigidez de um texto constitucional.

Aspectos como as limitações específicas para a tramitação das propostas – temporais, circunstanciais, materiais –, bem como as exigências procedimentais – relativas à iniciativa, forma de apreciação, *quorum* qualificado para aprovação – são instituídos pela Constituição e especificados pelos Regimentos Internos das duas Casas do Congresso Nacional.

2.2 Breves ponderações sobre a revisão constitucional de 1993

A Constituição da República prevê dois mecanismos para alteração de seu texto: a emenda à Constituição, prevista no inciso I do artigo 59 e regulada no artigo 60, e a revisão constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que, assim, estabelece: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Cercada de intensos debates jurídicos sobre sua viabilidade, oportunidade e abrangência, a revisão constitucional teve suas atividades iniciadas após o quinto ano de vigência da Constituição, a 7 de outubro de 1993. As características mais notáveis do processo de elaboração de alterações do texto constitucional diziam respeito à simplificação em sua tramitação – em sessão unicameral, diferentemente do procedimento ordinário que, como se verá, se dá separadamente nas duas Câmaras do Parlamento – e à redução do *quorum* exigido para aprovação – que cai de três quintos para a maioria absoluta dos membros das Casas.

Malgrado essas facilidades proporcionadas pelo sistema de apreciação das propostas, os trabalhos da revisão constitucional ensejaram a promulgação, em 1º de março e 7 de junho de 1994, de apenas seis Emendas Constitucionais de Revisão. Encerrados seus trabalhos, esgotou-se a vigência da disposição transitória que os convocou. A partir de então, restaram como única possibilidade prevista para alterações na Carta as emendas à Constituição.

2.3 Normas reguladoras da elaboração de emendas à Constituição

O artigo 59 da Constituição abre a seção referente ao processo legislativo, constante do capítulo que regula o Poder Legislativo. Nele estão arroladas as matérias cuja elaboração será objeto do processo legislativo, quais sejam: (i) emendas à Constituição; (ii) leis complementares; (iii) leis ordinárias; (iv) leis delegadas; (v) medidas provisórias; (vi) decretos legislativos; (vii) resoluções.

A inclusão da emenda à Constituição como objeto do processo legislativo surgiu pela primeira vez em nossa história constitucional no texto de 1967, cujo artigo 46 tinha redação e estrutura semelhantes à do atual artigo 59. Na Constituição de 1946, o capítulo referente ao Poder Legislativo somente regulava a elaboração das leis. A possibilidade de alteração da Carta estava prevista à parte, no título final, “Das Disposições Gerais”, cujo artigo 217 estabelecia

que “a Constituição poderá ser emendada” e relacionava as regras para o emendamento. Tampouco os textos anteriores deram tratamento conjunto à elaboração da Lei Fundamental e das demais normas infraconstitucionais.

A Constituição vigente põe lado a lado, pois, tanto a elaboração legislativa ordinária, de que está incumbido o membro legislativo, quanto o exercício do poder constituinte dito derivado, instituído precisamente para proceder às alterações em seu texto (HORTA, 1995, p. 540). Ver-se-ão, mais adiante, algumas conseqüências dessa unificação de processo legislativo ordinário e “processo legislativo” constituinte.

As normas constitucionais específicas para a apreciação das emendas no Congresso Nacional constam do § 2º do artigo 60, que dispõe que “a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

O dispositivo estabelece o *quorum* de votação, bem como a quantidade de turnos de deliberação – por turno entende-se a etapa da deliberação que abrange a discussão da matéria em Plenário e sua votação. Ambas as exigências se diferenciam das requeridas para as demais proposições, na expectativa de garantir que o texto constitucional somente será alterado se tiver sido objeto de amplos debates e se obtiver a anuência de parcela significativa dos representantes da população. Fica também definida a necessidade de apreciação bicameral da proposta.

2.4 Normas reguladoras da elaboração de leis

Para efeito de comparação, observe-se que as regras para apreciação de projetos de lei ordinária estabelecem um único turno de discussão e votação e *quorum* de maioria simples, ou seja, a maioria dos votos dos presentes, se estiver presente à votação a maioria dos membros da Casa. Essas regras são as constantes dos artigos 65 – que estabelece o turno único – e 47 – que determina o *quorum* genérico da maioria simples.

O cotejo dos termos do artigo 65 com os do § 2º do artigo 60 é fundamental, ainda, para a compreensão dos entendimentos que se deseja analisar. De fato, além do *quorum* e da quantidade de turnos exigidos para a aprovação, está contida nesses dispositivos a regra que diz respeito ao processo bicameral de elaboração das normas.

A elaboração de normas em processo bicameral é uma técnica constante no nosso ordenamento, distinguindo-se, historicamente, pela variedade em suas manifestações, tendo percorrido

trajetória que, nascendo sob o signo da complexidade, alcançou mais tarde considerável simplificação no processo decisório, como evidenciam duas medidas simplificadoras de largo alcance: a redução dos movimentos alternados da revisão legislativa e a introdução da atividade legislativa nas sessões conjuntas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (HORTA, 1995, p. 532).

Assim, a tomar-se, por comparação, o início do período republicano, a Constituição de 1891, em seus artigos 37 e 39, estabelecia uma revisão complexa, impondo que, no caso de a Casa revisora aprovar emendas, a matéria retornasse à Casa iniciadora para apreciar as alterações, com *quorum* qualificado. Se estas fossem aprovadas, ouvia-se novamente a Casa revisora, que ainda poderia rejeitá-las pela mesma maioria

O texto constitucional de 1946 já trazia as simplificações presentes até a atualidade, sendo ainda mais preciso que o atual:

Art. 68. O projeto de lei adotado numa das Câmaras será revisto pela outra, que, aprovando-o, o enviará à sanção ou à promulgação.

Parágrafo único. A revisão será discutida e votada num só turno.

Art. 69. Se o projeto de uma Câmara for emendado na outra, volverá à primeira para que se pronuncie acerca da modificação, aprovando-a ou não.

Parágrafo único. Nos termos da votação final, será o projeto enviado à sanção.

Depreende-se que, no caso de emendamento pela Câmara revisora, a primeira Câmara é a responsável pela “votação final” a que se refere o parágrafo único do artigo 69, cabendo a esta estabelecer por definitivo o texto a ser encaminhado à sanção. A Casa iniciadora tem, assim, os poderes privilegiados de decidir se aceita ou não as sugestões de alteração porventura formuladas pela Casa revisora. Esta, por sua vez, vê-se em posição secundária, porquanto suas emendas serão objeto de apreciação irrecorrível pela outra Câmara.

É de se esperar que, nesse contexto de desigualdade de poderes, surjam, eventualmente, embates entre as Casas. Vale lembrar que a Constituição atual simplificou o texto de 1946, deixando-o menos claro, embora o entendimento continue sendo o de que a Casa iniciadora dá a palavra final sobre as emendas apresentadas pela revisora.

2.5 Especificidade da elaboração de emendas à Constituição

Como se viu, a Constituição de 1988 dá tratamento de processo legislativo tanto à elaboração de emendas à Constituição quanto à de leis. Os procedimentos, no entanto, são diversos. Enquanto para estas há a mencionada regra que sobrepõe a Casa iniciadora à revisora, para aquelas não há referência sequer a essa diferença entre as Câmaras. O § 2º do artigo 60 determina que a proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do

Congresso Nacional”, configurando, assim, o processo bicameral de elaboração do texto. Acrescenta, ainda, que a proposta será considerada “aprovada se obtiver, em ambos [os turnos], três quintos dos votos dos (...) membros [de cada Casa]”.

Diferentemente dos projetos de lei, portanto, o texto de uma proposta de emenda à Constituição só poderá se converter efetivamente em Emenda Constitucional se obtiver aprovação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional. Tautologicamente, se não houver aprovação de alguma das Câmaras, em algum dos turnos, o texto não poderá converter-se em uma Emenda Constitucional. De fato, essa é a interpretação exhaustivamente reiterada, a exemplo do que expôs o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, quando do julgamento liminar da ação direta de inconstitucionalidade n. 2031/DF contra a Emenda Constitucional n° 21, de 1999:

(...) não há retorno no processo, de elaboração da emenda constitucional, porque não incide a regra do processo legislativo ordinário, que é a da prevalência da Câmara de origem, que delibera sobre todas as alterações introduzidas na Câmara revisora e impõe o seu voto.

Na emenda constitucional o que há é a necessidade de absoluta consonância na aprovação de todas as normas constantes da proposta pelas duas Casas, em dois turnos de votação de cada uma. Se a norma é autônoma, pode a Câmara aprovar uma e rejeitar a outra, sugerida pelo texto do Senado.

A concepção de que não há hierarquia entre as Casas é a origem e a razão das discussões e conseqüentes interpretações que estão por ser analisadas. Sua primeira manifestação se deu quando da elaboração da Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993, antes ainda dos trabalhos revisionais daquele mesmo ano.

3 O DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO

3.1 A Emenda Constitucional n° 3, de 1993 – A correlação de matérias

A Proposta de Emenda à Constituição n° 2, de 1993 (n° 48, de 1991, na Câmara dos Deputados), dizia respeito a alterações no sistema tributário com vistas a proceder a um ajuste fiscal, cujo ponto de grande discussão à época foi a criação do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF). Seriam criados, ainda, os institutos processuais da ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de interpretação do Direito Federal.

Aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados, a tramitação da proposta foi objeto de questão de ordem suscitada pelo senador José Paulo Bisol⁴, que solicitou da Presidência a divisão da proposição, em virtude de não haver correlação entre as matérias, fundamentando-se no artigo 371 do Regimento Interno, que veda “a apresentação de proposta que objetive alterar dispositivos sem correlação direta entre si”.

A Presidência indeferiu a questão de ordem, alegando que a apresentação da matéria havia ocorrido na Câmara dos Deputados, não cabendo ao Senado Federal dispor sobre o assunto. Dentre os argumentos mencionados pelo senador Bisol estava o fato de que a Câmara dos Deputados já procedera à divisão de outra proposta que tratava de dispositivos não correlatos.

De fato, em 1991, o presidente da República enviara à apreciação do Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n° 51, de 1991, que se tornou conhecida, por sua abrangência, como “Emendão”. A proposta foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, que decidiu, com base no inciso III do artigo 57 do Regimento Interno daquela Casa, “promover [seu] desmembramento (...) em cinco distintas propostas de emendas constitucionais” Açambarcadas para análise no processo da revisão constitucional, essas propostas foram dadas por prejudicadas, afora as que foram retiradas pelo autor.

Submetido a votação, o recurso do senador José Paulo Bisol foi vencido, prevalecendo a decisão da Presidência. Esse caso é o primeiro a sugerir que o entendimento da possibilidade de desmembramento de proposta de emenda à Constituição poderia ser retomado no futuro.

3.2 A Emenda Constitucional n° 3, de 1993 – Supressão de dispositivos destacados

Outra questão relevante com respeito à tramitação dessa proposta de emenda à Constituição diz respeito a sua deliberação em segundo turno. Na ocasião, foram aprovados cinco requerimentos de destaque para votação de dispositivos ou expressões em separado, nos termos do inciso II⁵ do artigo 312 do Regimento Interno, que estabelece que: “O destaque de partes de qualquer proposição, bem como de emenda do grupo a que pertencer, pode ser

⁴ Cf. *Diário do Congresso Nacional – Seção II*. 9 de fevereiro de 1993, p. 1119-1124; 10 de fevereiro de 1993, p. 1149-1153; 11 de fevereiro de 1993, p. 1236-1246.

⁵ À época, o dispositivo mencionado era a alínea “b” do artigo 312. Em virtude de adequações às Leis Complementares n° 95, de 1998, e 107, de 2001, as edições mais recentes do Regimento Interno do Senado Federal alteraram a classificação desse dispositivo para inciso II, que utilizaremos.

concedido, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, para: II – votação em separado”.

O destaque para votação em separado é expediente que antecede a votação de uma proposição. A aprovação do requerimento que o solicita implica a divisão do texto, separando-se a parte destacada – que pode ser uma expressão, um dispositivo ou grupo de dispositivos – para apreciação imediatamente posterior à da matéria principal, que, conseqüentemente, é votada sem que dela constem os trechos destacados. São necessárias, então, tantas votações quantos forem os requerimentos aprovados, além da votação preliminar da matéria principal, com a ressalva dos destaques.

Foi então votada e aprovada a proposta, sem as cinco partes destacadas em decorrência da aprovação dos requerimentos mencionados. Quatro escrutínios garantiram os três quintos de votos necessários – 49 senadores – para fazer as matérias respectivas retornarem ao texto da proposição. Em uma das votações, no entanto, o painel acusou 45 votos “sim”, 25 votos “não”, e nenhuma abstenção. Não tendo atingido o *quorum* vindicado para aprovação, os dispositivos destacados – que diziam respeito à criação da ação direta de interpretação do Direito Federal – foram dados como rejeitados e suprimidos definitivamente do texto da proposta.

O texto remanescente, por sua vez, restava aprovado regularmente pelo *quorum* qualificado, em dois turnos, pelas duas Casas. Perfazia, portanto, as exigências constitucionais. A Presidência convocou, então, sessão solene conjunta do Congresso Nacional destinada à promulgação do texto aprovado.

Vale lembrar que a promulgação de Emenda Constitucional, de acordo com o § 3º do artigo 60 da Constituição, é prerrogativa das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Na oportunidade, não se registraram contestações à eliminação de dispositivos aprovados em dois turnos pela Câmara e em um turno pelo Senado, que os rejeitara em segundo turno.

3.3 A reforma da previdência – A Emenda Constitucional nº 20, de 1998

Situação semelhante ocorreu quando da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1996 (nº 33, de 1995, na Câmara dos Deputados), que deu origem à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a reforma da previdência promovida pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. Alvo de profusos e acirrados debates, pela primeira vez uma proposta de emenda à Constituição de 1988 seria apreciada duas vezes pela mesma Casa, uma vez que o Senado Federal, após a análise da matéria pela Câmara dos

Deputados, promovera diversas modificações em seu texto, consignando-as na espécie de emenda global denominada substitutivo.

Uma vez aprovado em primeiro turno no Senado, o substitutivo ainda precisaria ser aprovado sem alterações, em segundo turno, pelos senadores. Para que a proposta fosse aprovada em definitivo pela Câmara, os deputados teriam, então, que manter o substitutivo do Senado em dois turnos.

No exame em segundo turno no Senado, no entanto, a apresentação, entre outros, do Requerimento n° 835, de 1997, do senador Antonio Carlos Magalhães, suscitou amplo debate (BRASIL, 1997, p. 21313-21397). Solicitava o requerimento o destaque, para votação em separado, da expressão “no que couber”, constante do inciso VI do artigo 93, na forma dada pelo artigo 1° do texto aprovado em primeiro turno, cuja redação era: “a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40, no que couber.”

A retirada da expressão excluiria a possibilidade de tratar-se com diferenciação a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes – e, por remissão do § 4° do artigo 129, dos membros do Ministério Público –, com relação à dos demais servidores. Também se destacava, por correlação, a mesma expressão, constante do § 2° do artigo 8° da proposta, relativo à aposentadoria dos membros do Tribunal de Contas.

À leitura do requerimento, seguiu-se a suscitação, pelo Senador Ronaldo Cunha Lima, de questão de ordem contra sua admissibilidade, lavrada nos seguintes termos:

Se a Constituição estabelece a exigência de dois turnos e a aprovação, em dois turnos, da matéria para a sua validade, resta evidente que a discussão em segundo turno, modificando o que foi votado no primeiro, invalida o dispositivo constitucional, porque diz “aprovação em dois turnos”. Estamos modificando, no segundo, o que foi aprovado no primeiro. (BRASIL, 1997, p. 21343)

Em sua contestação, o senador Antonio Carlos Magalhães fez longa exposição de argumentos que merece nossa mais detida atenção, uma vez que servem de sustentação para o entendimento que se vai firmando sobre o tema. O arrazoado do senador fundamentou-se em dois pilares: a distinção entre destaque e emenda e a enumeração de precedentes históricos.

3.4 A distinção entre destaque e emenda

Para esclarecer a individuação entre destaque e emenda, o senador Antonio Carlos Magalhães (BRASIL, 1997) expõe sua diferença tanto sob o aspecto da hierarquia das normas

jurídicas quanto de sua natureza. Com relação à primeira, lembra serem as emendas instrumentos originários do texto constitucional, enquanto os destaques são mecanismos regimentais. Quanto à natureza, distingue-se a emenda por constituir-se em uma proposição, consoante o inciso VI do artigo 211 do Regimento Interno, enquanto o destaque “é um simples instrumento processual acessório de uma proposição, inclusive de uma emenda” (BRASIL, 1997, p. 21346).

Outras disjunções aludidas dizem respeito à posição desses mecanismos no trâmite processual. A emenda é instrumento associado à fase instrutória, devendo ser apresentada no início de cada etapa de tramitação e apreciada por comissão antes de sua submissão ao Plenário, enquanto o destaque é ferramenta vinculada à fase de votação, antes da qual deverá ser requerido.

Tecidas essas considerações, constata o senador que “evidencia-se, assim, seu caráter [do destaque] de recurso derradeiro, extremo, à disposição do parlamentar para tentar modificar uma proposição que está prestes a ser votada” (BRASIL, 1997, p. 21347). Isto posto, junge ainda a menção ao artigo 363, *in fine*, do Regimento Interno, que determina que, no segundo turno de apreciação de proposta de emenda à Constituição, somente “poderão ser oferecidas emendas que não envolvam o mérito” (*idem*), ao passo que

o destaque (...) pode ser formulado no segundo turno porque não gera, ao contrário da emenda, o problema que acabo de descrever. Isso porque, como a parte destacada já foi aprovada no primeiro turno, se for novamente aprovada no segundo, estará atendido o requisito constitucional da aprovação nos dois turnos. Por outro lado, se a parte destacada for rejeitada no segundo turno, resultará excluída do texto final, pois não terá obtido a aprovação dos dois turnos. (BRASIL, 1997, p. 21347))

A exposição remete, ainda, ao Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, que admitia, para o segundo turno, não somente os destaques, mas também as emendas supressivas, conforme disposto em seu art. 29. O arazoado conclui que, se o texto destacado não alcançar em um dos turnos a aprovação por meio dos votos favoráveis de três quintos dos membros da Casa em que se encontrar a proposta, estará definitivamente rejeitado.

3.5 Os precedentes – O projeto das inelegibilidades

A tese defendida nessa ocasião teve uma série de precedentes que merecem menção, por configurarem uma tendência do que, como estamos a detectar, acabou por se tornar regra no atual processo de elaboração das emendas constitucionais. Além do já referido caso relativo à Emenda Constitucional nº 3, de 1993, outras três situações são dignas de nota.

Já em 1965, a Presidência do Senado Federal firmara entendimento sobre o assunto, quando da tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 144, de 1965 (nº 2.956, de 1965, na Casa de origem), que estabelecia novos casos de inelegibilidades, com fundamento no art. 2º da Emenda Constitucional nº 14, de 1965 (BRASIL, 1965, p. 248-2455). Essa emenda instituía casos de inelegibilidades, remetendo a lei especial o estabelecimento de outras situações, propósito da proposição em questão.

O projeto fora aprovado pela Câmara dos Deputados e, quando de sua apreciação pelo Senado Federal, foi objeto de destaque para votação em separado⁶ a expressão “ou de Diretor de Autarquia”, constante de seu artigo 6º, cujo texto integral era:

Art. 6º. São inelegíveis até 31 de dezembro de 1965 os que estavam ocupando cargo de Secretário de Estado ou de Diretor de Autarquia nos últimos 12 (doze) meses do exercício de Governadores suspensos ou impedidos em decorrência do Ato Institucional ou por decisão da respectiva Assembleia Legislativa.

A expressão foi rejeitada pelo Plenário e, conseqüentemente, retirada do texto final. Quando da votação da redação final, o senador Aloysio de Carvalho pediu a palavra para argumentar que o projeto deveria retornar à Câmara dos Deputados, uma vez que a rejeição da expressão equivaleria à aprovação de uma emenda supressiva. O pronunciamento do senador foi tomado pelo presidente Auro Moura Andrade como uma questão de ordem e sofreu contestação do senador Daniel Krieger. A contestação tomou por base a especialidade da matéria, visto que o projeto fora apresentado sob a égide do parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 14, de 1965, segundo o qual:

Parágrafo único. O Projeto que disponha sobre a matéria desse artigo, para transformar-se em lei, dependerá da aprovação, por maioria absoluta, pelo sistema nominal, em cada uma das Câmaras do Congresso Nacional. (BRASIL, 1986, p. 323)

Vê-se que há uma sensível distinção entre as exigências para aprovação de projetos com tramitação baseada nesse dispositivo e os projetos comuns. Enquanto para estes a Constituição exigia apenas o encaminhamento da matéria da Casa iniciadora à Casa revisora e, no caso de emendamento, seu retorno à primeira, para aqueles a exigência reside na necessidade de aprovação do texto pelas duas Câmaras, em maioria absoluta.

À parte do *quorum* necessário, a diferença que interessa aqui consiste na necessidade de aprovação de um mesmo texto por ambas as Casas. Essa exigência não consta das normas estabelecidas para as leis ordinárias. De fato, se a Casa revisora aprovar emenda ao texto a ela

⁶ Na verdade, o requerimento apresentado solicitava destaque para rejeição, que é uma modalidade de destaque em que, ao se votar o requerimento, automaticamente vota-se também a matéria à qual ele se refere. Essa modalidade, ainda presente no Regimento Interno do Senado Federal, caiu em desuso.

submetido e, quando de sua reapreciação pela Casa iniciadora, essa emenda for rejeitada, o texto definitivo será o que esta última aprovou, a despeito de guardar mudanças com relação àquele aprovado pela outra Câmara.

No caso do projeto em questão, regido pelo dispositivo constitucional citado, a exigência para sua transformação em lei não é meramente a deliberação pelas duas Casas, mas sua aprovação por ambas, ou seja, o mesmo texto deve ser aprovado por uma e outra Câmara. Esse raciocínio é o mesmo que norteia a apreciação de propostas de emenda à Constituição, visto que as normas que regeram a aprovação desse projeto são semelhantes, na espécie, àquelas constantes do § 2º do artigo 60 da Constituição da República.

Dessa forma, entendeu a Presidência que a expressão destacada, rejeitada pelo Plenário do Senado Federal, não poderia constar do texto da lei a ser encaminhada à sanção. Tampouco deveria ser encaminhada à Câmara dos Deputados, visto que, ainda que essa Casa reiterasse sua posição favorável, a expressão não poderia retornar ao texto, uma vez que não fora aprovada pelo Senado Federal, descumprindo a exigência constitucional de aprovação em ambas as Casas. Na fundamentação de sua decisão, o senador Auro Moura Andrade arazoou:

Apenas para exemplificar: quando estamos em reunião do Congresso Nacional, conjunta, para deliberar a respeito de projetos de lei ou de emendas à Constituição, a Câmara vota em primeiro lugar; em seguida é submetida ao Senado a matéria que ela, Câmara, aprovou e não a que recusou. Assim, se o Senado votar em primeiro lugar, é submetida à Câmara a matéria que o Senado aprovou e nunca também a matéria que o Senado rejeitou.

No caso específico, a Emenda Constitucional ao art. 124, que estabeleceu condições de elegibilidade e inelegibilidade, no parágrafo único, do art. 2º determina que a matéria, para transformar-se em lei, dependerá da aprovação por maioria absoluta, em cada uma das Casas do Congresso Nacional. A matéria destacada não teve aprovação no Senado Federal. O processo legislativo está, portanto, encerrado. A Câmara não tem que se pronunciar sobre a recusa dada pelo Senado a esses dispositivos. (BRASIL, 1965).

O projeto foi encaminhado à sanção presidencial sem a expressão rejeitada e converteu-se na Lei nº 4.738, de 15 de julho de 1965.

3.6 Os precedentes – A lei complementar do parlamentarismo

A Emenda à Constituição de 1946 nº 4, de 2 de setembro de 1961, também conhecida como Ato Adicional, foi editada quando da renúncia do presidente Jânio Quadros e instituiu o sistema parlamentar de governo, permitindo que o então vice-presidente João Goulart tomasse posse. Sua tramitação ocorreu em tempo exíguo, mas não ensejou debates regimentais significativos para nosso estudo. Na verdade, a matéria à qual o senador Moura Andrade se

referiu em seu pronunciamento foi o Projeto de Lei da Câmara nº 2, de 1962 (nº 3.606, de 1961, na Casa de origem), que complementava a organização do sistema parlamentar de governo.

Esse projeto, como aquele das inelegibilidades, foi apresentado com base em dispositivo constitucional específico que determinava a aprovação do texto pelas duas Casas. O artigo 22 do Ato Adicional estabelecia: “Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros”.

Também o texto desse projeto foi objeto de rejeição de diversas disposições destacadas para votação em separado, além de outras alterações que forçariam seu retorno à Câmara dos Deputados. Conforme lembrou o presidente Moura Andrade, na ocasião, a Comissão de Redação apresentou parecer em que alegava, antecipando os argumentos que nortearam a decisão tomada posteriormente:

Se aceita a condição de que a lei complementar do Ato Adicional há de ser aprovada, em ambas as Casas do Congresso Nacional, por maioria absoluta dos respectivos membros, os dispositivos rejeitados pelo Senado, nos projetos dessa natureza, que tenham sido iniciados na Câmara dos Deputados, não mais poderão ser objeto de apreciação na Casa de origem, uma vez que não mais poderão ser restabelecidos. (BRASIL, 1962^a, p. 182-183).

Nesse sentido, a Comissão de Redação apresentou duas propostas de redação final, seguindo critérios diversos: “um (...), como vem sendo apresentada nos processos comuns e outro (...), obedecidas as peculiaridades do projeto em apreço”. A decisão sobre qual das duas formas seria utilizada coube à Comissão de Constituição e Justiça, cujo parecer (BRASIL, 1962b, p. 214-2015) referendou a argumentação da Comissão de Redação, optando pela segunda proposta de redação final.

O projeto foi encaminhado à Câmara consignando-se os “dispositivos a que o Senado propõe alterações e os dispositivos cujo acréscimo o Senado propõe”, para que fossem apreciados por aquela Casa, e, à parte, os “dispositivos rejeitados pelo Senado (art. 22 da Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961)” (BRASIL, 1962c, p. 219-223).

A Câmara dos Deputados, no entanto, não adotou o mesmo entendimento, e considerou os dispositivos rejeitados como emendas supressivas, apreciando-as e rejeitando algumas, reinsertando os respectivos dispositivos no texto do projeto que encaminhou à sanção, a despeito de esses não haverem sido aprovados, a rigor, nas duas Casas. Sancionado, converteu-se na Lei Complementar nº 1 de 17 de julho de 1962.

3.7 Os precedentes – O projeto Canale

No terceiro precedente, foi a Câmara dos Deputados que rejeitou dispositivo de um projeto e encaminhou o texto que restou aprovado à sanção. Trata-se do Projeto de Lei do Senado n° 92, de 1979 (n° 957, de 1979, naquela Casa).

Conhecido como projeto senador Mendes Canale, seu texto prorrogava a realização de convenções partidárias, ao tempo em que mantinha na direção dos partidos seus então titulares. Essa última disposição constava do artigo 2° do projeto, aprovado pelo Senado Federal, nos seguintes termos: “As atuais Comissões Executivas responderão pela direção dos respectivos partidos até a eleição dos novos dirigentes partidários, prevista nas convenções a que se refere o art. 28 da Lei n° 5.682, de 21 de julho de 1971”.

Esse dispositivo foi destacado e rejeitado pela Câmara dos Deputados, que decidiu por remeter o texto restante à sanção presidencial. A decisão foi objeto de questão de ordem apresentada pelo senador Itamar Franco em 8 de junho de 1979 (BRASIL, 1979, p. 2564-2565). O presidente Luiz Viana, após ouvir amplo debate sobre o tema, resolveu enviar ofício ao presidente da Câmara dos Deputados, deputado Flávio Marcílio, solicitando fosse esclarecida a remessa à sanção, acrescentando que “uma vez que, tendo sofrido alteração, mesmo de caráter supressivo, no entendimento desta Presidência deveria ser a referida alteração apreciada pelo Senado”.

A resposta do deputado Flávio Marcílio mencionou a referida decisão do presidente Moura Andrade quando da apreciação do projeto sobre inelegibilidades. Acrescentou, ainda, novo argumento, esclarecendo que o dispositivo fora retirado do texto em virtude de sua rejeição após ter sido destacado para votação em separado:

Na espécie: primeiro, não houve emendas; segundo, não houve votação de destaque; terceiro, houve votação da matéria destacada. Assim, não sendo o destaque tecnicamente emenda, não havia como formalizar emenda supressiva ao artigo rejeitado. (BRASIL, 1979b, s/n)

Ressalte-se que o deputado utilizou do mesmo raciocínio defendido posteriormente com relação à distinção entre o destaque e a emenda supressiva.

O projeto foi remetido à sanção pelo presidente da Câmara dos Deputados, expurgado do dispositivo rejeitado, e converteu-se na Lei n° 6.658, de 7 de junho de 1979.

3.8 Ainda a Emenda Constitucional n° 20, de 1998

Com a exposição desses precedentes históricos, aqui revisitados, o senador Antonio Carlos Magalhães defendeu que a proposta de emenda à Constituição da reforma da previdência poderia ter expressões destacadas da forma por ele proposta, sem afetar o restante da matéria. As discussões que então se seguiram, a exemplo do que ocorreu nas ocasiões aludidas, contaram com as sólidas análises do senador Josaphat Marinho, que, mesmo contrário ao mérito do destaque, afirmou: “vejo sobretudo o Regimento como um instrumento em favor das minorias para evitar a tirania das Mesas dirigentes. Por isso, em matéria como o destaque, eu o admito sempre para discussão”.

Após os debates, a Presidência decidiu pelo não acolhimento da questão de ordem. Impetrado recurso ao Plenário, foi referendada a decisão por 55 votos favoráveis, 11 contrários e uma abstenção. A votação da matéria culminou com a rejeição da parte destacada e a consagração do entendimento de que tal destaque poderia ser admitido em segundo turno. A proposta foi à Câmara dos Deputados, que a aprovou nos dois turnos, também destacando, rejeitando e suprimindo disposições aprovadas pelo Senado. Promulgado em 15 de dezembro de 1998, o texto remanescente integra a Carta na forma da Emenda Constitucional n° 20.

3.9 A Emenda Constitucional n° 21, de 1999, e a decisão do Supremo Tribunal Federal

A consolidação do entendimento de que a rejeição de matéria destacada não obriga a apreciação do texto suprimido pela outra Casa legislativa foi reforçada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.031/DF, oposta à Emenda Constitucional n° 21, de 18 de março de 1999. A referida Emenda prorrogou a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF) até março de 2002. A ação questionava, entre outras alegações, a supressão de duas expressões que tinham sido aprovadas pelo Senado Federal e, rejeitadas pela Câmara dos Deputados, não constaram do texto promulgado.

De fato, a Proposta de Emenda à Constituição n° 34, de 1998 (n° 637, de 1999, na Câmara dos Deputados), que originou a Emenda n° 21, de 1999, foi aprovada pelo Senado Federal e teve duas expressões destacadas e rejeitadas pela Câmara dos Deputados. O texto acrescentava artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, propondo a seguinte redação para os parágrafos, cujas expressões grifadas foram as suprimidas pela Câmara:

§ 1º Observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal, a alíquota da contribuição será de trinta e cinco centésimos por cento, nos primeiros doze meses, e de trinta centésimos, nos meses subseqüentes, facultado ao Poder Executivo reduzi-la **ou restabelecê-la**, total ou parcialmente, nos limites aqui definidos.

§ 3º É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999, **hipótese em que o resultado da arrecadação verificado no exercício financeiro de 2002 será integralmente destinado ao resgate da dívida pública federal.**

O julgamento da ação pelo Supremo concluiu diferentemente com relação a cada uma das partes suprimidas. Concordou o Tribunal com a retirada da expressão ou restabelecê-la do § 1º, argumentando que: “a possibilidade de restabelecimento da alíquota original tinha caráter autônomo em relação à possibilidade de sua redução, não tendo a supressão daquela importado em modificação substancial do sentido da norma aprovada e promulgada” (BRASIL, 2002).

A respeito da alteração promovida no § 3º da proposta, baseando-se em argumentação do voto do Ministro Nelson Jobim ainda quando do julgamento liminar, entendera o Supremo que a expressão retirada não tinha autonomia em relação à primeira parte do dispositivo. A decisão final do Supremo foi de julgar parcialmente procedente o pedido dos impetrantes, declarando a inconstitucionalidade do mencionado § 3º.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade vigorizou, consolidando-o, o entendimento que já se fazia consagrado na tradição *interna corporis* de ambas as Casas do Congresso Nacional. Estipulou, em acréscimo, o critério da autonomia das normas como definidor da possibilidade de supressão, sem que a outra Câmara se manifestasse sobre a alteração.

Comprovando a validade dessa interpretação, a proposta que originou a Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002 – nova prorrogação da CPMF –, teve disposições suprimidas à luz desse entendimento e não consta ter havido contestação.

4 O FATIAMENTO

Consoante demonstrado, fixou-se como regra não escrita, ainda que aceita, por constitucional e regimental, que a supressão, por uma Casa, de dispositivos ou expressões destacadas para votação em separado não precisa ser submetida ao crivo da outra Câmara. Essa regra origina-se diretamente do interesse em reduzir o período de tramitação da proposta, evitando uma nova apreciação em dois turnos, que poderia ensejar, inclusive, novas alterações.

A idéia do fatiamento começou a ser aventada quando da tramitação da já mencionada proposta de reforma da previdência, que ocorreu à mesma época em que tramitava a proposta de reforma administrativa. Extensas e enredadas, as propostas percorreram longos percursos em virtude da natureza polêmica de alguns de seus dispositivos. Outras matérias nelas contidas, no entanto, tinham o apoio necessário para aprovação.

A solução de destacar parte das proposições para rejeitá-las, mesmo que, como se viu, tenha sido utilizada, não parecia ser a mais adequada, visto que ainda havia interesse de levar adiante a discussão sobre os aspectos não consensuais, evitando-lhes a rejeição. Vale lembrar que a rejeição de matéria contida em proposta de emenda à Constituição impede sua reapresentação até a sessão legislativa seguinte.

Para exemplificar, tome-se, novamente, a proposta de reforma da previdência. Como se viu, aprovado o substitutivo no Senado Federal em dois turnos – ainda que com a supressão de dispositivos – a proposição teria que passar por mais dois turnos na Câmara dos Deputados, sem alteração, para que pudesse ser promulgada sem retornar à análise dos senadores. Os deputados, que discordavam de alguns pontos do substitutivo do Senado, lançaram mão do recurso do destaque para rejeitar, entre outros, os dispositivos referentes à associação do critério do limite mínimo de idade ao de tempo mínimo de contribuição para aposentadoria no regime geral de previdência social – o critério somente foi aprovado para os servidores públicos – e o redutor de até trinta por cento nos proventos de aposentadoria dos servidores públicos.

Essas duas matérias eram consideradas aspectos centrais da reforma da previdência. Rejeitadas pelos deputados, estava vedada, por força constitucional, nova apreciação sobre elas naquela sessão legislativa. Os dispositivos restantes, aprovados, conformaram a Emenda Constitucional, que pôde ser promulgada sem que a proposta voltasse à apreciação do Senado.

Ocorre então, a partir de situações como a relatada, considerar-se a possibilidade de, ao invés de rejeitar os dispositivos destacados, mantê-los em tramitação para aprofundamento dos debates, angariação de apoios e estabelecimento de novos acordos, separando o texto restante, de caráter pacífico, para que se lhe ultimem os procedimentos. Assim, dividida em fatias, poder-se-iam acomodar os diversos interesses sem que se maculassem os ditames constitucionais e regimentais. A idéia foi, a partir de então, aventada em reiteradas situações, até que fosse, como se verá, efetivada.

4.1 A reforma administrativa – A Emenda Constitucional n° 19, de 1998

Para compreender as discussões relacionadas a nosso tema que envolveram a apreciação da Proposta de Emenda à Constituição n° 41, de 1997 (n° 173, de 1995, na Câmara dos Deputados), que originou a Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1998, conhecida como reforma administrativa, é necessário lembrar que sua tramitação no Congresso Nacional se deu à mesma época em que foi analisada a reforma da previdência. As duas propostas continham matérias comuns, eventualmente complementares, e mesmo discordantes uma da outra.

Os debates da proposta de reforma da previdência sobre a aposentadoria dos magistrados e a decisão do Plenário do Senado Federal em rejeitar a expressão que a diferenciava da dos demais servidores ocorreram em 8 de outubro de 1997, data em que foi a matéria encaminhada à Câmara. Na oportunidade, a proposta de reforma administrativa tinha sido votada em primeiro turno na Câmara dos Deputados, tendo restado pendente a votação da redação para o segundo turno.

Após aprovada pelos deputados, a proposta de reforma administrativa foi lida no Senado Federal em 1° de dezembro de 1997. Em seu texto, como se disse, havia matérias também reguladas pela reforma da previdência. A Mesa do Senado Federal preparou um estudo para relacionar essas matérias e averiguar as conseqüências da aprovação de ambas as propostas. O referido estudo encontrou dois casos de *sobreposição e contradição* entre o texto aprovado pelo Senado e o da Câmara. A Tabela I compara os textos, com grifos ressaltando as diferenças:

Tabela I

Texto da Constituição	Texto aprovado pela Câmara dos Deputados na PEC da reforma administrativa	Texto aprovado pelo Senado Federal na PEC da reforma da previdência
Art. 73, § 3° Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos.	Art. 73, § 3° Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e subsídio dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos.	Art. 73, § 3° Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

Texto da Constituição	Texto aprovado pela Câmara dos Deputados na PEC da reforma administrativa	Texto aprovado pelo Senado Federal na PEC da reforma da previdência
Art. 93, VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;	Art. 93, VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta e cinco anos de serviço, após dez anos de serviço público, sendo no mínimo cinco anos de exercício efetivo na judicatura;	Art. 93, VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;

(Fonte: Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal)

As contradições diziam respeito não somente ao já citado inciso VI do artigo 93 da Constituição, que trata da aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes, como também ao § 3º do artigo 73, que regula as aposentadorias dos Ministros do Tribunal de Contas da União. O Senado Federal, conforme analisado, havia rejeitado a diferenciação dos benefícios destes com relação aos demais servidores, enquanto a Câmara mantivera as vantagens.

A situação requeria solução obrigatória, visto ser impensável a ocorrência esdrúxula de inserirem-se na Constituição normas antagônicas. Configurava-se uma divergência de posição entre as duas Casas, de resolução não regulada pelas normas constitucionais e regimentais. De acordo com a Mesa do Senado Federal:

embora no atual contexto histórico seja absolutamente indispensável que se alcance a “superação da divergência”, as regras constitucionais e regimentais (de ambas as Casas do Congresso) sobre processo legislativo apresentam-se como um fator a mais de dificuldade. Isso porque – nos moldes atuais de funcionamento do Sistema Bicameral Brasileiro – cada Casa pode alterar o texto aprovado pela outra Casa Legislativa, e, se assim o fizer, a matéria a esta retornará, sem que esteja prescrita uma fórmula de conclusão do trâmite de uma proposta de emenda à Constituição, quando objeto de divergência. Não há, na Constituição ou no Regimento Comum do Congresso Nacional, a previsão de qualquer mecanismo institucional conciliatório para superar impasses como esse. (BRASIL, 1997).

Com vistas à manutenção de suas posições, o Senado Federal apresentou sua solução para o problema. O Parecer nº 24, de 1998, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, exarado quando da análise da proposta, concluiu por sua aprovação, na forma como remetida pela Câmara dos Deputados, com a seguinte complementação:

Um dos principais objetivos perseguidos pelo Relator daquela PEC [nº 33, de 1996 – reforma da previdência], o ilustre Senador Beni Veras, e pelos demais Senadores, quando de sua tramitação nesta Casa, foi a eliminação de todos os privilégios existentes nas aposentadorias de diversas categorias. Neste sentido, a PEC nº 33, de 1996, propõe alterações no § 3º do art. 73 e no inciso VI do art. 93 da Lei Maior, no

sentido de igualar a aposentadoria dos magistrados e membros dos Tribunais de Contas à dos servidores públicos. Ocorre, no entanto, que a presente Proposta de Emenda à Constituição n° 41, de 1997, recebida pelo Senado Federal da Câmara dos Deputados em 1° de dezembro de 1997, trata das mesmas matérias de forma diversa. Registre-se, inclusive, que, mesmo porque a PEC n° 41, de 1997, foi aprovada, em primeiro turno, na Câmara dos Deputados, em 9 de julho de 1997, isto é, anteriormente à deliberação do Senado Federal sobre a PEC n° 33, de 1996, ela manteve os privilégios da aposentadoria dos magistrados e membros dos Tribunais de Contas, contrariando a decisão tomada pelo Plenário desta Câmara Alta. Assim, manifestamos pela prejudicialidade das alterações promovidas pelos arts. 13 e 14 da PEC n° 41, de 1997, ao § 3° do art. 73 e ao inciso VI do art. 93 da Constituição, em virtude de seu prejulgamento pelo Plenário em outra deliberação (BRASIL, 1998a, p. 00709-00720)

O presidente do Senado Federal, senador Antonio Carlos Magalhães, considerou a manifestação da Comissão uma preliminar e a submeteu ao Plenário durante a discussão, em primeiro turno, da proposta, apresentando os seguintes argumentos:

A Presidência entende, como também entendeu a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que esta Casa já se manifestou e decidiu quanto à matéria constante dos arts. 13 e 14, que alteram o § 3° do art. 73 e ao inciso VI do art. 93 da Constituição, respectivamente, ao deliberar sobre a proposta da Previdência. O assunto constituiu-se, portanto, matéria vencida, de conformidade com o disposto na alínea “b” do art. 334 do Regimento Interno. Nesse sentido, esta Casa não poderia voltar atrás, desconhecendo o Regimento Interno e frustrando a opinião pública, que aplaudiu o Senado. Daí por que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania deliberou, preliminarmente, (...) pela prejudicialidade dos dispositivos em questão, que deve ser submetida à decisão soberana do Plenário. (BRASIL, 1998a, p. 01355)

O relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador Romero Jucá, assim expôs sua posição:

(...) procuramos um caminho que, de um lado, respeitasse a legislação, mantivesse a linha e a conduta da ordem jurídica, e, de outro, mantivesse a sinalização da Casa [com relação à igualdade de tratamento em respeito à aposentadoria] para toda a sociedade brasileira. (...) Buscamos então no Regimento Interno (...) a saída criativa que entendemos (...) ser viável e factível para resolver a questão. Há, no art. 334 do Capítulo XVIII do Regimento Interno, uma questão cuja decisão política e técnica está a critério da Casa. A letra “b” desse artigo dispõe especificamente que a Casa poderá tornar matéria prejudicada em virtude de seu prejulgamento pelo Plenário em outra deliberação. Apenas isso. (...) O fato de se levantar a possibilidade de a Câmara dos Deputados tomar a mesma decisão em relação à Reforma da Previdência é uma questão que não nos cabe. Se o Regimento Interno daquela Casa assemelhar-se ao nosso (...), será também facultado aos Deputados tornar algum (...) texto prejudicado. Essa é uma questão opcional da Câmara dos Deputados, assim como é optativa (...) para o Senado Federal (BRASIL, 1998a, p. 01362).

Aprovada a preliminar de prejudicialidade, a decisão do Senado Federal, entretanto, não foi recebida pacificamente pelos deputados. No mesmo dia em que ocorreu a aprovação da preliminar de prejudicialidade, o deputado Arnaldo Faria de Sá levantou questão de ordem, indagando se a proposta deveria ou não retornar à Câmara dos Deputados (BRASIL, 1998b, p. 02102-02103). Em sua resposta, o presidente Michel Temer conclui que:

Qualquer alteração feita pelo Senado Federal em proposta oriunda da Câmara dos Deputados, seja por supressão, prejudicialidade, adição, seja por modificação, que guarde correlação com o mérito da matéria aprovada nesta Casa, deverá ser objeto de nova apreciação por parte da Câmara dos Deputados. (...) Não há, portanto, como promulgar essa parte do projeto de emenda à Constituição sem nova apreciação pela Câmara dos Deputados. (BRASIL, 1998b, p. 02942-02945).

Apesar de externado esse posicionamento, a Mesa da Câmara dos Deputados, juntamente com a do Senado Federal, promulgou a Emenda Constitucional n° 19, de 1998, sem que aquela Casa apreciasse os dispositivos tidos por prejudicados pela Câmara Alta. Note-se, no entanto, não ter havido incoerência com relação à decisão mencionada, uma vez que a matéria prejudicada não foi de fato promulgada, visto que suprimida.

Interessam-nos, outrossim, outras conclusões constantes dessa decisão da Mesa da Câmara. Em suas considerações, o presidente Temer levanta, em tese, a hipótese do fatiamento, defendendo-a, por analogia, a partir do cotejo com as disposições que regem o veto presidencial a projeto de lei:

(...) estamos examinando a hipótese de projeto de emenda à Constituição Federal cuja maior parte já foi aprovada por ambas as Casas do Congresso Nacional. Tomemos o caso do projeto de lei. Aprovado por ambas as Casas, será remetido à sanção do Presidente da República. Este poderá sanciona-lo parcialmente e vetá-lo, por igual, em parte. A parcela sancionada é promulgada; a vetada, com os motivos do veto, retorna à apreciação do Congresso Nacional. (...) No caso de emenda à Constituição, a interpretação, por analogia, determina que a parte aprovada, nos termos constitucionais, seja promulgada pelas duas Mesas do Congresso Nacional; aquela pendente de aprovação continuará a ser discutida enquanto subsistir o reenvio de uma a outra Casa. (BRASIL, 1998b)

Os termos dessa decisão configuram a primeira manifestação, em caráter oficial, favorável ao fatiamento. Não tendo chegado à concretização, nessa oportunidade, a ventilação da possibilidade estatuiu uma clara tendência: o fatiamento era uma solução possível que, quando necessária, seria utilizada. Antes dessa manifestação, recorde-se que já se levantara um embrião dessa possibilidade quando da questão de ordem do senador José Paulo Bisol na apreciação da proposta que originou a Emenda Constitucional n° 3, de 1993, e a remissão ao “Emendão”.

4.2 A segunda reforma da previdência – A Emenda Constitucional n° 41, de 2003. A “PEC paralela”

A segunda reforma dos dispositivos constitucionais referentes à previdência social,

promovida pelo governo do presidente Lula da Silva, consubstanciou a tendência pelo fatiamento de proposta que apresentasse disposições acordes. Sua forma de execução, no entanto, foi marcada por uma série de vaivéns.

Lida no Senado Federal em fins de agosto de 2003, após ter sido aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição n° 67, de 2003 (n° 40, de 2003, naquela Casa), recebeu diversas emendas apresentadas pelos senadores. Para garantir sua rejeição – condição necessária para promulgação sem a necessidade de nova apreciação pela Câmara –, firmou-se o compromisso de permitir a continuidade da tramitação de determinados temas, objeto dessas emendas, para apreciação imediatamente posterior. A solução do fatiamento se configurava propícia para a conjuntura.

O Parecer n° 1.486, de 2003, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (BRASIL, 2003, p. 31440-31684) concluiu pela aprovação da proposta conforme encaminhada pela Câmara e, para garantir a seqüência do texto a ser modificado, fundamentou-se nos artigos 133, IV, e 314, VIII, do Regimento Interno, para propor que se destacassem essas emendas para que fossem reapresentadas, na forma de uma nova proposição.

A Proposta de Emenda à Constituição n° 77, de 2003, alcunhada de “PEC paralela”, foi apresentada, entretanto, como matéria nova, antes mesmo da apreciação de requerimento fundamentado nos dispositivos mencionados pelo parecer. Ademais, após sua leitura, novas emendas foram aditadas à PEC n° 67, a cuja continuidade de tramitação estava condicionada sua aprovação. Essas emendas não poderiam ser transferidas para a “PEC paralela”, tampouco rejeitadas pelo Plenário, sob pena de não poderem ser apreciadas naquela sessão legislativa, por força do já citado § 5° do artigo 60 da Constituição. Tampouco era conveniente reapresentar as emendas à “PEC paralela”, dada a necessidade de nova oitiva da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para exarar parecer sobre elas, o que ia de encontro ao acordo que garantiria a celeridade da aprovação de ambas as propostas.

A solução encontrada foi, então, apresentar a Proposta de Emenda à Constituição n° 92, de 2003, que incorporava as alterações constantes do acordo firmado. O *tertius* não obteve o resultado pretendido, tendo optado a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania pela apresentação de substitutivo à “PEC paralela”, que acabou por ser aprovado pelo Plenário e encaminhado à Câmara dos Deputados. A proposta original foi aprovada nos termos em que fora recebida daquela Casa e promulgada como Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003.

Os caminhos por que passou a segunda proposta de reforma da previdência permitem que se evidencie que nela se deu a primeira aplicação da tendência que se anunciava. Constatada

a existência de disposições concordes, passíveis de aprovação em dois turnos pelas duas Casas, conforme estabelecido nos ditames constitucionais, e verificada a necessidade de continuação do trâmite de outros dispositivos, entendeu-se que era possível dividir a proposta de forma a manter uma parte tramitando, encaminhando o restante à promulgação. Configurava-se, aí, o inédito entendimento, coerente com as normas que regem o procedimento, ainda que nunca antes aplicado.

4.3 A reforma tributária – A Emenda Constitucional n° 42, de 2003

A Proposta de Emenda à Constituição n° 74, de 2003 (n° 41, de 2003, na Câmara dos Deputados), consistiu na reforma tributária patrocinada pelo governo Lula da Silva. Também objeto de acordos segundo os quais aprovar-se-ia a parte aquiescente, enquanto os pontos absonantes seriam mantidos sob análise dos congressistas, optou-se por recorrer novamente ao fatiamento, solução conveniente que garantiria o compromisso firmado.

Conhecida a acidentada experiência por que passou a proposta de reforma da previdência, o caminho trilhado pela reforma tributária foi menos conflagrante. A opção por sua utilização, todavia, consagrou o entendimento de sua viabilidade, constitucionalidade e regimentalidade, consolidando a tendência e abrindo as portas para sua utilização com maior frequência.

Visando a evitar os mesmos percalços do fatiamento anterior, o requerimento solicitando o destaque de dispositivos para constituição de nova proposta somente foi apresentado e votado quando encerrada a discussão da proposição original, em segundo turno. Nesse momento, esgotava-se a oportunidade de apresentação de novas emendas, podendo-se selecionar dentre seu universo aquelas que comporiam a nova proposta.

Aprovado o requerimento de destaque, ficou constituída a Proposta de Emenda à Constituição n° 74-A, de 2003, resultado do fatiamento da Proposta de Emenda à Constituição n° 74, de 2003. Esta foi promulgada como Emenda Constitucional n° 42, de 19 de dezembro de 2003, enquanto aquela, aprovada em dois turnos pelos senadores, foi ao exame da Câmara dos Deputados.

5 EPÍLOGO

A opção pelo fatiamento, assim como a supressão de dispositivos por destaque, se configura como solução viável, especialmente quando se analisam propostas vultosas e

intrincadas, cuja aprovação integral demandaria imenso esforço e comprometeria a apreciação mais minuciosa de dispositivos polêmicos. A apreciação de uma proposta de emenda à Constituição é processo que exige zelo e minúcia, caracteres incompatíveis com a natural brevidade requerida quando surge a necessidade de mudar o texto da Lei maior.

O embate travado entre as regras que garantem a proteção e a perenidade da Carta e a demanda de presteza própria da precisão da mudança leva o congressista, detentor do poder de revisão constitucional, a buscar, amparado nos ditames constitucionais e regimentais, os caminhos adequados para viabilizar as alterações possíveis. Os resultados do jogo democrático não obrigatoriamente devem ser satisfatórios a todos seus personagens, mas conterão a alternativa transitável.

O processo legislativo deve refletir esse jogo. As fontes normativas do processo, Constituição e regimentos, estabelecem as regras, enquanto os caminhos são trilhados pelos parlamentares, seus executores, que delas não se devem por nada distanciar. O conhecimento da aplicabilidade dessas regras é o segredo para encontrar soluções que superem impasses e busquem a convergência necessária para a realização de seus intentos.

A opção por resoluções inéditas e criativas corresponde à descoberta de novos sendeiros, configurando evoluções das tendências do processo legislativo.

Os objetos do presente estudo são caminhos já trilhados e consolidados. Matéria rejeitada por destaque para votação em separado não implica nova apreciação da outra Câmara. O fatiamento tornou-se instituição não escrita. O processo legislativo é dinâmico, ainda que amparado pela necessária proteção de suas normas reguladoras. Baseado nelas, a inventividade e o poder de criação podem ser instrumentos para a solução de situações perante as quais se deparam os legisladores. Recursos como o destaque estudado, utilizado em uma dessas situações, desenvolve-se em outros ensejos, consolidando e institucionalizando tendências de atuação. A elaboração de novas emendas à Constituição não deixará de observá-las.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. 28 jan 1998b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ofício n. GP-0/849/79, de 13 de junho de 1979. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 18 out. 1991

BRASIL. Coleção Constituições Brasileiras, 7 vols. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. Comissão de Redação do Senado Federal. Parecer n. 195 de 1992a.

BRASIL. Comissão de Redação do Senado Federal. Anexos I a III do Parecer n. 197 de 1992c

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Parecer n. 196 de 1992b.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados. Ofício n. P-120/91. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 18 out. 1991

BRASIL. Congresso Nacional. Diários do Congresso Nacional – Seção II. 9 de fevereiro de 1993a. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver> >

BRASIL. Congresso Nacional. Diários do Congresso Nacional – Seção II. 11 de fevereiro de 1993b. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Congresso Nacional. Diários do Congresso Nacional – Seção II. 11 de fevereiro de 1993c. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Congresso Nacional. Diários do Congresso Nacional – Seção II. 15 de julho de 1965, p. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Congresso Nacional. Diários do Congresso Nacional – Seção II. 09 de julho de 1979, p. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n^{os} 1/92 a 40/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n^{os} 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal. 16 jan 1998a. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal. 9 out 1997. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal. 16 out 2003. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>>

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Texto editado em conformidade com a Resolução n^o 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2002. Brasília: Senado Federal, 2003. Vol. I.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. “Comparações e comentários sobre matérias comuns às PEC’s da previdência e da reforma administrativa”. [Dezembro de 1997?]. Documento não publicado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI n. 2031/DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT). Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em: 03.02.2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Almedina: 1991.

HORTA, Raul Machado. “O processo legislativo nas Constituições Federais Brasileiras”. In: **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Submissão: 23/04/2024. Aprovação: 28/05/2024.

**A SEGUNDA ONDA DA COVID-19 NO ESTADO DO AMAZONAS:
A INEFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO
COROLÁRIO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL**

*THE SECOND WAVE OF COVID-19 IN THE STATE OF AMAZONAS:
THE INEFFECTIVENESS OF JUDICIAL DECISIONS AS A
COROLLARY OF STATE NEGLIGENCE*

José Alberto Antunes de Miranda¹
Universidade La Salle

Fabrizio de Souza Barbosa Grosso²
Universidade La Salle

Resumo:

O objeto do estudo é a relação da inefetividade das decisões judiciais proferidas durante a segunda onda da Covid-19 com a negligência estadual. A análise foi realizada com base na seguinte perspectiva problemática: a atuação estatal influenciou na inefetividade das decisões judiciais que buscavam acesso ao leito Covid na segunda onda da pandemia? Para tanto, o objetivo geral da pesquisa foi relacionar a conduta do Governo do Estado do Amazonas durante a pandemia da Covid-19 com a inefetividade da prestação jurisdicional ao cidadão no âmbito da segunda onda. A pesquisa foi realizada por intermédio de uma metodologia de revisão bibliográfica, de cunho qualitativo e caráter exploratório, com análise documental. Os resultados indicaram que, das 187 pessoas que ajuizaram processos, apenas 71 tiveram sua decisão cumprida de forma efetiva. Evidenciou-se que o Poder Judiciário foi célere quanto ao proferimento de suas decisões, no entanto inefetivo quanto ao devido cumprimento delas, uma vez que ingerência dos governos fizeram com que a crise da Covid-19 fosse ainda mais agravada no estado amazonense, trazendo à tona as disparidades já existentes no Estado. Conclui-se que a inefetividade das decisões é consequência da deficiência governamental no enfrentamento da pandemia, gerando trágicos reflexos para o povo amazonense.

Palavras-chave:

Amazonas. Covid-19. Judicialização. Saúde. Inefetividade.

Abstract:

The object of the study is the relationship of ineffectiveness of judicial decisions rendered during the second wave of Covid-19 with state negligence. The analysis was carried out based on the following problematic perspective: did state action influence the ineffectiveness of judicial decisions that sought access to the Covid bed in the second wave of the pandemic? Therefore, the general objective of the research was to relate the conduct of the Government of the State of Amazonas during the Covid-19 pandemic with the ineffectiveness of judicial provision to the citizen under the second wave. The research was conducted through a methodology of literature review, qualitative and exploratory, with documentary analysis. The results indicated that, of the 187 people who filed lawsuits, only 71 had their decision fulfilled effectively. It was evidenced that the Judiciary was quick to deliver their decisions, however ineffective as to their due compliance, since interference of governments caused the Covid-19 crisis to be further aggravated in the state of Amazonia, the disparities already existing in the State. It is concluded that the

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Especialização em Integração e Mercosul pela UFRGS, Mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais pela UFRGS. Atualmente é Assessor de Assuntos Interinstitucionais e Internacionais e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade, além de integrar o corpo docente do Curso de Relações Internacionais da Universidade La Salle. Professor visitante ilustre da Universidade Católica de Trujillo no Peru.

² Mestre em Direito pela Universidade La Salle, possui Pós-Graduação pela Universidade Candido Mendes. Graduado pela Universidade Nilton Lins

ineffectiveness of the decisions is a consequence of the government deficiency in facing the pandemic, generating tragic consequences for the Amazonian people.

Keywords:

Amazonas. Covid-19. Judicialization. Health. Ineffectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O Estado do Amazonas tem uma área de 1.559.167,87 km² e uma população estimada em 4,2 milhões de habitantes. Estes dados posicionam o estado como maior do Brasil em área e a décima terceira maior população (IBGE, 2021). Contudo, apesar destes números, é o estado com a menor densidade demográfica do país, com apenas 2,74 habitantes por km (IBGE, 2021). A baixa densidade populacional, acrescida de um território dividido por rios e com uma densa floresta, aliados ao abandono do poder público ao longo de sua história, gera um estado com graves dificuldades econômicas e de infraestrutura (IBGE, 2021).

As dificuldades supracitadas refletiram na saúde do Estado, que não possuía nenhuma unidade de tratamento intensivo em seus 61 municípios do interior até setembro de 2021, assim, todos os casos graves que necessitavam de internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) deveriam ser encaminhados à Manaus (AMAZONAS, 2022). Durante a pandemia de Covid-19, o Estado foi manchete nos principais meios de comunicação do Brasil, resultado do aumento expressivo de novos casos, do extemporâneo colapso do sistema de saúde e da crise do oxigênio, que levou os amazonenses a morrerem asfixiados em suas residências (GAZEL; CRUZ, 2022).

Corroborando, Casabona e Sá (2020) salientaram que não há dúvida de que a pandemia de coronavírus afetou principalmente a saúde pública como um bem jurídico coletivo, mas também que ela ceifou milhares de vidas e prejudicou a saúde individual de milhões, reforçando que, infelizmente, essa não foi uma problemática evidenciada apenas no Estado do Amazonas.

De qualquer forma, conforme os autores supracitados, percebendo que uma situação tão extraordinária e avassaladora como esta pandemia muitas vezes justifica as medidas tomadas pelos governos estaduais, eles também devem estar cientes de que as constituições políticas conferem poderes excepcionais e extraordinários dentro do estado de direito. O Governo deve garantir que assim seja, independentemente de outras considerações políticas. Uma situação tão terrível como a que vivemos não pode justificar a falência ou o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito (CASABONA; SÁ, 2020).

Como consequência do grande aumento de casos durante a segunda onda da pandemia (janeiro a março de 2021), houve um grande acréscimo nas demandas judiciais que tinham

como objetivo garantir, o mais rápido possível, que o jurisdicionado tivesse acesso a leito Covid em alguma das unidades de saúde do Estado. Diante disso, questiona-se: a atuação estatal influenciou na inefetividade das decisões judiciais que buscavam acesso ao leito Covid na segunda onda da pandemia? Para responder a problemática, o presente artigo objetivou relacionar a conduta do Governo do Estado do Amazonas durante a pandemia da Covid-19 com a inefetividade da prestação jurisdicional ao cidadão no âmbito da segunda onda.

A pesquisa foi realizada por intermédio de uma revisão bibliográfica, de cunho qualitativo e caráter exploratório, com análise documental, especialmente através de consulta ao portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, onde compilou-se dados publicados até março de 2021 acerca das demandas judiciais para acesso a leito Covid, bem como às publicações científicas disponibilizadas em base de dados confiáveis para enriquecer e subsidiar a temática proposta.

2 A CRISE NO ESTADO DO AMAZONAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

O Estado do Amazonas vive uma realidade bem diferente daquela experimentada pelos demais Estados do país, tanto que, até setembro de 2021, dos seus 62 municípios, apenas um possuía UTI, a saber, a capital Manaus. Logo, antes mesmo da pandemia, sempre que algum morador do interior precisava desse tipo de internação, fazia-se necessário sua transferência para a capital. A situação do Estado, portanto, já não era favorável, existindo apenas uma UTI em um Estado com população estimada em 4,2 milhões de habitantes, segundo dados do IBGE, sofrendo piora após a pandemia da Covid-19 (IBGE, 2023).

Primeiramente, é importante destacar que, em relação à falta de UTIS no Estado, conforme estudos de Monteiro, Xavier e Mazzari (2020), até fevereiro de 2020, a região Norte, onde encontra-se localizado o Estado do Amazonas, contava com 7,35 leitos de UTI por 100 mil habitantes, sendo que o Ministério da Saúde, segundo Rache *et al.* (2020), estabelece um parâmetro de 10 leitos por 100 mil habitantes. Portanto, mesmo sem a interferência da pandemia, o Estado já apresentava um déficit de estrutura para atender à população com leitos de tratamento intensivo.

Nesse contexto, segundo Lopez *et al.* (2020), a crise sanitária provocada pela pandemia no Estado do Amazonas, especialmente após a segunda onda da Covid-19, intensificou uma insuficiência que já estava presente na capacidade do Estado, deixando ainda mais evidenciado a assimetria distributiva no que diz respeito aos recursos necessários ao sistema único de saúde, não apenas no referido Estado, como também em todo o país.

Ressalta-se que, desde a primeira onda da Covid-19, ocorrida nos meses de abril a maio de 2020, o Estado do Amazonas já apresentou dificuldades em seu sistema de saúde para atender de forma efetiva os casos de pessoas acometidas com o vírus. De acordo com a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ, 2020), o Amazonas foi um dos Estados que não cumpriu as medidas de vigilância em saúde e, em razão disso, as deficiências socioeconômicas que o Estado já possuía em sua estrutura acabou se agravando ainda mais na pandemia da Covid-19, diante da ausência de coordenação sanitária dos governos federal e estadual. Por isso, já na primeira onda o sistema de saúde amazonense, que já era precário, entrou em colapso (BLASCHKE, 2022).

De acordo com o Senado Federal, desconhecia-se, a princípio, as verdadeiras razões de o sistema de saúde amazonense já não conseguir sustentar os primeiros casos da doença, uma vez que o Estado estava inserido entre os entes federados que mais angariavam recursos nesse setor; logo, teoricamente, deveria ter possibilidade de suportar, ao menos, o primeiro pico da pandemia. No entanto, ainda nesse momento, quase todos os leitos de UTI já estavam ocupados e, pouco depois, o sistema funerário já entrou em decadência, fazendo com que inúmeras vítimas do vírus fossem sepultadas em valas comuns (BRASIL, 2021).

Segundo dados da FIOCRUZ (2020), desde a primeira morte por Covi-19 notificada no Estado em 25 de março de 2020 até o dia 25 de abril de 2020, um mês apenas, o Estado alcançou o número de 287 (duzentos e oitenta e sete) mortes causadas pela doença. O Estado do Amazonas já era conhecido por suas desigualdades e população de pessoas vulneráveis, inclusive, constituindo-se a região com maior quantidade de indígenas do Brasil. Além disso, em muitos municípios, sequer há acesso terrestre, especialmente naqueles que fazem fronteira com outros países; logo, a informação sobre a gravidade da pandemia era crucial para que essas pessoas que, já fragilizadas, tomassem ciência das providências necessárias para proteger-se do vírus, além de facilitar a adoção das medidas de isolamento social (BLASCHKE *et al.*, 2022).

No entanto, considerando a ausência da adoção das medidas e atuação ineficiente do governo estadual, desde o início da pandemia, o Estado alcançou números alarmantes de pessoas infectadas com o vírus, havendo grande número de doentes em um sistema de saúde decadente e precário que rapidamente colapsou. E, além disso, com as mortes simultâneas e constantes, sequer havia preparo no sistema funerário, de modo que as pessoas eram enterradas sem qualquer dignidade. Em nove meses de pandemia, o Estado registrou mais de 190 mil casos confirmados e 5.085 mortes (BLASCHKE *et al.*, 2022).

Diante de tanto desastre, segundo Freitas, Barcellos e Villela (2021), a capital do Amazonas, ainda no primeiro pico da pandemia, tornou-se notícia no Brasil e no mundo, já que

o vírus se alastrou rapidamente, alcançando as pessoas mais fragilizadas como, por exemplo, os indígenas. Nessa seara, o governo não soube gerenciar a crise que se instalou e a contribuição do governo federal, além de intempestiva, ocorreu de maneira lenta.

Verifica-se que a situação no estado se agravou por dois motivos principais: a falta do isolamento social e o surgimento de uma nova variante que possui um risco maior de contágio; além disso, é importante levar em consideração a deficiência de estrutura local e suas já existentes vulnerabilidades socioeconômicas.

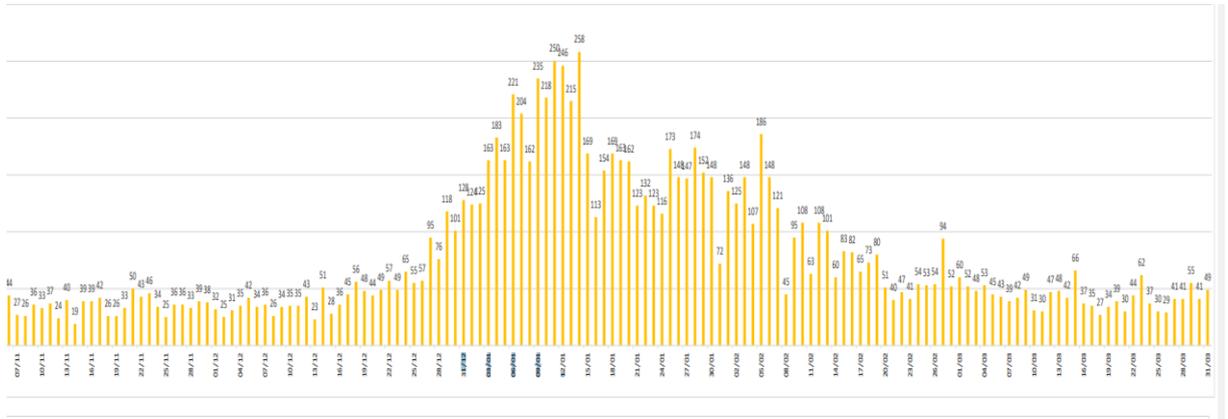
Nesse sentido, observa-se que a pandemia da Covid-19, inevitavelmente, enfatizou que o sistema de saúde é precário, ademais, a crise sanitária vivenciada no contexto amazonense revelou que a desigualdade sofrida pelo Estado também é marcada por inúmeros escândalos que envolvem corrupção e desvio de verbas, inclusive, daquelas direcionadas à saúde pública, levando-se em consideração, também, problemas históricos, econômicos e geográficos, tais como desemprego, fome, repressão e violência de diversas formas.

Nesse ínterim, segundo Silva e Dias (2020), a capital do Amazonas, Manaus, foi alvo de inúmeras denúncias durante a pandemia referentes à condição restrita de atendimento, à falta de instrumentos de proteção individual para os trabalhadores da área da saúde bem como para os próprios usuários, além do superfaturamento na aquisição de respiradores e negócios realizados com hospitais da rede privada para atender às exigências de atendimento de incumbência do poder público.

É importante salientar que ainda no mês de abril de 2020, o hospital HPS Delphina Aziz, que era referência no que diz respeito à internação de pessoas acometidas com Covid-19 em estágio grave, anunciou que estava sem capacidade operacional, ou seja, não havia médicos disponíveis para atender nove leitos que ainda estavam vagos; outrossim, nesses leitos, não haviam os instrumentos indispensáveis ao tratamento da doença. Diante da falta de profissionais especializados na área, duas universidades públicas decidiram agilizar as colocações de grau, com o objetivo de suprir a carência no atendimento das vítimas da Covid-19, no entanto, apesar das ações efetuadas e demais contribuições da sociedade civil, os óbitos continuaram colocando o Estado em evidência no que diz respeito ao crescimento no número de mortos pela doença no país (SILVA; DIAS, 2020).

Consoante Pinheiro, Barroco e Santos (2021), em janeiro de 2021, quando iniciou a segunda onda da doença, o sistema de saúde amazonense entrou em colapso mais uma vez, manifestando uma situação ainda mais devastadora do que a ocorrida na primeira onda. Conforme verifica-se no gráfico 1, no início de janeiro de 2021, segunda onda da Covid-19, o número de pacientes internados com a doença aumentou significativamente.

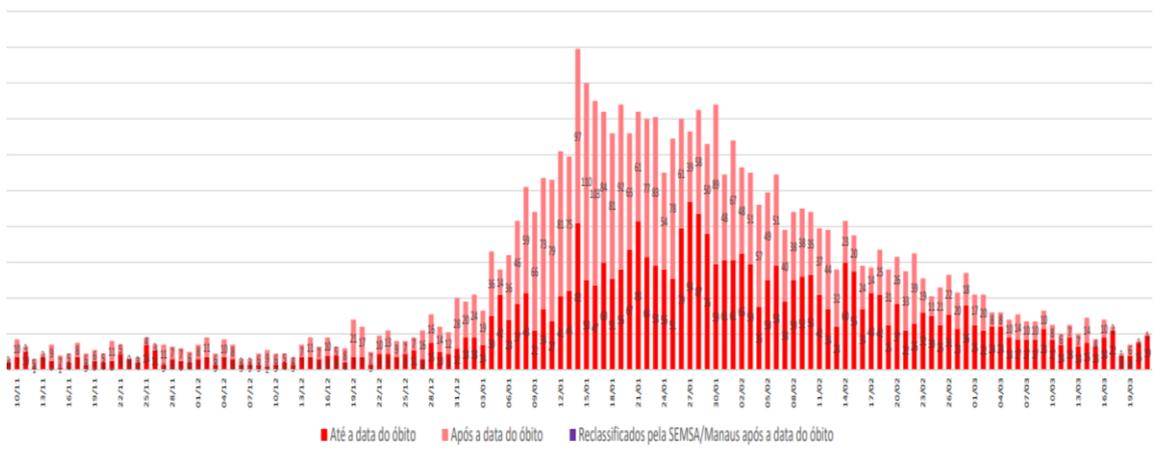
GRÁFICO 1 - HOSPITALIZAÇÕES POR COVID-19, SEGUNDO DATA DE INTERNAÇÃO, NO ESTADO DO AMAZONAS



Fonte: Amazonas, 2021.

Na segunda onda da pandemia, além da falta de leitos e instrumentos necessários, faltou oxigênio nos hospitais da capital, ocasionando o falecimento de inúmeras vítimas por asfixia. Segundo informações do G1 AM (2021), somente nos dias 14 e 15 de janeiro de 2021, mais de 30 pacientes vieram a óbito por plena falta de oxigênio em variadas unidades de saúde da cidade de Manaus. Verifica-se, no gráfico 2 que, entre os dias 12 e 15 de janeiro de 2021, o número de óbitos alavancou.

GRÁFICO 2 - ÓBITOS CONFIRMADOS POR COVID-19, SEGUNDO DATA DE OCORRÊNCIA, NO ESTADO DO AMAZONAS



Fonte: Amazonas, 2021.

À época, o Governo Estadual informou que o intenso aumento na quantidade de pessoas acometidas com Covid-19 expandiu a quantidade de oxigênio contratado pelo Estado, por mês,

que de 176 mil metros cúbicos passou a ser 850 mil metros cúbicos, gerando um aumento de 382,9% (AMAZONAS, 2021).

2.1 CPI da Covid-19

No dia 04 de fevereiro de 2021, o Senador Randolfe Rodrigues requereu, com subscrição de 30 senadores, perante a Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal, instituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com intuito de averiguar as ações comissivas e omissivas do Governo Federal concernentes ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 no país e, principalmente, no que refere-se ao agravamento da crise sanitária ocorrida no Estado do Amazonas diante da falta de oxigênio para os pacientes que estavam internados nas unidades de saúde, bem como das eventuais irregularidades ocorridas em contratos realizados, além de fraudes em licitações, superfaturamentos, desvios, entre outras anormalidades. O Senado Federal aprovou a instalação da CPI que teve seu relatório final aprovado em outubro de 2021 (BRASIL, 2021).

Nessa seara, o Relatório da CPI da Covid-19 deixa ainda mais clara a crise vivenciada no Estado do Amazonas e retrata a ausência de coordenação do Governo Federal no enfrentamento da pandemia, mostrando que a situação vivenciada foi muito além de uma crise de saúde pública, envolvendo, ainda, o cometimento de crimes, além de muita corrupção e desvio de recursos públicos. Ademais, a CPI retrata detalhadamente a crise da falta de oxigênio, além do colapso do sistema de saúde, bem como a crise no sistema funerário no Estado do Amazonas (BRASIL, 2021).

De acordo com o Relatório Final da CPI, ainda no começo de 2021, o agravamento antecipado da pandemia ocasionou a decadência total do sistema de saúde amazonense:

Não há leitos, não há ambulâncias e não há oxigênio em diversos hospitais e unidades de saúde de Manaus e também alguns do interior do Estado do Amazonas. Segundo dados coletados pelo Consórcio de imprensa que reúne diversos veículos de comunicação do Brasil, a média móvel de óbitos pela covid-19 no Estado do Amazonas aumento em 187% nos 14 primeiros dias desse ano de 2021. Esse percentual do Amazonas é mais que quatro vezes maior que a média móvel de mortes no Brasil todo que é de 42%, também de 1º a 14 de janeiro (BRASIL, 2021).

Outrossim, o Relatório aponta que o Secretário de Saúde do Estado informou que a falta de oxigênio ocorreu apenas nos dias 14 e 15 de janeiro de 2021, corroborando o afirmado pelo

G1, no entanto, o Senador Eduardo Braga confrontou a informação por meio de vídeos que mostravam que o oxigênio ainda estava escasso no Estado ainda no fim do mês de janeiro. Apesar disso, o Assessor Especial do Ministro da Saúde asseverou que não foi registrada morte por falta de oxigênio em Manaus e que as notícias eram inverídicas, todavia, as autoridades que foram ao local no período atestaram a insuficiência do insumo por até 20 dias, pelo menos. Além disso, segundo Relatório confeccionado pela Fundação de Vigilância em Saúde - FVS/AM: “Após análise parcial de 184 prontuários e livros de ocorrência de serviço, foi possível identificar registro em déficit crítico ou falta de oxigênio na rede de gases medicinais em evoluções médicas e de enfermagem de 34 pacientes” (BRASIL, 2021).

Inclusive, é importante mencionar que, segundo o Relatório da CPI da Covid-19, a falta de oxigênio nas unidades de saúde de Manaus não afetou apenas os pacientes acometidos pela Covid-19, como também pacientes que apresentavam outras enfermidades que estavam internados nos hospitais e dependiam do insumo. Por exemplo, 60 bebês prematuros precisaram ser transferidos para outros Estados do país diante do risco iminente de ficarem sem abastecimento de oxigênio nas UTIs neonatal (BRASIL, 2021).

A situação enfrentada no Estado foi tão alarmante que o Senador Eduardo Braga requereu a oficialização do pedido de intervenção federal, contudo, sua solicitação não foi atendida pelo Governo Federal. De acordo com o ex-Ministro Eduardo Pazuello, a motivação da recusa ocorreu devido à ausência de interesse da providência pelo Governo do Estado. De acordo com o Relatório Final da CPI, “a opção por recusar a intervenção mostrou-se temerária, pois estava claro que o sistema de saúde amazonense já operava no limite e o colapso era uma realidade” (BRASIL, 2021). Desse modo, o governo do Estado do Amazonas concordou ou apenas desconsiderou as possíveis sequelas de atuar de forma isolada, no desenrolar de uma complicada situação de desprovisionamento de oxigênio. Além disso, conforme o Relatório Final da CPI “Percebeu-se [...] uma equalização da demanda por oxigênio com a oferta, no mercado local, apenas em fevereiro de 2021” (BRASIL, 2021).

Observa-se que há notória relação entre a conduta adotada pelas autoridades estaduais (federais também) e suas omissões durante a pandemia e a colapso ocorrido no início da segunda onda. Por exemplo, segundo informa o Relatório da CPI (BRASIL, 2021), apesar da empresa (White Martins) que fornecia o oxigênio para o Estado informar sobre o aumento substancial da demanda do insumo desde setembro de 2020 e sua incapacidade de fornecer a quantidade que se exigiria, tal fato foi ignorado. A empresa alertou, por diversas vezes, que o insumo poderia faltar e, diante da omissão governamental, tal fato realmente ocorreu.

Logo, se o governo do Estado tivesse tomado as providências necessárias, de maneira preventiva, teria evitado a crise do oxigênio e a população não precisaria vivenciar a morte de tantas pessoas por asfixia, mesmo dentro de um hospital. O caos poderia ter sido evitado. Desde dezembro de 2020 percebeu-se um aumento no consumo do oxigênio, maior, inclusive, que a capacidade de produção da empresa White Martins, no entanto, apesar disso, não foram adquiridas novas usinas do insumo. Na verdade, a preocupação com a eventual falta do oxigênio começou ainda no mês de julho de 2020 e não fora solicitada qualquer medida preventiva para evitar a crise.

Ademais, em julho de 2020, o governador estadual ordenou o fechamento de um do Hospital de Campanha da Nilton Lins, sem quaisquer respaldos técnico-científicos, prejudicando a população amazonense. Segundo o Senado Federal, foi cometido crime de responsabilidade. O referido hospital manteve seu funcionamento somente por três meses, durante a primeira onda. Apenas foi reaberto no segundo pico da pandemia, em janeiro de 2021, quando já havia se instalado a crise de oxigênio (BRASIL, 2021).

Inclusive, o hospital esteve no cerne de investigações realizadas por órgãos fiscalizadores, em razão de fraudes ocorridas nos contratos realizados pela unidade já na primeira onda. Consoante o Relatório final da CPI da Covid-19, “vários escândalos foram detectados, tais como: a) fraude no serviço de lavanderia; b) fraude na contratação de serviços médicos c) fraude no serviço de conservação e limpeza entre outros; que resultaram na prisão do Secretário de Saúde [...] pela Polícia Federal” (BRASIL, 2021).

Portanto, resta evidenciado que os problemas sofridos pela população amazonense durante a pandemia estão além do que o Poder Judiciário poderia resolver por meio de tutelas liminares; na verdade, percebe-se que o caos foi muito maior, já que o próprio governo estadual não atuou com o cuidado e compromisso devidos à coisa pública, tendo como resultado o falecimento de milhares de cidadãos amazonenses que sequer puderam ser enterrados com dignidade.

Sobre a falta do oxigênio, fica clara a negligência das autoridades estatais, uma vez que, apesar do aumento significativo do uso do insumo, não foi realizado planejamento acerca da necessidade do produto, de modo que o fato só veio a tornar-se uma preocupação meses após a empresa fornecedora alertar sobre sua dificuldade em suprir a demanda que aumentava cada vez mais. Não houve realização de qualquer controle acerca da aquisição e uso do insumo, apesar de o mesmo ser indispensável no tratamento das vítimas da Covid-19.

Nesse sentido, é importante ressaltar que foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 756/DF, cuja tutela provisória foi deferida, ordenando que

o governo federal promovesse ações visando dirimir a crise sanitária na cidade de Manaus, especialmente por meio do suprimento do oxigênio para as unidades de saúde. A liminar foi cumprida e foram enviados para a capital materiais hospitalares e tanques de oxigênio (BRASIL, 2023).

Destarte, é possível perceber que crise ocorrida no Estado do Amazonas é consequência de uma deficiência governamental no enfrentamento da pandemia, gerando trágicos reflexos para o Estado. Dessa forma, a grave ingerência dos governos acabou ocasionando uma superlotação nos hospitais, além da falta de insumos, fazendo com que diversas pessoas saíssem às ruas procurando formas de adquirir cilindros de oxigênio, tentando, de alguma forma, salvar os familiares doentes.

Ainda durante a pandemia da Covid-19, no mês de setembro de 2021, o governador do Estado Amazonas, Wilson Lima, foi denunciado criminalmente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio da Ação Penal nº 993. Na acusação, o Ministério Público Federal alegou que o governador cometeu diversos crimes durante o enfrentamento da pandemia, tais como: peculato, dispensa irregular de licitação, fraude a procedimento licitatório, liderança em organização criminosa, bem como embaraço às investigações (BRASIL, 2021).

Segundo a denúncia, os crimes estariam ligados à aquisição de 28 respiradores, que nem mesmo seriam utilizados no atendimento de vítimas de Covid-19 em estágio grave. Além disso, houve superfaturamento, uma vez que os respiradores foram comprados no valor de R\$ 110 mil cada unidade, sendo que o produto custa somente R\$ 17 mil em seu valor de mercado. Logo, os crimes geraram para os cofres públicos um prejuízo estimado em mais de R\$ 2 milhões (BRASIL, 2021).

Ficou constatado, segundo a CPI da Covid-19, que o Governador e o Secretário de Saúde do Estado do Amazonas não apresentaram condutas acertadas no enfrentamento da pandemia, além de serem intempestivos. Como exemplo, o Decreto estadual nº 43.234, promulgado em 23 de dezembro de 2020, estabelecendo isolamento social e demais restrições, bem como a construção de novos leitos de UTI, foi revogado 4 dias depois, sem qualquer fundamento técnico-científico, mesmo diante do agravamento da pandemia. A revogação ocorreu após manifestações da população contra as medidas impostas (BRASIL, 2021).

Observa-se que o governo estadual revogou o decreto cedendo aos protestos que ocorriam por incentivo de autoridades públicas que adotavam uma postura antagonista à imposição de restrições como forma de contenção do contágio. Contudo, não houve qualquer justificativa plausível para a revogação do decreto e consequente retirada da rigidez das ações

de isolamento social, considerando-se a evidente expansão da quantidade de vítimas acometidas com o vírus e respectivas internações.

Diante disso, o Ministério Público do Estado ajuizou uma ação civil pública requerendo a reaplicação das medidas restritivas sob o fundamento de que o sistema de saúde público estava em colapso. No mesmo dia, 02 de janeiro de 2021, o juiz plantonista deferiu a tutela determinando o isolamento social, todavia, já era tarde, pois tanto o sistema de saúde público, quanto o privado, já haviam colapsado, com o aumento substancial de mortes e um completo desastre sanitário, além de uma crise funerária em que pessoas falecidas com Covid-19 eram enterradas em covas coletivas, sem qualquer possibilidade de um funeral e enterro dignos (SILVA *et al.*, 2022).

Vale mencionar que, na segunda onda da pandemia, onde ocorreu essas atrocidades, a adoção dessas medidas restritivas, chamadas de não farmacológicas, tal como o isolamento social, já eram consideradas eficientes e fundamentais para controlar a disseminação do vírus. Além disso, o próprio Estado do Amazonas já tinha enfrentado a primeira onda, de modo que já era possível depreender que o sistema de saúde estadual não possuía capacidade de atendimento adequado à exigência da Covid-19.

Portanto, considerando o ocorrido na primeira onda, era prenunciável que o sistema de saúde amazonense poderia entrar em caos na segunda onda, assim como eram previsíveis as consequências da ausência de adoção das medidas restritivas. Sendo assim, tanto o governador quanto o secretário de saúde do Estado omitiram em suas respectivas funções, deixando de adotar as medidas que lhes cabiam, além de não adquirirem tempestivamente o oxigênio que, posteriormente, faltou, como era de se imaginar; visto que referidas autoridades detinham pleno conhecimento das deficiências do sistema de saúde do Estado, bem como da possibilidade de faltar insumos, todavia, quedaram-se inertes.

Para agravar ainda mais a situação, em 09 de janeiro de 2021, o Brasil recebeu uma notificação do Japão acerca de outra variante do vírus Sars-CoV-2, que fora identificada em viajantes vindos do Brasil que apresentavam sintomas semelhantes aos da Covid-19 e era mais infecciosa. Assim, no dia 13 de janeiro de 2021, foi confirmado o 2º caso de reinfeção pela nova variante no Estado do Amazonas. Nas semanas subsequentes, testemunhou-se no Estado e, principalmente, em sua capital, o imaginável crescimento exponencial do número de acometidos com a doença, com uma demanda de atendimento hospitalar superior à ocorrida no primeiro semestre de 2020 (BRASIL, 2021).

Contudo, diante da ausência de planejamento e controle sobre o provimento dos insumos, especialmente do oxigênio, pelos governos estadual e federal, chegou-se ao que pode

ser chamada de “crise humanitária” no Estado do Amazonas, originando, apenas nos meses de janeiro e fevereiro de 2021, aproximadamente 5.506 óbitos resultantes da Covid-19 (BRASIL, 2021).

Nesse contexto, com a expansão da mortalidade no Estado e a crise ocorrida, percebe-se a gravidade da pandemia em cenários de elevada desigualdade social e debilitada efetividade de medidas governamentais, principalmente em relação as direcionadas ao combate das desigualdades sociais e fortalecimento do SUS. Logo, o excesso de mortes que, diga-se de passagem, não foi causado diretamente apenas pela Covid-19, já que a própria negligência e corrupção do governo tornou o caso ainda mais trágico que poderia ser.

Portanto, verifica-se que a crise ocorrida no Estado do Amazonas é consequência da adoção de medidas inconvenientes no enfrentamento da pandemia em um cenário que era já era, por si só, desfavorável. Segundo Silva *et al.* (2022) o caos ocorrido na região não se originou de forma repentina, sendo resultante também das características já existentes no Estado, tal como a precariedade de sua estrutura e a vulnerabilidade de boa parte de sua população. Ademais, o Estado possui muitas pessoas em situação de extrema pobreza, até mesmo sem saneamento básico, fatores que ressaltam a fragilidade da população.

Corroborando, Araújo e Lins-Kusterer (2021) apontam que, no Brasil, uma conjunção de fatores culminou em uma situação complexa e preocupante na pandemia. A esfera socioeconômica pressupõe um conjunto complexo de questões que conduzem a uma crescente vulnerabilidade humana, tanto na população como em grupos pertencentes a áreas específicas de vulnerabilidade como a pobreza, o estado de saúde, a idade, a ocupação e outras.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PANDEMIA DA COVID-19

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no art. 5º, XXXV, consagrou, definitivamente, a inafastabilidade da jurisdição, ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Tendo em vista o rol de direitos e garantias constitucionalmente positivadas especialmente do direito à saúde e de todas as suas especificidades constitucionais, houve aumento da expectativa dos cidadãos de verem cumpridos seus direitos e garantias de forma que a inexistente ou deficiente execução das políticas sociais e o desrespeito aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, símbolo da redemocratização, acabou por se transformar no grande propulsor das demandas judiciais (SANTOS, 2016).

Diante desta impossibilidade e indisponibilidade da prestação de serviço que tem como escopo a promoção da saúde, os usuários recorrem ao Poder Judiciário como forma de efetivação e concretização do direito à saúde, que é previsto na Constituição (SILVA; DIAS, 2020). Acerca deste assunto, afirma Oliveira (2013) que:

Há uma lacuna entre o que expressa a Carta Magna e as demandas reais no cotidiano dos indivíduos, famílias e comunidades, sobretudo no tocante às necessidades de acesso aos serviços de saúde, levando o cidadão a procurar a via judicial para prevalecer o seu direito e obrigar o Estado a assegurá-lo. A partir da constatação dessa contradição, vários grupos sociais vêm buscando na Justiça o apoio no tocante a essas brechas entre o direito ideal e sua materialização no mundo real. Os fundamentos e alternativas legais para que o cidadão proponha ações judiciais com o objetivo de obter medicamentos e outros serviços de saúde, em face dos poderes públicos, permitem uma reflexão mais acurada desse fenômeno (OLIVEIRA, 2013, p. 80).

Conforme dispõe Silva e Dias (2020), na saúde, a necessidade de judicialização se torna mais evidente, visto a situação de emergência que transpõe tal direito, uma vez que a saúde está diretamente relacionada ao direito à vida; sem a oportunidade de se buscar todos os meios necessários de se ter saúde, automaticamente, outros direitos acabam sendo afetados diretamente. Foi assim no Estado do Amazonas, que registrou um número significativo de demandas judiciais, como consequência do grande aumento de casos durante a segunda onda de Covid-19, datado de janeiro a 2021; essas demandas tinham a finalidade de garantir o acesso ao leito Covid ao jurisdicionado em alguma das unidades de saúde do Estado.

Corroborando, Silva e Dias (2020) salientam que a deficiência e a falta de efetividade das políticas públicas de saúde, tendo em vista a urgência que a questão exige, uma vez que a falta de saúde ou da possibilidade de se ter acesso aos meios necessários para que se busque saúde, implica diretamente em uma violação ao direito fundamental à vida, logo, as demandas que se referem à saúde começaram a crescer, visto que só se passou a recorrer ao Poder Judiciário para ter efetividade. Diante desse número crescente de busca pelo direito à saúde junto ao Judiciário, fez com que os processos ganhassem destaques e números expressivos

Assim, devido ao crescimento de demandas judiciais referentes ao direito à saúde, o número de processos ganhou destaque em razão da sua expressividade. Desta forma, a pesquisa baseia-se em dados obtidos por meio de acesso ao portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, para fins de analisar se durante a segunda onda da Covid-19 houve efetividade no cumprimento das decisões judiciais que buscavam resguardar o acesso constitucional à saúde.

Tendo em vista a realidade brasileira, vê-se que o cidadão, sobretudo de classes baixas, se depara com diversos empecilhos e dificuldades para exercer os seus direitos, embora

garantidos na Constituição de 1988 e em legislação infraconstitucional. Dessa forma, a justiça brasileira vem sendo acionada como forma assegurar o acesso ao direito à saúde, muitas vezes negligenciada pelo Poder Público, inclusive, no período acometido pela pandemia da Covid-19.

Araújo e Lins-Kusterer (2021) reforçam que odireito, como ciência que propõe disciplinas do comportamento humano para assegurar a existência e a integridade dos bens jurídicos, foi e é constantemente convocado a intervir de diversas formas diante da pandemia.

Conforme dados levantados, até o fim de março de 2021, 134 (cento e trinta e quatro) demandas judiciais tiveram a liminar de acesso a leito Covid deferida pelo Poder Judiciário, sendo que algumas delas possuíam mais de um requerente, constituindo-se um total de 187 demandantes, dentre os quais, apenas 71 tiveram sua tutela devidamente cumprida, conforme mostra o gráfico 3.

GRÁFICO 3 - DEMANDAS JUDICIAIS E REQUERENTES COM TUTELA DEFERIDA E TUTELA CUMPRIDA



Fonte: Autoria própria, 2023.

Vê-se que a pandemia da Covid-19 impactou significativamente o Poder Judiciário do Amazonas, o qual recebeu grande número de processos requerendo acesso ao direito à saúde. Contudo, apesar dos inúmeros pedidos de tutela que foram deferidos, a maioria deles não foram cumpridos.

4 INEFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO RESULTADO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL

A pandemia da Covid-19 impactou significativamente a população de maneira global e, no Brasil, um de seus impactos foi evidenciar a crise vivenciada na saúde pública do país, a qual já vinha se desenvolvendo há alguns anos e favorecia a fragilização do SUS. Logo, a pandemia revelou as deficiências deste sistema no fornecimento de acesso à saúde de forma universal e integral à coletividade, conforme ordena a Lei Orgânica de Saúde e, no Estado do Amazonas, a situação foi ainda mais devassadora.

Com a segunda onda da pandemia, como consequência do aumento dos casos de infectados com a Covid-19, intensificou-se o número de pessoas que necessitavam de leito nas redes públicas, de modo que muitas ações judiciais, com pedido de tutela de urgência, foram ajuizadas solicitando ordem judicial para a concessão de leitos aos requerentes, conforme observou-se no subtópico anterior.

No entanto, verificou-se que a atuação jurisdicional no contexto pandêmico foi ágil, sendo que, em diversos casos, o Estado era intimado para cumprir a tutela apenas um dia depois de seu deferimento, porém, apesar disso, muitos requerentes vieram à óbito. Sendo assim, apesar da celeridade verificada no deferimento das tutelas, a maioria delas tornou-se inócua e perdeu seu objeto, diante do falecimento do demandante. Essa situação evidenciou as incapacidades estatais que possam ter ensejado essa falta de efetividade das decisões judiciais.

Ressalta-se que a dificuldade da população amazonense de acesso à leitos de UTI como observou-se nas ações judiciais no contexto pandêmico não é resultado apenas da pandemia, na verdade, a falta de acesso à UTI é anterior a pandemia, tendo sido acentuado por ela, de modo que o Poder Judiciário configura, desde antes, importante ferramenta de salvaguarda dos direitos dos cidadãos. No entanto, apesar disso, durante a pandemia, apesar da celeridade jurisdicional, não foi possível em muitos casos alcançar a efetividade, diante de todo o cenário vivenciado na região, marcado por várias irregularidades que não dependem apenas da intervenção do Poder Judiciário, mas também da coordenação e gestão do Poder Executivo.

Nesse sentido, Costa *et al.* (2020), ressaltam alguns elementos que relacionam-se com a falta de acesso a leitos no sistema de saúde público, sendo o principal deles a demora do governo para se planejar no combate à pandemia, além disso, pode-se destacar os inúmeros leitos de hospitais prometidos em campanhas eleitorais que nunca foram construídos; ademais, outro fator determinante que poderia ter modificado substancialmente o cenário pandêmico foi a não inserção da integração de leitos públicos com os privados.

Verifica-se, conseqüentemente, que a crise sanitária ocasionada pela Covid-19 exacerba as carências já presentes no sistema de saúde e evidencia suas deficiências. E apesar de,

posteriormente, ter se expandido no Estado a quantidade de UTIs, tal fato não diminuiu as desproporções existentes entre as regiões do país, muito menos resolveu o problema de insuficiência de leitos que antecede a pandemia.

Nesse seguimento, a existência de filas enormes com vítimas da Covid-19 esperando leitos serem liberados, tanto devido à falta deles, quanto pela incapacidade governamental estadual e federal, além da ausência de articulação entre o sistema público e privado de saúde, demonstram desmazelo e o fracasso no gerenciamento das medidas de enfrentamento da pandemia. Inclusive, no âmbito federal, as diversas modificações de Ministros da Saúde por divergências na gestão da pandemia, bem como as supostas irregularidades na aquisição de insumos entre outras fraudes, em âmbito estadual, foram complicadores nessa conjuntura e alavancaram uma crise não apenas sanitária, mas humanitária e política.

Destarte, conforme preceitua o art. 6º da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito social fundamental, de caráter irrevogável e indisponível, além de ser irrenunciável. Logo, jamais pode o poder público eximir-se do dever de prestar assistência a esse direito e seus serviços a todos. Contudo, diante da falha na garantia do direito à saúde, percebe-se que provocar o Judiciário acaba sendo a alternativa dos pacientes que não conseguem atendimento, fato evidenciado durante a crise da pandemia. Inclusive, merece destaque as atuações do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, na salvaguarda dos direitos da população durante a pandemia, principalmente levando-se em consideração as falhas cometidas pelo Poder Executivo que é o principal responsável em garantir a população a assistência à saúde.

Não obstante o acesso a leitos ser direito igual para todos os cidadãos do país, não havendo necessidade de seu pleito pela via judicial, já que se trata de um direito conferido e garantido pela Constituição, de eficácia imediata, ainda mais em um contexto de extrema urgência, foi possível perceber que inúmeros pacientes da Covid-19 somente tiveram o leito concedido mediante determinação judicial, fato que mostra a falha estatal em assegurar os direitos sociais previstos na Carta Magna.

Costa *et al.* (2020) afirmam que o combate à pandemia deveria ter propiciado o robustecimento e extensão do sistema público de saúde, por meio de crescimento dos recursos públicos investidos, além da provisão de novos leitos, bem como através do enaltecimento do trabalho realizado pelos profissionais da área, além de investimentos nas áreas da ciência e da tecnologia, entre outros benefícios que poderiam ter sido surgido. No entanto, contrariamente, a reação do governo brasileiro à pandemia da Covid-19, foi recheada de falhas e acentuou ainda mais as fragilidades governamentais e mostrou recusa em respeitar e assegurar o direito à saúde como um direito social previsto constitucionalmente.

A atuação dos governos estadual e federal no enfrentamento da pandemia colocou em xeque os princípios da universalidade, igualdade e equidade que norteiam o SUS, além de violar o direito fundamental à vida e colocar os direitos sociais em último plano. Segundo Pinheiro, Barroco e Santos (2021), ambos os governos preferiam juntar esforços em prol de medicamentos sem qualquer comprovação científica, os quais sobravam, enquanto, do outro lado, faltavam anestésicos necessário para entubar as vítimas que estavam em estado grave.

Isto posto, apesar da Covid-19 ter surgido de forma repentina no Brasil e no mundo e tratar-se de uma doença fatal em diversos casos, capaz, ainda, de provocar inúmeras sequelas, observa-se que a forma como os governos conduziram e gerenciaram o enfrentamento da doença foi o principal ocasionador do caos instalado no Estado do Amazonas. E, apesar das decisões judiciais contribuírem de forma positiva ocasionando a transferência de pacientes e trazendo consequências positivas para muitos cidadãos, a responsabilidade pela crise recai sobre o Poder Executivo. Logo, assim como a justiça do país precisa ser resolutiva, de nada adianta sua celeridade, se para alcançar a efetividade é preciso que o Poder Executivo cumpra sua função.

Isto porque, conforme Costa *et al.* (2020), na busca de efetivação dos valores constitucionalmente defendidos, especialmente do direito à saúde na segunda onda da pandemia, diante da inércia legislativa e, no caso do Estado do Amazonas, principalmente devido à incompetência executiva, foi necessário provocar o Judiciário para que um direito que deveria ser cumprido de forma imediata ser cumprido. No entanto, diante das incapacidades estatais não se alcançou a efetividade nas decisões.

Essa situação mostra a controvérsia que existe no ordenamento jurídico brasileiro no que cerne ao acesso ao direito à saúde e à falta de sua efetividade no alarmante paradoxo entre o direito previsto na Constituição e a realidade que impõe um contexto de escassez de recursos para que referidos direitos sejam assegurados.

Não obstante, segundo Costa *et al.* (2021), o extenso rol de direitos e garantias assegurados pela CRFB/88 gera nos cidadãos a expectativa de verem seus direitos sendo efetivamente garantidos, contudo, a realidade mostrada, especialmente pelo povo amazonense, é bem diferente. O que se vê é uma execução deficiente das políticas sociais e uma notória violação aos direitos e garantias constitucionalmente previstos, fato que indubitavelmente ocasionou o aumento das demandas judiciais durante a segunda onda da pandemia e o Poder Judiciário do Amazonas, apesar de ter sido ágil nas decisões, não conseguiu que as tutelas fossem efetivas diante das incapacidades estatais perpassadas durante a crise no Estado.

Conforme preconiza Primo (2021), a necessidade de judicialização da saúde desmascara a ilusão de que os direitos sociais podem ser exercidos a qualquer momento pelo indivíduo, mostrando que não basta estarem definidos como uma norma e serem incorporados no ordenamento jurídico, é preciso que sejam efetivados de fato. Para o referido autor, os direitos sociais, como direito subjetivo, deveriam estar ao alcance do cidadão, sem necessidade de provocação do Judiciário, para que se reconheça a força da lei e a eficácia da Constituição.

Contudo, conforme explicitam Pinto e Zanata (2014), mesmo diante de tantos avanços legislativos, percebe-se o quão considerável é o nível de exclusão e desigualdade ao que diz respeito ao acesso ao sistema público à saúde, especialmente quando se refere ao Estado do Amazonas. Dessa forma, como visto na pesquisa, ao necessitar do acesso ao leito Covid durante a pandemia, o cidadão amazonense necessitou, nos casos apresentados, recorrer ao Poder Judiciário para garantir seu direito.

Logo, diante da omissão do Estado na prestação de assistência à saúde do povo amazonense durante a pandemia, muitos cidadãos exerceram sua faculdade de propor ações judiciais com vistas a garantir o seu direito fundamental previsto constitucionalmente, intensificando o fenômeno da judicialização da saúde. No entanto, mesmo com a decisão de tutela deferida sendo concedida, o acesso não foi garantido e a decisão não foi efetivada. Essa inefetividade escancara as deficiências dos Poderes da União e abre espaço para discutir sobre a suposta harmonia entre eles e, principalmente, a ausência do diálogo institucional.

Dessa forma, percebe-se que a judicialização da saúde vem crescendo gradualmente no país, pois apesar da previsão de universalização do direito à saúde, ainda há muitas desigualdades e muitos ficam sem acesso à tratamentos, medicamentos e, no âmbito da pandemia, sem leito Covid. Nesse cenário, o Poder Judiciário acaba se tornando uma espécie de salvador para boa parcela da sociedade, que o provoca em busca de ter efetivado um direito constitucional. Contudo, como visto no decorrer dessa pesquisa, as mazelas foram tantas que nem mesmo o Judiciário pode “salvar” aquelas pessoas que morreram com uma sentença nas mãos (SILVA; DIAS, 2020).

Portanto, é possível destacar a ausência de um diálogo institucional no enfrentamento da pandemia, impedindo-se o equilíbrio entre os poderes e, conseqüentemente, a efetividade das decisões e a integração entre o sistema de justiça e o sistema de saúde, impedindo um fortalecimento desses sistemas, causando sua desestruturação. Esse diálogo tem como objetivo fortalecer a proteção dos princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais dos cidadãos, além de possibilitar a edificação de um cenário que possibilita uma visão democrática e plural de cada um dos envolvidos na sociedade.

Ademais, é imprescindível ponderar acerca de quais estratégias devem ser desenvolvidas no Estado do Amazonas visando a reestruturação do sistema de saúde local após tantas crises e irregularidades, de modo que cada ente envolvido efetue o cumprimento de suas obrigações e evite que o aumento das demandas judiciais referentes à saúde continue ocorrendo, mesmo após o fim da pandemia. É essencial analisar quem dentre os órgãos de justiça e da saúde podem ser requisitados com vistas a auxiliar na discussão sobre a temática, com finalidade de evoluir no diálogo bem na consolidação do direito constitucional à saúde no Estado, uma vez que restou demonstrado ante os dados levantados a má vontade política das autoridades em relação a saúde e dignidade do povo Amazonense.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verificou-se que analisar a efetividade das decisões judiciais em um contexto pandêmico traz à tona o fato de que existe um enorme contingente da sociedade brasileira que não é devidamente assistida pelo Poder Público, evidenciando a fragilidade do sistema, a potencialização do agravamento da doença de Covid-19, bem como o possível aumento do número de mortes por essa doença.

Diante disso, considerou-se que a pandemia da Covid-19, ao ocasionar uma grave crise sanitária no Estado do Amazonas, assim como ocasionou no mundo todo, colocou em xeque o sistema de saúde amazonense que, por si só, já era precário, trazendo à tona as disparidades existentes no que diz respeito ao acesso à saúde e à sua previsão constitucional. Além disso, desafiou o Judiciário que se viu provocado a intervir numa situação em que, mesmo mediante decisões judiciais, não foi possível efetivar direitos de modo que muitas vidas se perderam.

Observou-se que o Poder Judiciário foi célere em suas decisões, todavia, observou a inefetividade, uma vez que muitas decisões, apesar de deferidas, não foram cumpridas. Todavia, observou-se que a crise sanitária no Estado do Amazonas foi piorada ante à negligência do Governo Estadual e Federal, bem como pela ausência de coordenação entre os entes da federação, tornando ainda mais difícil um momento que, por si só, já era desafiador para toda a humanidade. Portanto, a crise ocorrida foi consequência de uma deficiência governamental no enfrentamento da pandemia, gerando trágicos reflexos para o Estado e toda a população amazonense.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Secretária da Casa Civil. Wilson Lima anuncia força-tarefa para reforçar estoques de oxigênio na rede estadual de saúde. **Governo do Estado Amazonas**, 2021. Disponível em: <https://www.casacivil.am.gov.br/wilson-lima-anuncia-forca-tarefa-para-reforçar-estoques-de-oxigenio-na-rede-estadual-de-saude/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

AMAZONAS. **Governo do Estado**. Secretaria Estadual de Saúde. Disponível em: <http://www.saude.am.gov.br/noticias.php>. Acesso em: 02 fev. 2022.

ARAÚJO, A. T.; Lins-Kusterer, L. O redimensionamento das vulnerabilidades no âmbito da relação médico-paciente diante da COVID-19 no contexto pandêmico brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 24, n. 47, p. 342-358, mai. 2021. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/26180/18198>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BLASCHKE, C. P. R. S. *et al.* O direito à informação fidedigna como pressuposto de efetivação do direito à saúde e governança de riscos no contexto da pandemia de covid-19: uma análise comparativa entre o estado da Bahia e o estado do Amazonas. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 265, 2022. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7746>. Acesso em: 13 fev. 2023.

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

BRASIL. Senado Federal. **Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia** (Instituída pelos Requerimentos nos 1.371 e 1.372, de 2021). Relatório Final. Disponível em: file:///C:/Users/thali/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 756/DF**. Processo nº 0106680-22.2020.1.00.0000. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593>. Acesso em: 13 fev. 2023.

CASABONA, C. M. R.; SÁ, M. S. A COVID 19 e as políticas europeias sobre direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 66-83, dez. 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/25150>. Acesso em: 15 ago. 2023.

COSTA, D. C. A. R. Oferta pública e privada de leitos e acesso aos cuidados à saúde na pandemia de Covid-19 no Brasil. **Saúde em debate**, v. 44, n. 04, p. 232-247, dez. 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sdeb/2020.v44nspe4/232-247/pt/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

COSTA, E. G.; SANTOS, S. O.; MEDEIROS, S. M.; MOURA, J. B. Ativismo judicial e judicialização da saúde: impactos da pandemia de covid 19 no judiciário brasileiro. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 93–122, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32174>. Acesso em: 21 mar. 2023.

FIOCRUZ. A gestão de riscos e governança na pandemia por Covid-19 no Brasil análise dos decretos estaduais no primeiro mês, Sumário Executivo, **CEPEDES**, 2020. Disponível em:

<https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatoriocepedes-isolamento-social-outras-medidas.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

FREITAS, C. M.; BARCELLOS, C.; VILLELA, D. A. M. **Covid-19 no Brasil: cenários epidemiológicos e vigilância em saúde**. Observatório Covid-19. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2021.

G1 AM. Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus. **G1 AM**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml>. Acesso em: 13 fev. 2023.

GAZEL, A.; CRUZ, V. **Crise do oxigênio no Amazonas completa um ano com impunidade e incerteza causada pela ômicron** (2022). Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/01/14/crise-do-oxigenio-no-amazonas-completa-um-ano-com-impunidade-e-incerteza-causada-pela-omicron.ghtml>. Acesso em: 02 fev. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2021. **Dados de desemprego no Brasil**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 02 fev. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Cidades e Estados. Amazonas. População estimada. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/am.html>. Acesso em: 13 fev. 2023.

LOPEZ, F. G. *et al.* **Mapeamento dos profissionais de saúde no Brasil: alguns apontamentos em vista da crise sanitária da covid-19**. IPEA, Nota Técnica nº 30, abr. 2021.

MONTEIRO, T. R.; XAVIER, D. S.; MAZZARI, A. S. Epidemiologia da COVID-19 no Amazonas, Brasil. **BEPA. Boletim Epidemiológico Paulista**, São Paulo, v. 17, n. 201, p. 19, 2020. Disponível em: <https://periodicos.saude.sp.gov.br/BEPA182/article/view/34260>. Acesso em: 13 fev. 2023.

OLIVEIRA, M. R. M. A Judicialização da Saúde no Brasil. **Tempus – Actas de Saúde Coletiva**, v. 7, n. 1, p. 79-90, 2013. Disponível em: <https://tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1276/113>. Acesso em: 30 jan. 2023.

PINHEIRO, H. A.; BARROCO, C. C.; SANTOS, G. V. Crise sanitária e trabalho do/da assistente social na saúde: o Amazonas em foco. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 8, n. 39, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/thali/Downloads/5738-Texto%20do%20artigo-18192-2-10-20210723.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

PINTO, L. M.; ZANATA, M. L. **Ativismo judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>. Acesso em: 21 mar. 2023.

PRIMO, R. S. **Judicialização da saúde**. 89 f. Monografia (Curso de Direito). Centro Universitário Curitiba, 2021.

RACHE, B. *et al.* **Necessidades de infraestrutura do SUS em preparo ao Covid-19**: leitos de UTI, respiradores e ocupação hospitalar. São Paulo: IEPS, 2020.

SANTOS, B. F. **Arquivo Público do Amazonas**: uma trajetória de memórias, esquecimentos e descasos (1852-1999). Manaus, 2016. Disponível em: [https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/8196/2/Disserta%
c3%a7%c3%a3o_BernardoSantos_PGh.pdf](https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/8196/2/Disserta%c3%a7%c3%a3o_BernardoSantos_PGh.pdf). Acesso em: 07 fev. 2022.

SILVA, H. H. C.; DIAS, M. G. S. Narrativas sobre a pandemia por covid 19 nos estados do Amazonas e Roraima. **Revista de Estudos Amazônicos**, v. 20, n. 1, Jan./Jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/somanlu/article/view/7744/5433>. Acesso em: 13 fev. 2023.

SILVA, L. E. P. *et al.* Amazonas no epicentro da pandemia de COVID-19 uma revisão sistemática. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 9270-9280, 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/thali/Downloads/47890-119827-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

Submissão: 12/06/2023. Aprovação: 25/09/2023

UMA (IM)POSSÍVEL REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA NO CAMPO DA CIÊNCIA JURÍDICA: REFLEXÕES PRELIMINARES A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

AN (IM)POSSIBLE PARADIGMATIC REVOLUTION IN THE FIELD OF LEGAL SCIENCE: PRELIMINARY REFLECTIONS BASED ON PERSONALITY RIGHTS

Walter Lucas Ikeda¹

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Rodrigo Valente Giublin Teixeira²

Centro de Ensino Superior de Maringá

Resumo:

O artigo propõe um diálogo metodológico no campo da ciência jurídica. O problema que orienta a pesquisa é: a estrutura das revoluções científicas, de Thomas Kuhn, é aplicável ao desenvolvimento do direito? Parte-se de hipótese inicial positiva. O objetivo geral da pesquisa é analisar a (im)possibilidade de aplicar a estrutura das revoluções científicas à área do direito. Para se alcançar o objetivo geral, estrutura-se o estudo em três objetivos específicos que correspondem às seções de desenvolvimento do texto: a) na primeira seção, analisa-se senso comum teórico dos juristas e a ciência jurídica; b) na segunda seção, aborda-se a estrutura das revoluções científicas; e c) na última seção, o texto avalia as (im)possibilidades de aplicação da estrutura das revoluções científicas ao campo do direito. Utiliza-se a metodologia fenomenológica, na medida em que o próprio sujeito de conhecimento se insere no fenômeno do desenvolvimento metodológico do direito e perquiri seu objeto intencional. Ao final, verifica-se que a revolução científica pode ser aplicada ao direito tanto por meio da produção normativa legislativa quanto por meio da hermenêutica.

Palavras-Chaves:

Revolução Científica. Thomas Kuhn. Senso comum teórico dos juristas. Direitos da Personalidade. Positivismo jurídico.

Abstract:

The article proposes a methodological dialogue in the field of legal science. The problem that guides the research is: is the structure of scientific revolutions, by Thomas Kuhn, applicable to the development of law? It starts with a positive initial hypothesis. The general objective of the research is to analyze the (im)possibility of applying the structure of scientific revolutions to the area of law. In order to reach the general objective, the study is structured in three specific objectives that correspond to the text's development sections: a) in the first section, the theoretical common sense of jurists and legal science is analyzed; b) in the second section, the structure of scientific revolutions is addressed; and c) in the last section, the text evaluates the (im)possibilities of applying the structure

¹ Pós-doutorando em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Bolsista CAPES). Doutor em Direito pela Universidade Cesumar (Bolsista CAPES/PROSUP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar. Pós-graduado em Direito pela PUCPR. Pós-graduado em Docência no Ensino Superior, Teologia e MBA em gestão de negócios pela Uniasselvi. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduando em Filosofia pela UniCesumar. Docente no curso de Direito no Centro Universitário Metropolitano de Maringá (UNIFAMMA), Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR) e Faculdades Maringá. Advogado no escritório MolinaFunai.

² Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). MBA em Business Law e Gestão (FGV). Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino (IPE/OAB). Graduado em Direito pelo Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Professor. Advogado.

of scientific revolutions to the field of law. The phenomenological methodology is used, insofar as the subject of knowledge is inserted in the phenomenon of the methodological development of law and I investigated its intentional object. In the end, it appears that the scientific revolution can be applied to law both through legislative normative production and through hermeneutics.

Keywords:

Scientific Revolution. Thomas Kuhn. Theoretical common sense of jurists. Personality Rights. Legal positivism.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o Documento de Área 26, da Coordenação de área do Direito, na CAPES (BRASIL, 2019), a área do direito é marcada pela interdisciplinaridade, com diálogos intensos com as disciplinas de história, ciências políticas, filosofia entre outras. Também há conteúdos curriculares na graduação em direito que estimulam tais diálogos, como a Teoria do Estado, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e etc. Dessa forma, há um delineamento institucional e verificado entre a área do direito e as demais áreas do saber.

Nesse sentido, há uma questão interessante quanto ao desenvolvimento das demais áreas do saber com o direito. Se, por um lado, algumas áreas do saber descobrem ou revelam determinadas leis e saberes, sob um prisma de falseabilidade ou de revoluções científicas; por outro lado, o direito produz o direito, em regra, pela via legislativa. Todavia, problematiza-se se a metodologia de desenvolvimento do conhecimento científico da área não seria aplicável ao direito.

Numa perspectiva de revoluções científicas, ao se estabelecer um paradigma, este será desenvolvido como ciência normal e será defendida pela comunidade científica. Em determinado ponto, o paradigma não conseguirá resolver ou responder adequadamente determinados elementos, causando um cenário de crise do paradigma. A solução dada à crise pode ser tanto a reforma do paradigma ou a sua substituição por outro, que passará a ser o novo paradigma que se desenvolverá como ciência normal, formando o ciclo das revoluções científicas.

Assim, o problema de pesquisa que orienta este trabalho é: a estrutura das revoluções científicas, de Thomas Kuhn, é aplicável ao desenvolvimento do direito? Parte-se da hipótese inicial de que é possível a aplicação da estrutura das revoluções científicas, porém, há uma dificuldade peculiar na área jurídica, que é o senso comum teórico dos juristas.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a (im)possibilidade de aplicar a estrutura das revoluções científicas à área do direito. Para se alcançar o objetivo geral, fragmenta-o em três objetivos específicos que correspondem às seções de desenvolvimento do trabalho: a) a exposição do senso comum teórico dos juristas e a ciência jurídica; b) a exposição da estrutura

das revoluções científicas; e c) a análise de aplicação da estrutura das revoluções científicas ao campo do direito.

O texto é estruturado em três seções de desenvolvimento, visando atingir cada um dos objetivos específicos, respectivamente: a) a seção intitulada “Direito, método e metodologia” terá como objeto a exposição do senso comum teórico dos juristas e do direito como ciência jurídica distinta das ciências naturais; b) a seção intitulada “A estrutura da revolução científica” visa expor as condições da revolução científica; e c) a derradeira seção intitulada “O desenvolvimento da ciência jurídica e direitos da personalidade: posituação e hermenêutica” propõe a análise da adequação da estrutura das revoluções científicas ao direito, destacando a produção normativa e a hermenêutica, especialmente a partir dos direitos da personalidade pelo seu movimento de expansão e natureza jurídica.

Quanto à metodologia, utiliza-se o método fenomenológico, na medida em que o desenvolvimento do texto se dá por meio de perspectiva em que o sujeito que conhece faz parte do fenômeno que observa. Logo, um texto acadêmico sobre metodologia do direito e seu desenvolvimento coloca a perspectiva do sujeito que o desenvolvimento dentro do seu próprio fenômeno. Ainda, o texto se propõe eminentemente a suscitar um debate do que entregar um dogma ao leitor. Como técnica de pesquisa, utiliza-se o método bibliográfico, com utilização de fontes essencialmente bibliográficas e documentais. Destaca-se a utilização do eixo teórico de Luis Alberto Warat, Thomas Kuhn, Hans Kelsen e Luiz Lenio Streck. O método de procedimento é o monográfico.

2 DIREITO, MÉTODO E METODOLOGIA

Segundo a clássica lição de Hans Kelsen (1990), o direito como ordem social coercitiva visa a regulação da ordem social por meio da violência legitimada. Dela se infere que o direito tem a pretensão de regular toda a vida social, pois ainda que não a regule especificamente, decidiu não a regular, logo, decidiu que determinada matéria ficasse sob a liberdade negativa dos cidadãos. Essa pretensão totalizante kelseniana do direito positivo, de certa forma, tornou-se um dogma jurídico, na medida em que o senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1982) propõe ou atribui ao direito o papel de resolver todos os problemas sociais. Tal perspectiva inicial ou enfática pode até ser tributada a Kant (2017), na medida em que propôs a organização das nações em uma federação e que esta discutisse na forma de lei como meio de evitar o fracasso político e da guerra.

Nesse sentido, a condição do jurista alienado das condições de produção da norma jurídica é identificada como senso comum teórico dos juristas. O senso comum teórico compõe uma estrutura linguística que aliena o jurista de questões fundamentais como o real trabalho daquele que o interpreta, que crê na figura do legislador mítico e racional, que acredita que o julgador realiza atividade neutra e puramente intelectual, entre outras crenças decorrentes de preconceitos, hábitos metafísicos, profecias e opiniões (WARAT, 2002, p. 311). Tais condições reduzem o jurista a um mero reproduzidor acrítico do que os manuais, os Tribunais e as autoridades dizem que o direito é, colocando-o numa posição de autômato em relação à aplicação da norma ao caso concreto.

Nesse cenário, os argumentos são técnicas linguísticas que podem carregar ideologias prenhes de hábitos estruturais, costumes intelectuais e outros elementos como base para a retórica, buscando-se justamente a validação destes hábitos, que são conjugados com discurso ou aparência de verdade e cientificismo, deliberando pelo consenso social. Assim, incorporam-se hábitos significativos já existentes e a prática ideológica se reveste de validade pelo discurso jurídico e ambos são reproduzidos pelo senso comum teórico dos juristas (WARAT, 2004a, p. 147). O pensamento crítico é justamente o conjunto de enunciações que permitem uma crítica radical para a construção de questionamentos sociais e políticos para a produção do direito (WARAT, 1982). Para ilustrar a questão, pode-se expor voto do ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, 2001, p. 12), do Superior Tribunal de Justiça:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

A pretensão totalizante do direito pode ser sintetizada em pergunta de difícil resposta: se tudo é direito, o que não é direito? Esta frase substancia uma perspectiva de

totalização do direito, ou seja, de que o direito pode tratar sobre tudo. Esta perspectiva totalizadora decorre da própria perspectiva do direito positivo cujo principal expoente é Hans Kelsen (1998). Segundo este jurista, uma norma não pertence ao direito por seu conteúdo, mas pela sua forma, por isso todo e qualquer conteúdo pode ser direito, de modo que “não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica” (KELSEN, 1998, p. 139).

Em perspectiva crítica a um direito que se reduz ao positivo, na dimensão sociológica, Eugen Ehrlich (1986) aponta que o desenvolvimento do conhecimento jurídico somente pela via dedutiva e abstrata vela suas forças produtivas, bem como a aplicação prática e interpretativa, especialmente a jurisprudência como morfologia da configuração da vida social. O estudo do direito coloca como objeto principal a prescrição jurídica. Quando muito, analisa a história ou a etnologia, negligenciando as forças sociais e econômicas que produziram a prescrição jurídica. Nessa medida, apesar de existir uma espécie de língua jurídica comum legada pelo direito romano, cada direito nacional floresceu com particularidades próprias de seu tempo e espaço, com a potência de se enriquecerem mutuamente pela investigação de uma jurisprudência internacional do direito comum.

Dessa forma, Erlich (1986) critica a prescrição jurídica como objeto central da pesquisa jurídica, posição que vai de encontro ao proposto Kelsen (1990). O jurista ainda contextualiza que as Doze Tábuas, a Lex Sállica e o *Sachsenspiegel*³ reuniam conhecimento da prescrição jurídica do direito com que lidavam em seu tempo, diferentemente dos códigos modernos, que se inspiraram em práticas e prescrições passadas, de forma a não retratar o direito de seu tempo. Além disso, os tempos modernos são cada vez mais complexos e móveis, tornando-se incompatível a pretensão de esgotar o direito em um código. Na prática social há um direito vivo que se contrapõe ao direito vigente, o direito que, independentemente de prescrição jurídica, domina a vida. A prescrição jurídica, muitas vezes, é apenas uma forma de

³ A Lei das XII tábuas remonta ao século V a. C, no período da república de Roma (509 a 31 a.C), contextualizada pela expansão romana e o aumento do número de escravos, cada vez mais difundidos pelos setores da economia romana, que paralelamente à diminuição de plebeus escravos ocasionada pela reivindicação de direitos destes, além de tratar de outros temas, das espécies de escravidão, da reafirmação dos poderes dos patrícios e das conquistas jurídicas dos plebeus, apesar do direito destes ficarem vulneráveis à interpretação da época (FERREIRA, 2018). A Lex Sállica constituía-se como uma das leis que reduzia os costumes bárbaros a escrito, ainda que parcialmente, por influência do contato com a civilização romana, próximo do século IV e V, para ser aplicada por pessoalidade aos Francos Sállicos que se encontravam cada vez mais suscetíveis de mudança territorial (BRUNNER, 2016). O *Sachsenspiegel* de Eike von Repgow, de 1235, contextualizado com a ascensão do modelo feudal e cristão de sociedade, é uma importante compilação do direito costumeiro medieval saxão e marca o início da jurisprudência alemã, com a utilização de diversas figuras que orientam a interpretação (BARBOSA, 2020).

um direito antigo que é aplicado de forma diversa na observação cotidiana, ou seja, a prescrição pode ser apenas a camada superficial do direito⁴.

Dessa forma, primeiro parte-se do concreto e depois se formulam as prescrições gerais. A fonte do direito vivo é a realidade social, entendida como os documentos modernos, os usos e costumes, de forma que estes elementos sociológicos decorrentes da observação direta sejam qualificados como direito, portanto, é por meio da incorporação dos aspectos e esclarecimentos sociais, econômicos, políticos-legislativos, sociais que se forma o direito vivo (ERLICH, 1986).

Nestes termos, enquanto Kelsen (1990) propõe uma perspectiva dinâmica do direito que se amolda conforme o direito é produzido pelo procedimento previsto, Erlich (1986) entende que o desenvolvimento do direito ocorre por meio das normas jurídicas postas como ações, independentemente da prescrição positivada, bem como há uma relação hierárquica em que prevalece o direito das associações (família, comunidades, cooperativas e outras organizações sociais) frente ao direito positivado. Maliska (2001) analisa que o segundo percebe o direito a partir da sociologia do fenômeno jurídico, e o primeiro a partir do dever-ser puro, sem influências externas na sua estrutura, de forma que caberia à ciência jurídica o equilíbrio entre os dois pontos.

Neste contexto, com a finalidade de tensionar o predito dogma jurídico totalizante, utiliza-se a via científica como forma de demonstração da tensão. A pesquisa científica não é senso comum, pois ela não aceita afirmações ou crenças sem a devida problematização, considerando, ainda, a dificuldade de se estabelecer uma pesquisa isenta de qualquer elemento extraído do senso comum. Esta via também não implica sabedoria, pois não se analisam elementos como convivência e intuição, ou mesmo da história prática moral. Ainda, a pesquisa não é ideológica, na medida em que não se busca a defesa de posição política ou de valor e

⁴ Partindo-se do exemplo do direito de família citado por Ehrlich (1986, p. 383), as relações jurídicas familiares da Alemanha do século XIV não são compatíveis com o do século XIX, assim como o direito de família da Idade Média ostenta contexto econômico e formas contratuais prescritas em legislações que dificilmente podem ser aplicadas em outro momento histórico. Pode-se fazer um paralelo ao exemplo do autor com a perspectiva brasileira de família, a partir do art. 226, § 3º, da Constituição Federal e o art. 1.514, do Código Civil, respectivamente: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988); e "Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados" (BRASIL, 2002). Nestas disposições legais, o preceito jurídico indica que o casamento é entre homem e mulher, mas a prática hodierna brasileira permite o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, especialmente a partir da decisão, em 2011, do Supremo Tribunal Federal ADI nº 4277 (2011b), que pugnava pelo reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e a ADPF nº 132 (2011a), que levantava a violação de preceitos fundamentais da dignidade humana ao não ser reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2013) emitiu a resolução 175 que possibilitava o casamento entre pessoas do mesmo sexo em cartórios.

tampouco tem a finalidade de produzir discurso de justificação. Além disso, conhecimento científico não é paradigma específico, ou seja, corrente única e incontestável, mas a representação da disputa dinâmica e incessante entre diferentes paradigmas (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 15).

O elemento ideológico é intrínseco às ciências sociais, na medida em que a realidade é encarada como se gostaria que ela fosse, conforme os interesses determinados. As ciências sociais costumeiramente se valem de instrumentos científicos para justificarem suas posições, até pela sua aderência próxima às estruturas sociais, como produto inevitável do fenômeno do poder estabelecido ou mesmo como representante de sua antítese. Dessa forma, a pesquisa nas ciências sociais tem o elemento ideológico como intrínseco ao próprio pesquisador e ao objeto de pesquisa, na medida em que a realidade social é ideológica e um produto histórico. Não há atores políticos ou sociais neutros nem história neutra. Assim, a ideologia não pode ser suprimida, mas tão somente controlada (DEMO, 1995, p. 19).

Ainda, não se pode deixar de pontuar que a ciência não é o único meio de produção de conhecimento. O mesmo objeto cognoscível pode ser acessado pelo cientista e pelo humano “comum”; a diferença é a forma de observação e validação do meio de acesso ao conhecimento. O conhecimento científico é produzido a partir da observação rigorosa de fundamentações e metodologias estabelecidas na área do saber, bem como a fundamentação da pesquisa é baseada em informações classificadas e submetidas à verificação de seus pares. De toda forma, pode-se sintetizar a diferença entre o conhecimento científico e o popular da seguinte maneira:

Tabela 1 – Conhecimento científico e comum

Conhecimento popular	Conhecimento científico
Valorativo: os valores do sujeito alcançam o objeto	Real: lida com ocorrências ou fatos
Reflexivo: não pode ser reduzido a uma formulação geral	Contingente: suas hipóteses podem ser refutadas.
Assistemático: baseado na experiência pessoal	Sistemático: ordena um saber de forma lógica
Verificável: no limite da vida social do observador	Verificável: e refuta o conhecimento não validado
Falível: limitado à percepção pessoal	Falível e proximadamente exato: seu conhecimento não é definitivo e novas propostas podem reformar as suas teorias

Fonte: elaborado com base em Lakatos e Marconi (2003, p. 77-80)

De forma oportuna à proposta interdisciplinar deste estudo, também se expõe a diferença entre conhecimento filosófico e religioso:

Tabela 2 – Conhecimento filosófico e religioso

Conhecimento filosófico	Conhecimento Religioso
Valorativo: parte de hipóteses e experiências	Valorativo: parte de posições sagradas
Racional: sistematização de hipóteses e enunciados	Inspiracional: reveladas pelo sobrenatural
Sistemático: organização de hipóteses e enunciados	Sistemático: sistematiza o mundo (origem, significado, finalidade e destino)
Não verificável: parte de enunciados hipotéticos	Não verificável: implícito na fé
Infalível e exato: seus postulados e hipóteses não são submetidos à observação ou experimentação	Infalível e exato: suas revelações não são submetidas à observação ou experimentação

Fonte: elaborado com base em Lakatos e Marconi (2003, p. 78-80)

De toda forma, considerando o marco teórico do presente trabalho, Kelsen (1990, p. 53-55) também propõe uma distinção entre o direito e as ciências naturais. O jurista expõe que as ciências da natureza são orientadas pela lei da causalidade e de processos reais, por exemplo, um metal aquecido dilata, na medida em que a relação que intercede o calor e a dilatação é de causa e efeito. Já nas ciências jurídicas, não se utiliza a lei da causalidade, mas a imputação. Por exemplo: se alguém comete um crime, deve-se aplicar uma pena. Esta diferença pode ser sintetizada pelo seguinte quadro:

Tabela 3 – Ciências naturais e jurídicas

Ciência Natural	Ciência Jurídica
A é B	Quando é A, B deve ser
A ligação decorre da lei natural	A ligação decorre da produção de norma pela autoridade jurídica, através de um ato de vontade

Fonte: Elaborado a partir de Kelsen (1998, p. 55).

Doravante, o problema central da metodologia é demarcar o que é ciência e o que não o é. A própria definição de ciência é controversa e problemática. O senso comum sobre a ciência cria representações de que os cientistas seriam isentos de qualquer suspeita e teriam em sua posse conhecimentos perfeitos. A demarcação científica, na verdade, promove o oposto do senso comum, pois a discussão é inacabável e a metodologia não é a solução propriamente, mas expediente que guia o questionamento criativo para a produção de respostas mais seguras (DEMO, 1995, p. 16).

A percepção, de senso comum, da ciência e do cientista transforma-se em mito, capaz de induzir comportamentos e impedir críticas. A sociedade substabelece ao cientista o papel de pensar, caracterizando-o como autoridade⁵. Todavia, os cientistas, cada vez mais especializados, tornam-se expertos naquele assunto e somente naquele assunto, ou seja, a profundidade da especialização não significa sua extensão a outras áreas. O próprio senso comum é o ponto de partida para o aprendizado científico, pois o aprendizado é a manutenção e modificação de capacidades ou habilidades inerentes ao aprendiz. Isso significa que o senso comum e a ciência não se diferenciam pela sua natureza, mas pela sua especialização, como a otimização de sentidos humanos a serviço do aprofundamento de uma análise. A própria criação do senso comum decorre de círculos que se julgam acima de outros em determinadas áreas, mas a experiência humana demonstra que a produção de ciência em tempos outros não é considerado ciência atualmente, assim como a nossa ciência pode não ser considerada como ciência no futuro (ALVES, 1981).

Todo pensamento começa com um problema. O que não é problematizado não é pensado. Após tomar consciência do problema, começa-se a pensar e constituir um modelo ideal de funcionamento. A partir da imaginação do ideal, começa-se a elaborar hipóteses de resposta ao problema, as quais são testadas. Ilustrativamente, toma-se um carro que para no meio de seu trajeto. Diante de uma situação como esta, logo imaginamos qual o funcionamento ideal de um motor e tentamos abri-lo para identificar qual seria o possível problema; diante do

⁵ Nesse sentido, Alves (1981, p. 7) ilustra da seguinte forma a situação: “Se existe uma classe especializada em pensar de maneira correta (os cientistas), os outros indivíduos são liberados da obrigação de pensar e podem simplesmente fazer o que os cientistas mandam. Quando o médico lhe dá uma receita você faz perguntas? Sabe como os medicamentos funcionam? Será que você se pergunta se o médico sabe como os medicamentos funcionam? Ele manda, a gente compra e toma. Não pensamos. Obedecemos. Não precisamos pensar, porque acreditamos que há indivíduos especializados e competentes em pensar. Pagamos para que ele pense por nós. E depois ainda dizem por aí que vivemos em uma civilização científica... O que eu disse dos médicos você pode aplicar a tudo. Os economistas tomam decisões e temos de obedecer. Os engenheiros e urbanistas dizem como devem ser as nossas cidades, e assim acontece. Dizem que o álcool será a solução para que nossos automóveis continuem a trafegar, e a agricultura se altera para que a palavra dos técnicos se cumpra. Afinal de contas, para que serve a nossa cabeça? Ainda podemos pensar? Adianta pensar?”

motor aberto, algumas hipóteses surgem e são testadas para identificar e resolver o problema identificado. A ciência promove o mesmo percurso do senso comum para resolver seus problemas (ALVES, 1981). Portanto, deve-se tomar certa cautela para não se promover julgamentos pejorativos do senso comum, sob o risco de se evidenciar que o próprio pesquisador carrega senso comum sobre o que é senso comum (ALVES, 1981).

A ciência também se reveste de uma espécie de senso comum perante inovações. Há uma defesa da ciência estabelecida – a ciência normal – de inovações, inclusive o acordo e o consenso, mesmos critérios utilizados para resistir às propostas de Galileu. Os cientistas propõem declarações sobre a realidade, com a intenção expressa de produzir conhecimento, em busca sem fim da verdade. O decisivo é a relação entre o discurso e o objeto. É nesta relação que a verdade existe. O discurso científico se distingue dos demais pela possibilidade de ser metodicamente testado, credenciando o conhecimento como científico.

3 A ESTRUTURA DA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA

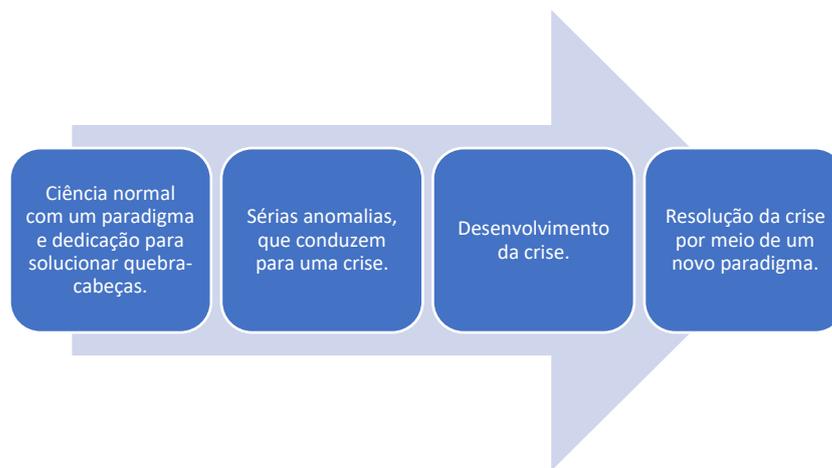
Thomas Kuhn (2006) propõe que o progresso da ciência ocorre entre as suas revoluções, no choque entre um estágio pré-paradigmático e paradigmático. O estágio pré-paradigmático seria marcado por debates dos fundamentos do campo de pesquisa, até algum consenso do paradigma que norteará os estudos, que dá início ao estágio paradigmático. Dessa forma, a partir do estabelecimento de um paradigma, há o período mais longo nesse procedimento, em que a ciência vai desenvolver as possibilidades de conhecimento com base no paradigma posto (KUHN, 2006, p. 77-93).

Neste período mais longo também há o aperfeiçoamento das técnicas e instrumentos que pertencem ao paradigma, com a sua consolidação e o desenvolvimento de postura conservadora dos cientistas às críticas. Com a passagem do tempo e de outros avanços internos ou externos ao paradigma, surgem questões que não são por ele respondidas de forma satisfatória. Estas respostas não satisfatórias produzem questionamentos e causam crises. Diante deste contexto, a ciência normal do paradigma tenta encontrar respostas satisfatórias e começam a emergir respostas de outras propostas de paradigmas da ciência extraordinária, de modo que se o novo paradigma for aceito, ainda que parcialmente, haverá uma revolução científica (KUHN, 2006, p. 107-116).

Frise-se que, inicialmente, Thomas Kuhn (1989) atribuía à revolução científica mudanças metodológicas, semânticas e ontológicas, sem hierarquia prévia entre elas. Todavia,

diante das críticas de Imre Lakatos (1968)⁶ e Karl Popper (1995)⁷, Thomas Kuhn (1989) repropôs sua revolução de modo que esta se caracterizava por uma mudança essencialmente semântica, ou seja, os aspectos ontológico e metodológico passaram a ter uma valoração menor na revolução científica. Dessa forma, o caminho que Thomas Kuhn (2006, p. 12) estabelece para a ciência pode ser sintetizado na figura seguinte:

Figura 1 - Revolução científica



Fonte: Kuhn (2006).

Assim, pode-se verificar que haveria quatro etapas para uma revolução científica: o estabelecimento do paradigma, a verificação de anomalias, a exposição de crises e a ruptura ou correção do paradigma. Propõe-se a possibilidade de aplicação do método das revoluções científicas de Thomas Kuhn (2006) ao direito. François Ost (2015, p. 105) faz a seguinte proposta:

- (i) Identificar o sistema dominante de ideias dentro de um domínio (definir os contornos do paradigma).
- (ii) Detectar de modo rápido as eventuais anomalias que poderiam mostrar os limites do caráter explicativo do paradigma ou até mesmo derrubá-lo.
- (iii) Identificar as eventuais reações da doutrina (de juízes, legisladores etc.) em face dessas anomalias e as avaliar.
- (iv) Tomar uma posição sobre a possibilidade de o paradigma resistir a essa evolução em questão ou sobre a

6 Imre Lakatos (1968) trata que a instabilidade de pilares da ciência como ciência pode ser provada a partir das propostas de Einstein. Tais pilares, ao serem trocados, devem ter critérios, não se podendo admitir a troca de pilares provados por ideias de verdade prováveis ou de verdades consensuais.

7 Karl Popper (1995) propõe que a ciência é estabelecida por paradigmas que ainda não foram falseados. Assim, a ciência para Popper não pode provar, mas apenas desprovar ou falsear, pois, assim como a teoria da gravidade de Newton foi superior a de Descartes pelo trajeto semi-elíptico; esta foi superada pelo periélio de Mercúrio de Einstein, ou seja, a ciência trabalha com conjecturas ousadas que serão refutadas conclusivamente e seguidas de especulações inicialmente irrefutáveis.

necessidade da sua substituição por um quadro teórico mais amplo e mais explicativo (OST, 2015, p. 105).

Doravante, quanto aos critérios de cientificidade que decorrem do questionamento, seus resultados também são questionáveis. Somente é científico o que for discutível. As respostas científicas não são absolutas, mas paradigmas ainda não afastados por outros menos refutáveis. Estas respostas devem ser postas sob as formas da lógica ou formal e o da prática ou política decorrente dos critérios de cientificidade, que afastam o senso comum, a ideologia ou a sabedoria.

Nesse sentido, conforme Demo (1995), pode-se indicar os seguintes critérios de cientificidade externos e internos. Os internos ou formais são: coerência, como dedução lógica e sem contradição das premissas às conclusões; consistência quanto à resistência argumentativa lógica e cronológica; originalidade como produção não tautológica; objetivação, que é o possível da objetividade na descoberta da realidade social. Quanto aos critérios internos ou políticos, deve existir a consciência de que: o cientista social influencia e é influenciado; há uma instrumentalização das ciências sociais para o controle social e a justificação das relações de poder; as ciências sociais são objeto de discussão sobre o estabelecimento de políticas sociais mais efetivas, na implantação de um estado de direito; entre outros. Portanto, de forma sintética, enquanto os critérios formais orientam a pesquisa formalmente inteligível, sistemática, clara em sua explicação, disciplinada, os critérios políticos apontam para a pesquisa cujos resultados não são definitivos. Nesse cenário, não se deve propor discurso, mas diálogo, na medida em que a teoria e a prática são inseparáveis, sob o risco de velar interesses. Por fim, o estudo dos problemas tem relação com suas soluções.

Doravante, é fundamental a exposição do método científico na investigação proposta. Para que o conhecimento possa ser qualificado como científico, é necessário identificar as operações mentais e técnicas que oportunizem sua verificação, ou seja, determinar o método de acesso ao conhecimento. O método pode ser entendido como caminho a um determinado fim. Cientificamente, ele seria o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos utilizados para atingir determinado conhecimento. Outrora perseguiu-se um único método para todos os ramos do conhecimento; atualmente prefere-se a diversidade de métodos, determinado pelo tipo de objeto e pela classe de proposições a descobrir. Essas diversas possibilidades de método são classificados em métodos de base lógica e métodos de procedimento técnico (GIL, 2008, p. 8). Todavia, como será exposto adiante a ciência jurídica tem peculiaridades que devem ser tomadas em consideração.

4 O DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA JURÍDICA E DIREITOS DA PERSONALIDADE: POSITIVAÇÃO E HERMENÊUTICA

O desenvolvimento do direito dentro de uma perspectiva de revolução científica não é tão simples, especialmente pela sua natureza de ciência social aplicada, ou seja, não se trata de descobrir ou revelar uma norma, mas o de construir tal norma. Aqui podemos apontar dois caminhos para o desenvolvimento do direito, o primeiro é o legislativo e o segundo é o da hermenêutica.

Antes de tratarmos desses dois caminhos, esclarece-se a necessidade das pesquisas jurídicas evitarem o sincretismo metodológico e o bartolismo. O termo bartolismo decorre da influência do jurista Bartolo de Saxoferrato e Baldo de Ubaldis, com a Lei das Citações de Madri, baixada por El-rey D. João II, na medida em que na Idade Média, no Reino de Castela, houve atos normativos que reconheceram a autoridade das opiniões do jurista como se leis fossem. Com as Ordenações Afonsinas de Portugal (1446-1447) a posição do jurista foi utilizada como uma espécie de integração lacunar normativa, ou seja, uma espécie de fonte jurídica com reconhecimento estatal. Nesse sentido, as pesquisas jurídicas devem proceder com cautela ao utilizar termos estrangeiros ou de tempos remotos (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 3).

Ainda, observa-se que os juristas brasileiros se inclinam a tentar utilizar institutos e conceitos estrangeiros ao nacional sem um cuidado maior em sua contextualização⁸, ou seja, deve-se atentar a não utilização de preceitos estrangeiros para justificar e descrever sem qualquer resguardo o direito nacional, também para que seja evitado o transplante de institutos jurídicos para o direito nacional (LEGRAND, 2014)⁹.

Quanto ao primeiro meio de desenvolvimento do direito, as inovações legislativas, deve-se atentar que o direito positivo adotado nacionalmente não corresponde ao

⁸ Exemplo do fenômeno pode ser verificado no julgamento do RE 1010606, com repercussão geral reconhecida, com a decisão de que o direito ao esquecimento, de origem estrangeira, não é constitucional.

⁹ A proposta de transplante de um ordenamento jurídico ao outro é apenas uma forma de palavras sem sentido. Qualquer regra que seja objeto da tentativa de transplante de um ordenamento jurídico para outro pode ter qualquer significado, pois o seu deslocamento sofre necessariamente uma mudança que a afeta enquanto regra. Logo, se a regra transplantada não carrega seu significado, a própria regra não é transplantada. Assim, um elemento constitutivo intrínseco às regras é sua passagem por meio de comunidades interpretativas, sendo produto de interesses divergentes e conflitantes na sociedade, este elemento constitutivo afeta a norma para lhe imbuir de valores morais e locais, na própria existência social e humana de determinado espaço, e o transplante jurídico, assim, qualquer transplante de regras sem esta análise pratica uma reificação como falsa determinação (LEGRAND, 2014, p. 13).

do direito natural. Isso porque a atividade legislativa, observado em uma democracia liberal, atenta-se a um debate político e um desejo de estabelecer um dever ser das condutas sociais, que podem variar no tempo e no espaço, de modo que a sociedade e suas novas dinâmicas sociais desenvolverão repetidamente debates e estabelecerão o que consideram o normal naquela sociedade.

A codificação emergiu como uma nova forma de organização social que veio substituir o pluralismo jurídica e insegurança da Idade Média. Especialmente no sistema alemão e no francês, buscou-se construir um sistema fechado, em que todas as hipóteses sociais seriam previstas e respondidas pelo código, rompendo com fontes metafísicas e o direito romano comum. Esta primeira fase do direito positivo foi conhecida como jurisprudência dos conceitos ou positivismo exegético, que denotaria uma relação objetiva entre sujeito e objeto, ou seja, a resposta estaria no objeto e caberia ao sujeito extrair tal conhecimento (MARTINS-COSTA, 2000).

Todavia, o desenvolvimento cada vez mais veloz das relações sociais, econômicas, políticas e de outras dimensões evidenciaram que um sistema normativo que dependesse sempre da intervenção legislativa se tornaria inviável, ou seja, direito e facticidade estariam cingidos até que houvesse a nova intervenção legislativa, o que traria as técnicas legislativas de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (MARTINS-COSTA, 1991). Dessa maneira, o sistema deixou de ser fechado, possibilitando-se influxos externos por meio de técnicas legislativas e promovendo uma relação subjetiva de sujeito e objeto, ou seja, o intérprete projeta-se ao objeto que reflete conhecimento, assim, o sujeito se torna o centro do conhecimento. Nesse fluxo, Luís Roberto Barroso (2010, p.3) trata que a dignidade se tornou um consenso ético no mundo ocidental, mas sua propagação não ameniza a dificuldade de sua utilização como instrumento relevante de interpretação jurídica, sendo que “com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade”.

A crítica da razão pura de Kant (2021) está intrinsecamente vinculada à neutralidade do Estado e do sujeito de direito da estrutura Kelseniana (1986; 1988). Kelsen recorre ao método kantiano a fim de estabelecer uma estrutura jurídica científica a partir da razão, afastando-a de ações de boa conduta ou da metafísica. A lógica normativa de ser e dever-ser condicionada a sanção decorre da estrutura racional kantiana, apesar do autor fundamentar o dever no dever ser, enquanto Kelsen fundamenta o dever ser na relação entre poder e coerção. Nesse sentido, Kelsen assume que os deveres em si não podem ser conhecidos em sua essência, com base na própria limitação estética kantiana, porém podem ser logicamente organizados na

forma jurídica, assim como é proposto na analítica e dialética transcendental. Isso significa que o sujeito do conhecimento, movido pela experiência, abstrai descrição da conduta desejada em forma de prescrição no plano do dever ser normativo, como uma aplicação da racionalidade kantiana gnosiológica para tornar o direito científico (ZENNI; ALMEIDA, 2018).

No plano normativo puro não é o sujeito conhecedor propriamente que produz a norma, pois há a sua despersonalização pelo sujeito de direito. Ademais, o sujeito de direito percebe a norma como verdade, como a coisa em si, abstrata para o sujeito de direito, que decorre da atividade legislativa que a conceitua, reduzindo a complexidade do *númenu*. A própria vontade da produção normativa de prescrever o que seria o normal decorre da própria ordem jurídica, mantendo-se um purismo entre ser e dever ser, na medida em que a validade da norma é condicionada aos atos volitivos que correspondam a um procedimento de produção de normas previamente estabelecido. Esta vontade humana que produz uma norma sob a hipótese de um fenômeno sustenta-se em ato de coerção, pois a conduta prescrita deve observar o fenômeno no plano antipodal. Doravante, a regulação das condutas somente pode tocar aquilo que tange ao tempo e espaço do indivíduo, de tal modo que o ato de vontade normativo é legitimado na mesma medida que o poder e o de conceitos abstratos acessíveis pelo Estado, formando o ordenamento jurídico. Neste ponto, o indivíduo deve ser aquele que é categorizado como integrante destinatário da lógica normativa desse plano de poder, o sujeito de direito como existência condição no plano normativo (SIQUEIRA; ALMEIDA, 2020).

Dentro dessa análise do sujeito de direito, a categoria de pessoa como sujeito de direito é determinante para o alcance normativo prescritivo. Nesse sentido, como os atos de vontade para a elaboração das normas decorrem da experiência, eles são categorizados como funções abstratas pressupostas de um direito hierarquicamente superior até a norma fundamental e produzidas dentro do próprio ordenamento. Portanto, o sujeito de direito também é produtor da norma jurídica e, nesse sentido, tanto a norma como a vontade pertencem ao plano do dever ser, de forma que o ato de vontade é produzido pelo próprio ordenamento jurídico, ou seja, o próprio ordenamento jurídico se reproduz. Assim, apesar do ato de vontade basear-se na experiência para a produção da norma, é também a norma que define a legitimidade do indivíduo como parte do ordenamento. A extensão do poder do Estado é tanto universal quanto a capacidade do ordenamento jurídico. Como a norma é validada pelo próprio ordenamento jurídico, este também está subordinado à norma. O ordenamento jurídico produz, valida e se sujeita à norma. Dessa forma, a pessoa é uma estrutura normativa que tem direito e deveres por integrar o plano do dever ser, dentro da extensão do poder do Estado (SIQUEIRA; ALMEIDA, 2020).

Nesse sentido, pode-se apontar a problemática questão da natureza dos direitos da personalidade. O tema é cercado de anacronismos e perspectivas humanistas que nem sempre são dispostas democraticamente. Assim, ao se defender que o instituto seria de direito natural, admitir-se-ia um pluralismo jurídico e o rompimento com o direito positivo que prestigia apenas o direito estatal. Também pode-se apontar que o instituto como direito natural iria de encontro à democracia, na medida em que se admitiria a influência da política, cultura, economia e etc para determinar o que é o direito, incorrendo-se no risco do não ser um instituto autônomo, mas clara ferramenta de manutenção do poder. Nessa medida, ainda que exista uma proposta de expansão dos direitos da personalidade, estas devem respeitar os limites semânticos do texto legal, sob o risco de se criar qualquer coisa a partir do nada, ressaltando-se que o legislativo de uma democracia liberal seria destinatário adequado para o amadurecimento dos debates sobre os diversos institutos (KELSEN, 2000).

Dessa forma, pode-se pensar que o direito estabelece a norma como um normal que se deseja como dever ser em determinada sociedade. Essa norma, eventualmente, encontrará situações que não conseguirá responder ou não trará regulamentação suficientemente adequada à pacificação social, o que criará um cenário de crise. A partir da crise da anomalia frente ao paradigma, os juristas ou encontrarão uma nova perspectiva de salvar o paradigma ou o paradigma será trocado, o que pode ser evidenciado mais nitidamente por reformas ou atualizações legislativas. Todavia, as reformas ou atualizações ao paradigma podem ocorrer sem a intervenção legislativa, ou seja, por meio da hermenêutica.

Ao se pensar em hermenêutica, não se pode desvincular direito e linguagem. O texto puro não ostenta sentido em si e as palavras são plurívocas, são apenas o ponto de partida de uma construção linguística. As coisas existem no mundo enquanto linguagem, como estrutura que antecede ao próprio intérprete, de modo que o contato do intérprete ocorre diretamente com a linguagem e indiretamente com o objeto. A linguagem se desenvolve na dimensão pública, logo, a linguagem deve ser compartilhada, até porque sua validade ocorre em jogos de linguagem, ou seja, as palavras têm seu significado nos jogos linguísticos de determinado momento (WITTGENSTEIN, 2014). Desse modo, pode-se concluir que tal situação será considerada digna ou indigna conforme os jogos de linguagem.

No cenário jurídico, a linguagem tem papel central, mas não se pode tirar qualquer coisa de qualquer coisa, isso é, não se propor qualquer coisa a partir de qualquer palavra. No capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Kelsen (1998) verifica que no ato de interpretação a produção da norma ao caso concreto deve obedecer um quadro ou moldura, de modo que todo o ato jurídico aplicado é em parte determinado pelo direito e em parte indeterminado, sendo

que a indeterminação pode ser intencional¹⁰ ou não intencional¹¹. A indeterminação intencional ou não atua como aplicação de forma, esta moldura da forma deverá ser estabelecida pelo limite semântico do texto, logo, um quadro semântico em que qualquer interpretação que extrapole o alcance semântico não pode ser considerado legítimo, pois a fonte não será mais a lei.

Poderia ser argumentado que existe um justo a ser respeitado, mas o texto legal em si guarda validade e não justiça. Dentro do que se propõe num quadro semântico pode ser determinado diversos resultados diversos, sendo que todos seriam legais. Os diversos métodos de interpretação resultam em interpretações possíveis, mas não a uma única resposta correta. A dificuldade é intrínseca ao direito e ao seu desenvolvimento,

a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (KELSEN, 1998, p. 249).

Dessa forma, os juristas e a sociedade desenvolverão linguisticamente uma forma de aplicar determinando comando legal ao caso concreto, eventualmente, a aplicação se tornará mais uniforme e será uma espécie de posição consentida. Uma ciência normal. O desenvolvimento social poderá apresentar anomalias ao entendimento que será desenvolvido pela doutrina e ciência jurídica, sendo que ao final o entendimento poderá ser reformado com a inclusão de exceções e/ou ajustes, ou poderá ocorrer uma substituição do paradigma por um novo que se desenvolverá como nova ciência normal.

Não se pode deixar de pontuar que no direito brasileiro, o quadro semântico deve obedecer uma certa direção, que é a Constituição Federal. Por isso, existiria uma resposta

¹⁰ Kelsen (1998, p. 246) dá o seguinte exemplo: “uma lei de sanidade determina que, ao manifestar-se uma epidemia, os habitantes de uma cidade têm de, sob cominação de uma pena, tomar certas disposições para evitar um alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a determinar estas disposições por diferente maneira, conforme as diferentes doenças. A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas - podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo”.

¹¹ Kelsen (1990, p. 247) dá o seguinte exemplo: “que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão pode ser completa, mas também pode ser apenas parcial. Este último caso apresenta-se quando a vontade do legislador ou a intenção das partes correspondem pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal da norma veicula”.

constitucional adequada, ou seja, a interpretação mais adequada seria aquela que no quadro semântico fizesse cumprir o que a Constituição brasileira já decidiu, limitando vértices hermenêuticos contrários (STRECK, 2014). Além disso, a motivação das decisões é direito fundamental das partes e da sociedade, possibilitando controle social da atividade jurisdicional, ao encontro de uma perspectiva de sociedade aberta de intérpretes (HÄBERLE, 1997). É por isso que a contribuição da hermenêutica é fundamental para o desenvolvimento do direito, na medida em que rompe com a existência de conceitos em si mesmos de textos normativos sem que se tenha um significante linguístico primeiro que garanta um único significado, ou seja, compreensão e interpretação são indelévels (STRECK, 2014).

Portanto, ao se refletir sobre os direitos da personalidade, é inviável interpretá-lo sem a compreensão do que é pessoa¹², termo de profunda axiologia. Ainda que os direitos da personalidade tenham previsão predominantemente principiológica, não se pode permitir que qualquer direito decorra da própria condição de pessoa, mas deve passar, na análise do caso concreto, por construção jurídica acerca do alcance e sentido da semântica legal, inclusive multidisciplinar que o próprio instituto avoca (SZANIAWSKI, 2005). Esta perspectiva da hermenêutica como construção vai ao encontro da crítica ao senso comum teórico dos juristas, bem como a distinção entre reprodução e produção do direito, que se insere centralmente ao tema das revoluções científicas ao direito.

Na perspectiva crítica da hermenêutica do sistema jurídico contemporâneo, pode-se apontar que uma das grandes dificuldades é a não adoção da virada linguística em sua metodologia. O método indicado seria uma superação da relação subjetiva do sujeito objeto que privilegia a pré-compreensão do julgador. De acordo com Streck (2014, p. 182), a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização ou positivação. O acesso a algo deve ocorrer pela mediação do significado e do sentido. Não há acesso às coisas sem mediação do significado. Esta mediação deve ocorrer por um “como” linguístico, pois não temos acesso às coisas mesmas, mas tão somente como aparecem ao observador, ou seja, com o significado mediato, como verdade estabelecida dentro das condições humanas de discurso e linguagem. Esta perspectiva rompe com o esquema epistemológico sujeito-objeto, pois não se limita à essência do objeto ou ao solipsismo do observador.

A crítica metodológica não se prende ao debate do solipsismo judicial ou à proposta de protagonismo judicial, mas de se analisar os objetivos e finalidades eleitos na Constituição brasileira, destacadamente na programação de problemas sociais de âmbito macro. Assim, as

¹² Sobre a estrutura dos direitos da personalidade, indica-se o texto de Teixeira e Ikeda (2022).

críticas que nós temos no atual sistema hermenêutica apontam: a) dificuldade estrutural jurídica para solução de conflitos macros e complexos da sociedade, pois moldada para conflitos individuais; b) uma relação fetichizada entre sociedade e a produção do direito; e c) um senso comum teórico dos juristas que se limitam à reprodução do direito, em detrimento de sua produção. Todavia, Streck (2014) pondera que a intervenção judiciária e o risco de decisões que vão de encontro à Constituição, em países de modernidade tardia e de morosidade dos demais poderes, ainda é risco necessário para a concretização de direitos fundamentais e do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda, a Constituição que assume o centro do ordenamento jurídico exige uma filtragem constitucional do direito, de modo que todo o ordenamento jurídico esteja de acordo com seus preceitos. Nesse sentido, pode-se apontar o método da constitucionalização do direito privado ou o direito civil-constitucional desenvolvido pelo italiano Pietro Perlingieri (2019) e adotado no Brasil, que vai ao encontro da problemática da hermenêutica dos direitos da personalidade esposado anteriormente. Ressalta-se que cada método traz caminhos e resultados diferentes para a mesma questão, porque o método coloca como se pretende que seja o direito e como será sua aplicação. Mas parte da doutrina, assim como a jurisprudência, supostamente guiadas pelo direito-civil constitucional, elaborada pelo método do jurista italiano, “fazem tudo, menos aplicar efetivamente o método da constitucionalização do direito civil” (KONDER, 2015, p. 194-195)¹³.

De um lado, a aplicação exegética esvazia o direito do contexto social e, de outro lado, o arbítrio traz grande insegurança jurídica, gerando, portanto, a necessidade de transformar a metodologia em questão hermenêutica. O intérprete deverá utilizar a hermenêutica como meio entre texto e realidade, considerando o trabalho de harmonização com os princípios constitucionais, responsabilizando-se o hermeneuta por colocar luzes expressas sobre suas escolhas linguísticas que nunca são neutras. Portanto, pode-se concluir que o método civil-constitucional desenvolvido pelo jurista italiano é lógico-sistemática e teleológico-axiológica (KONDER, 2015, p. 208). O que deverá ser substanciado na fundamentação da decisão judicial, até como condição de debate e controle da decisão, o que também retoma o problema da ponderação mencionada anteriormente.

¹³ Para uma visão panorâmica do método de Pietro Perlingieri, a partir dos elementos do foco da interpretação, a fidelidade da interpretação ao texto e a sua aplicação em caso hipotético, indica-se a leitura do texto de Konder (2015).

Nesse sentido, levanta-se a necessidade de continuar a pontuar o direito civil constitucional. Para Pietro Perlingieri (2019), quando se faz a leitura do Código Civil a partir da Constituição, torna-se impossível falar em direito público e privado, porque todo o ordenamento jurídico irá partilhar dos mesmos valores e princípios fundamentais. A interpretação passa a ser sistêmica e axiológica. Deve-se interpretar o instituto conforme o microsistema no qual ele se encaixa, e não como um conjunto neutro e sistema formal e neutro de conceitos, a fim de que se considere as particularidades da categoria sem as violentar. Deve-se avaliar o valor social atual, observando o valor da positividade da norma, pois não é apenas o texto constitucional que tem valor, esta funciona como uma régua ética de valor, promovendo a ressignificando da aplicação normativa com os valores da época de sua aplicação. Sinteticamente, o intérprete deverá analisar o ordenamento jurídico como um todo, mais do que um sistema formal e neutro, mas sustentado por normas e princípios banhados de valores culturais e sociais. Um exemplo é a crise dos conceitos de direito subjetivo, abstrato e a própria noção de pessoa, que para além de sua positividade, deverá enfrentar um contexto marcadamente egoístico, que hipertrofiou o desenvolvimento de sua estrutura ativa de portar direitos desproporcionalmente ao plano passivo do campo dos deveres (PERLINGIERI, 2019, p. 6).

Portanto, a estrutura das revoluções científicas pode ser verificada ao direito, mas deve considerar suas peculiaridades. Nesse sentido último do desenvolvimento, a ciência normal decorrente do estabelecimento de um padrão interpretativo de determinado comando pode encontrar anomalias com o desenvolvimento da sociedade, sendo possível que a interpretação tenha de ser adequada ou substituída. De qualquer forma, se o paradigma for interpretativo, será necessário atentar-se tanto ao quadro semântico como o norte estabelecido constitucionalmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa lançado para o desenvolvimento deste estudo foi: a estrutura das revoluções científicas, de Thomas Kuhn, é aplicável ao desenvolvimento do direito? Partiu-se de uma hipótese inicial positiva, pontuando uma dificuldade peculiar na área jurídica, que é o senso comum teórico dos juristas.

Na primeira seção de desenvolvimento foi observado que o senso comum acadêmico guarda semelhança com o senso comum teórico dos juristas, na medida em que ambos são pontos de partida para o desenvolvimento da ciência e da crítica. Foi desenvolvida a diferença das ciências naturais para as jurídicas, sendo a última voltada ao dever-ser e não à causalidade, de modo que o direito estabelece como desejamos conviver em sociedade.

Na segunda seção de desenvolvimento foi abordada a estrutura da revolução científica. Ao se observar a sua estrutura, não houve percepção de incompatibilidade com o direito, pois este também desenvolve um paradigma normativo para responder aos conflitos sociais e enfrenta anomalias, também. Ao perceber anomalias, o direito também pode reformar ou substituir seu paradigma.

Na terceira seção de desenvolvimento foram exploradas as vias de mudanças de paradigma do direito, a partir da perspectiva da produção legislativa e da hermenêutica. Destacou-se ambas as perspectivas a partir dos direitos da personalidade, atentando-se especialmente para o fato de que em ambas as abordagens há limites que devem ser observados, tanto de interdisciplinaridade quanto estruturais jurídicos, sob pena de violar-se o próprio Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a hipótese inicial se mostra correta, pois o direito constrói seus paradigmas como formas de responder aos conflitos sociais e, ao se deparar com anomalias, poderá por meio da via legislativa ou hermenêutica o corrigir ou o substituir. Todavia, o desenvolvimento do direito tem obstáculos peculiares como o excessivo peso do julgamento dos tribunais superiores na via hermenêutica, trazendo riscos de decisões contrárias à própria Constituição, mas necessários para a concretização do próprio texto maior. Ainda, deve ser considerada que uma das vias para a concretização da revolução científica jurídica ocorre por meio da via legislativa, que muitas vezes absorve interesses diversos do somente jurídico, de forma que tal peculiaridade pode afetar o novo paradigma em maior ou menor medida. De toda forma, pensar o desenvolvimento da ciência jurídica ao modo da revolução científica auxilia a explicação da superação periódica de entendimentos, bem como estrutura campo de observação que pode auxiliar a didática da sua própria ciência.

Por fim, pontue-se que a metodologia utilizada auxiliou na percepção de que o direito deve ser aplicado como forma, isso é, deve ser aplicado dentro das balizas semânticas e de dedução cabíveis, sob pena de tornar prejudicada seu próprio aspecto científico. Ademais, também, foi ressaltada a perspectiva crítica que se espera da comunidade jurídica quanto aos argumentos de autoridade e uma visão macro da produção do direito, com o desiderato de impedir sua instrumentalização à interesses outros que não sejam a concretização do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. São Paulo: Brasiliense, 1981.

BARBOSA, Adriana Fernandes. **Cognição em (inter)ação**: Uma análise multimodal do ensino de verbos separáveis e inseparáveis em aulas de Alemão como Língua Estrangeira. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33615/1/Tese_Adriana_Fernandes_Barbosa.pdf. Acesso em: 09 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. **Documento de Área 26**. Brasília: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no EREsp 279.889/AL**, 1ª Turma, Relator José Delgado. Brasília, 3 abr. 2001. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003. Acesso em: 1 mai. 2023.

BRUNNER, Murilo Castineira. Lex Salica. **Revista Faculdade de Direito Universidade São Paulo**, São Paulo, v. 111, n. 1, p. 409-428, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133519/129530>. Acesso em: 09 jan. 2023.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1995.

ERLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FERREIRA, Ana Carolina Sodré. As formas de escravização presente na Lei das doze tábuas (século V A.C). **Revista Faculdade de Direito São Paulo**, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 105-124, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/epigrafe/article/view/141447/148910>. Acesso em: 09 jan. 2023.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

IKEDA, Walter Lucas; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Direitos da personalidade: terminologias, estrutura e recepção. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 22, n. 1, p. 129-152, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10618/7018>. Acesso em: 1 mai. 2023.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2021.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442/25100>. Acesso em: 31 dez. 2021.

KUHN, Thomas Samuel. **¿Qué son las revoluciones científicas?** y outros ensayos. Barcelona: Paidós, 1989.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectivas, 2006.

LAKATOS, Imre. Criticism and the methodology of scientific reserch programmes. London, **Oxford Universit Press**, v.69, outubro, 1968, p. 149-186. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4544774?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 17 dez. 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

MARCONI; Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.28, n.112, p. 13-32, 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175932>. Acesso em: 21 de ago. 2021.

OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revisa de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do Direito**, São Leopoldo, v.7, n.2, p. 98-116, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.01>. Acesso em: 17 jul. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista Civilística**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-9, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoesprivadas/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 1995.

PRODANOV; Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A impossibilidade de racionalidade dos direitos da personalidade sem um purismo metodológico: uma crítica a partir do debate entre Kelsen e Schmitt. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/3941>. Acesso em: 31 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequencia**, v.03, n.05, p. 48-58, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 17 de dez. 2022.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A saída neutra de Hans Kelsen: o instrumento kantiano para a despersonalização da soberania. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n.1, p. 281-296, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28962/23310>. Acesso em: 17 nov. 2022.

Submissão: 27/09/2023. Aprovação: 09/05/2024.

CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E AS PROJEÇÕES JORNALÍSTICAS DO IMAGINÁRIO SOCIAL ACERCA DO CRIME E DA CRIMINALIDADE NA REDE SOCIAL INSTAGRAM

MEDIA CRIMINOLOGY AND JOURNALISTIC PROJECTIONS OF THE SOCIAL IMAGINARY ABOUT CRIME AND CRIMINALITY IN THE SOCIAL NETWORK INSTAGRAM

*Driane Fiorentin de Moraes*¹
ATITUS Educação – Passo Fundo

*Felipe da Veiga Dias*²
ATITUS Educação – Passo Fundo

Resumo:

O estudo tem como tema as relações entre tecnologia e controle social, com ênfase no campo criminológico midiático, objetivando determinar o que a rede social Instagram considera como conteúdo sensível na esfera criminal, motivo pelo qual procedeu-se à seleção de duas páginas jornalísticas brasileiras de grande circulação, possuindo também impacto-relevância nos números de acessos on-line, tendo ainda como recorte um período de delimitação temporal de três meses. Enfoca-se assim no seguinte problema de pesquisa: quais imagens são passíveis de serem exibidas na rede social Instagram no campo jornalístico sobre o crime e a criminalidade? A metodologia adotada é predominantemente dedutiva, contando ainda com o auxílio do método de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa de documentação indireta. Conclui-se que não há parâmetros bem delimitados acerca do que a rede social Instagram considera como sensível, bem como sequer é aplicado este filtro nos casos em que se visualizam os critérios elencados nas diretrizes de comunidade da rede social.

Palavras-Chave: Controle Social. Imagens. Instagram. Rede Social. Sociedade Tecnológica.

Abstract:

The study has as its theme the relationship between technology and social control, with emphasis on the media criminological field, aiming to determine what the social network Instagram considers as sensitive content in the criminal sphere, which is why two Brazilian journalistic pages with large circulation were selected, also having impact-relevance in the numbers of online accesses, also having as a cut a period time frame of three months. It thus focuses on the following research problem: which images are likely to be displayed on the social network Instagram in the journalistic field about crime and criminality? The methodology adopted is predominantly deductive, with the aid of the monographic procedure method and the indirect documentation research technique. It is concluded that there are no well-defined

¹ Mestranda pelo PPGD Atitus Educação - Campus Passo Fundo-RS. Graduada pela Atitus Educação - Campus Passo Fundo-RS. Bolsista PROSUP CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Violência e Controle.

² Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Escola de Direito ATITUS Educação. Professor da ATITUS Educação – Passo Fundo. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle”. Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil.

parameters about what the social network Instagram considers to be sensitive, and this filter is not even applied in cases where the criteria listed in the community guidelines of the social network are viewed.

Keywords:

Social Control. Images. Instagram. Social network. Technological Society.

1. INTRODUÇÃO

A mudança no modelo de midiatização da informação tem incorporado cada vez mais o uso da tecnologia, modernizando e transformando o meio e o modo de divulgação de notícias. Dessa forma, as mídias digitais passaram a ocupar relevante posição nos meios pelos quais a população brasileira busca informação, tornando-se um campo significativo na esfera informativa da população.

Dito isso, a escolha da mídia social Instagram para compor a presente pesquisa se legitima, uma vez que, conforme estudo desenvolvido pela *We Are Social e Hootsuite* (2022) no país registrou-se uma média de 119,5 milhões de usuários na referida plataforma, a terceira rede social mais utilizada no Brasil de acordo com o referido estudo.

Nesse sentido, objetivando desenvolver a pesquisa acerca do que a rede social Instagram considera como conteúdo sensível na esfera midiático-criminal, procedeu-se a seleção de dois perfis jornalísticos brasileiros de considerável impacto-relevância, sendo estas as páginas dos jornais A Folha de São Paulo (3,3 milhões de seguidores) e O Globo (2,7 milhões de seguidores).

Para além deste primeiro recorte de pesquisa, opta-se por delimitar a amostragem na análise dos posts nas páginas jornalísticas selecionadas no período de três meses, compreendidas entre maio e julho de 2022. Cumpre esclarecer que a opção pela escolha dos meses mencionados ocorreu em razão de serem anteriores ao início do período de propaganda eleitoral no Brasil.

Com base nisso, estipula-se como problema de pesquisa: quais imagens são passíveis de serem exibidas na rede social Instagram no campo jornalístico sobre o crime e a criminalidade? As indagações indicam como objetivo geral compreender as relações de tecnologia e controle social, partindo da análise midiática social do aplicativo Instagram, num período de três meses, nas quais se apreciam as reportagens criminais. Enquanto objetivo específico serão examinadas as matérias cujos conteúdos são classificados como sensíveis.

Visando o desenvolvimento da pesquisa, inicialmente agrupou-se as referidas reportagens, buscando junto à rede social Instagram seus termos de uso e nos sites dos jornais on-line selecionados os princípios éticos editoriais. Nesse aspecto, para além de compreender

o que a escolhida rede social classifica enquanto conteúdo sensível, pode-se considerar se os respectivos jornais selecionados cumprem com os termos de uso do aplicativo no quesito de cuidado com a divulgação de material sensível.

Em um primeiro momento, propõe-se correlacionar os aportes teóricos acerca da sociedade tecnológica e as relações entre tecnologia e controle social. Para tanto, este primeiro item busca estruturar o que se pode entender por sociedade tecnológica, para então adentrar no debate do vínculo entre tecnologia e controle social.

Na segunda parte aborda-se a temática dos estudos criminológicos midiáticos e sua conexão com a questão tecnológica. Nessa perspectiva, propõe-se estudar nesta fase da pesquisa a evolução das formas de divulgação das notícias, buscando-se entender como a tecnologia tem seu papel no desenvolvimento de novos meios de propagação jornalística nas redes sociais.

A etapa final da pesquisa propõe-se a analisar os princípios editoriais dos jornais online selecionados, bem como as diretrizes do Instagram, objetivando compreender, posteriormente, o que a rede social considera como sensível nas notícias sobre o crime e sobre a criminalidade a partir das matérias coletadas para avaliação.

Justifica-se o foco da pesquisa no debate em torno de quais imagens são passíveis de serem exibidas no aplicativo Instagram, uma vez que, conforme já mencionado anteriormente, a rede social se consolida como a terceira mídia social mais utilizada no Brasil, podendo vir a influenciar a forma como se projeta o imaginário acerca do crime e da criminalidade no país.

Por fim, para realizar a referida proposta adota-se como método de abordagem o dedutivo, tendo em vista que se parte de um estabelecimento teórico inicial amplo, para que posteriormente se possa apreciar a problemática na mídia digital selecionada, analisando os resultados encontrados no material empírico no período de três meses. Ademais, utiliza-se também o método de procedimento monográfico, juntamente à documentação indireta com ênfase bibliográfica, tendo em vista que se adotam como fontes básicas obras bibliográficas, cobertura midiática e dados secundários a respeito do tema em questão de forma crítica.

2. A SOCIEDADE TECNOLÓGICA E SUAS CONEXÕES COM O CONTROLE SOCIAL

Como o nome bem tende a sugerir, sociedade tecnológica é o âmbito social cuja tecnologia tem demonstrado ser um dos mais fortes traços/componentes. Contudo, a “tecnologia é condição necessária, mas não suficiente para a emergência de uma nova forma de

organização social baseada em redes, ou seja, na difusão de redes em todos os aspectos da actividade na base das redes de comunicação digital” (Castells, 2005, p. 17).

Castells (2005, p. 17) explica que o que dá forma à própria tecnologia de acordo com suas necessidades são as sociedades e não ao contrário, ressaltando que tais elementos de comunicação/informação são vulneráveis às consequências da utilização no âmbito social. Isso conduz na atualidade a uma visão mais crítica sobre os “progressos” advindos do campo tecnológico para o desenvolvimento social, haja vista que os prejuízos causados por algumas de suas iniciativas acabaram ocultados por discursos-imagens associadas a caracteres puramente positivos (Morozov, 2018, p. 29).

Ademais, não se questiona que a Internet e outros dispositivos ligados ao campo comunicacional são atualmente fontes relevantes de informação (e igualmente de desinformação), bem como de serviços utilizadas no cotidiano brasileiro. Para Pereira, Silva e Giron (2014, p. 273) “a rede mundial de computadores proporcionou uma mudança econômica por apresentar facilidades como, por exemplo, a velocidade em que os atos ocorrem e a diminuição das distâncias – reconstrução do tempo/espaço”.

Castells (2005, p. 18) explica que os processos associados à globalização e alinhados à dita sociedade em rede apresentam ao mesmo tempo comunicação e não comunicação, inclusão e exclusão, de maneira que “neste início de século, ela exclui a maior parte da humanidade, embora toda a humanidade seja afectada (sic) pela sua lógica, e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social”.

Complementa Castilho (2021, p. 151) ao afirmar que o sentido da sociedade tecnológica “é aquele inserido nesse mundo altamente desenvolvido por meio da telemática e da internet, conectando pessoas, instituições e empresas, fazendo do mundo uma verdadeira aldeia global, em tempo real, transformando realidades antes sedimentadas”. Todavia, na atualidade os romantismos associados à tecnologia começam a ser despidos, formatando um juízo mais reflexivo por parte do campo científico e das implicações sociais desses instrumentos.

Apenas como menções da afirmativa anterior estão as ponderações sobre os temas da democracia digital, a qual já foi figurada no início do século como a ponte para uma espécie de participação direta capaz de transformar a democracia, mas que hoje encontra-se em um limiar mais palpável e menos idealizado, bem como o abandono das noções de gratuidade na prestação de serviços ou atividades on-line. Neste último tópico, além dos constructos evidenciando as capturas econômicas dessas atividades, como ocorre nos trabalhos de fôlego a respeito do capitalismo de plataforma de Srnicek (2017) ou de vigilância de Zuboff (2019), autores como Loveluck (2018, p. 225) ainda aludem que tal “gratuidade” detém um “caráter intrusivo de tais

procedimentos e das potenciais violações das liberdades individuais”, consistindo “em fazer desaparecer o valor e em dissimular o verdadeiro custo de um produto ou serviço”.

Logo, nota-se também a correlação entre o uso da tecnologia e o consumo, principalmente no que diz respeito à ampliação do uso da internet, visto que sua utilização tem ressignificado o contexto tempo e espaço, considerando a evolução de meios de comunicação que instigam os desejos de consumo (Pereira; Silva; Giron, 2014, p. 266). Essa compreensão é essencial para que se possa entender não apenas o comportamento dos usuários, como também das corporações de comunicação que buscam aumentar o seu apelo no universo digital, pois o estímulo ao consumo não se reduz a produtos ou mercadorias comuns, mas igualmente a estímulos, imagens e notícias na produção de modos de vida ou subjetividades.

A inflexão anterior se conecta ao que se nomeia como processos de algoritmização da vida, proporcionando que quanto mais as pessoas utilizam a tecnologia, mais ela os transforma. As tecnologias exercem um efeito dentro das relações de poder sobre os sujeitos por meio dos quais interferem no modo de ser desses sujeitos, havendo uma correlação entre a intensidade e extensão do uso dessa tecnologia (Ruiz, 2021, p. 6).

O relevante uso de tecnologias nas práticas voltadas ao exercício do poder de controle demonstra a existência de um meio variado na governamentalidade³ contemporânea. Ademais, destaca-se que “o modelo de poder da tecnopolítica na sociedade de controle não significa nenhuma espécie de domínio absoluto, visto que os dispositivos operam baseados na liberdade e na delicadeza dessas articulações” (Dias, 2021, p. 103).

Não é diferente quando se propõe pensar o uso de tecnologia e o papel no controle social desempenhado pelos meios de comunicação, os quais se adaptam a essa forma de governar a vida e produzir formas de existência por intermédios digitais. Para Machado, Dias e Ferrer (2018, p. 38), “as redes são dotadas de características que as diferenciam das tecnologias que as antecederam, colocando-as na posição de um dos principais fatores de mudanças sociais de todos os tempos”.

Essas mudanças sociais causadas pelas mídias digitais dizem respeito à forma como o

³ “Por está palavra ‘governamentalidade’, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem como alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por ‘governamentalidade’ entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de ‘governo’ sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes” (Foucault, 2008, p. 143 – 144)

ambiente social reage às informações produzidas e reproduzidas pelos meios de comunicação, impactando direta e indiretamente a percepção social acerca de determinados assuntos.

Importante fazer um adendo na pesquisa com a fala de Bourdieu, de que a televisão, por ser uma das formas mais acessíveis de informação pela população, principalmente a de baixa renda, possui o domínio sobre a formação de opinião dessa parte importante do público (Bourdieu, 1997, p. 23). Contudo, atualmente visualiza-se uma propagação de notícias por meio de redes sociais como o Facebook e Instagram, as quais adaptam o antigo modelo (exemplo dos vídeos curtos sobre partes da programação – *shorts*, *history's* ou *reels* – a depender da rede social), mas igualmente adotam o seu próprio padrão textual, imagético e linguístico distinto dos meios analógicos.

Nesse sentido, ainda que a televisão seja um dos principais meio de informação para a população de baixa renda, cumpre destacar que as mídias digitais ocupam um espaço cada vez mais central na criação e divulgação de informações/notícias. Isto posto, verifica-se que a mídia, especialmente em sua forma digital, vem apresentando crescimento significativo, consolidando-se como uma das maiores fontes de informação da população, e por isso exercendo um papel de considerável influência na divulgação de notícias ao público (Rocha, 2009, p. 20).

Conforme os dados disponibilizados pelo Governo Federal por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Dados (Brasil, 2022), cerca de 90% dos domicílios no país atualmente possuem acesso à internet, isto é, 65,6 milhões de pessoas estão conectadas, em certa medida, às plataformas digitais.

Sendo assim, os meios tipicamente definidos pela lógica do consumo intenso (Bauman, 2008) se utilizam também nas produções midiáticas, em especial naquelas vindas de dispositivos da era digital, com as redes sociais e os portais de notícias, devidamente adaptadas ao modelo capitalista baseado em dados, como adverte Zuboff (2019, p. 14 – 15). Isso explica o porquê uma investigação de um período curto, como a de três meses, encontra-se com um suporte material considerável por parte dos veículos on-line.

Ressalta-se a quantidade de reportagens encontradas no aplicativo Instagram dos jornais on-line, por se tratar, notoriamente de uma midiatização compulsiva de informações, as quais não necessitam de longas explicações acerca do ocorrido. Justifica-se este apontamento em razão de que a notícia em si é um meio de produção da realidade social, já que a fundamenta via dois meios especiais, sendo eles a escolha dos fatos (*framed*) que serão noticiados e a importância que será atribuída aos mesmos (Rocha, 2016, p. 10).

Zaffaroni (2012, p. 306) alega que a comunicação de imagens deve ser impactante no campo emocional, motivo pelo qual costuma-se visualizar nos noticiários a midiaticização de catástrofes, visto que este tipo de notícia tende a impactar sem impulsionar o pensamento crítico. O autor, auxiliado por Santos, ainda complementa e atualiza tal visão em obra mais recente ao inferir como a tática de distração por parte da comunicação se conjuga ao ambiente digital:

Essa tática de distração não apenas utiliza notícias sensacionalistas diárias, mas também todo um complexo conjunto de técnicas, como o acelerado volume de notícias que impedem ou dificultam a atenção; a comunicação exagerada de conteúdo de entretenimento; a extrema sobrevalorização do espetáculo esportivo para preencher quase todo o espaço da informação; a reprodução de séries policiais de televisão que mostram a violência como a única maneira possível de resolver conflitos; o uso desmedido de ferramentas digitais e outras distrações, que, por outro lado, também desencoraja a própria informação através da indigestão pela superabundância informativa, pelo uso de linguagens crípticas típicas de dialetos técnicos, pela vulgarização e deformação simplista dos comunicadores, tudo isso formando agora o verdadeiro ópio dos povos (Zaffaroni; Santos, 2020, p. 111).

A divulgação rápida de informações, conhecida como “furo”, segue nesta busca supérflua por notícias que causem “impacto” (Rocha, 2016, p. 7), tendo como único objetivo a apresentação de algo inédito que agrada o senso comum, descartando muitas vezes as preocupações com a veracidade das informações obtidas e até mesmo com os danos causados às partes envolvidas (Rocha 2008, p. 26).

Isso porque a interpretação da informação noticiada “depende de uma série de variáveis, dentre elas, a própria imagem da realidade que o receptor possui. Assim, os meios de comunicação de massas, em interação com as demais instâncias de controle social, propiciariam a construção social da realidade” (Budó, 2011, p.264).

Com efeito, quando se busca discutir o problema envolto nas mensagens de mídia, não é com atenção à linguagem simplesmente escrita e/ou falada, mas sim da comunicação que se impõe utilizando de imagens (Zaffaroni, 2012, p. 305), algo que também causa impacto nas apreciações contemporâneas no ambiente digital.

Concentra-se o foco desta pesquisa no âmbito digital, em especial no aplicativo Instagram, em razão da transformação do meio digital nos últimos anos, bem como pela mudança no modo de noticiar no campo jornalístico.

Como explicam Zaffaroni e Santos (2020, p. 110), a mudança atual nos discursos midiáticos encontra-se na sua potencialização por meio das redes sociais, visto que promovem mensagens rápidas e sem lacunas para possibilidade de exercer o pensamento crítico.

Nesse sentido as redes sociais ofertam condições necessárias para promover o contato entre diferentes pessoas que absorvem distintas formas de direcionamento, controle e de manipulação. Igualmente aos demais meios de comunicação, o âmbito cibernético influenciou profundamente as mudanças nas formas de interpretação da realidade social (Machado; Dias; Ferrer, 2018, p. 37), contudo, em uma velocidade superior às demais, em razão da facilidade de acesso às informações disponibilizadas na Internet.

Ademais, destaca-se que embora as redes sociais estejam sujeitas às legislações nacionais, podem ser usadas como ferramentas de divulgação e propagação de mecanismos de governamentalidade, impondo ou influenciando subjetividades (Machado; Dias; Ferrer, 2018, p. 39). Dessa forma, o uso da tecnologia impacta diretamente no controle social exercido por meio do recorte de informações, em especial as propagadas em redes sociais, afetando a forma como a sociedade recebe e interpreta a informação midiaticizada, munida de recortes e seleções pré-estipulados.

Por conseguinte, importa destacar que para realização da pesquisa prática analisou-se 1.627 reportagens publicadas em três meses no perfil do jornal on-line Folha de São Paulo⁴ e 1.218 matérias publicizadas no mesmo período no perfil do jornal on-line O Globo⁵.

Com base nestes aportes teóricos, torna-se necessário adicionar a compreensão da produção criminológico midiática, a fim de sustentar a apreciação dos materiais jornalísticos tendo o devido embasamento sobre as estratégias e formas de atuação desse campo nas projeções da comunicação ligada às questões criminais.

3. DISCURSOS E IMAGENS DA CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E OS REGIMES TECNOPOLÍTICOS

Os estudos acerca da influência da mídia na seara criminológico-crítica não são uma discussão recente. Entretanto, o debate em torno da criação de uma ferramenta pela mídia, um novo campo de estudo criminológico que os meios de comunicação desenvolvem para se autofundamentar, usando recortes das informações coletadas para defender seus próprios posicionamentos, tem sido um assunto que ganhou atenção por parte dos criminólogos e criminólogas.

⁴ No mês de maio de 2022 registrou-se 543 reportagens, bem como 523 e 561 reportagens nos meses de junho e julho consecutivamente.

⁵ Registrou-se 406 reportagens no mês de maio, assim como 387 reportagens em junho e 425 reportagens em julho de 2022.

Em síntese, ao contrário das demais vertentes criminológicas, em especial a linha crítica, que se encontram em constantes indagações e progresso baseados em evidências científicas, a criminologia midiática busca apenas se autoafirmar enquanto meio de prova inquestionável e despida de vínculos acadêmicos.

Por este motivo, descreve-se esta vertente como uma versão da criminologia anticientífica, uma vez que se trata de um objeto criado pelo próprio meio midiático, buscando justificar seus discursos por meio de suas próprias respostas, as quais são produzidas por seus próprios agentes. Como bem explica Zaffaroni (2013, p. 195), suas mensagens se retroalimentam, uma vez que utilizam de imagens e discursos autoproduzidos.

Nesse contexto, é possível resumir essa área anticientífica na ideia de produção e reprodução da realidade por intervenção das informações criadas e seus conjuntos de discursos, firmando suas mensagens através de mecanismos que incentivam a propagação de suas respectivas manifestações, causando prejuízos sociais imensuráveis a determinados grupos de pessoas.

Trata-se de “uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simples [...]” (Zaffaroni, 2012, p. 303).

Amaral e Swatek (2020, p. 21) destacam que o principal motivo do sucesso desta vertente anticientífica encontra-se nas estratégias adotadas, permitindo que seus representantes exponham ideias e opiniões sem pudor, necessidade de fundamentação ou responsabilidade/respeito com as normas jurídicas.

Entender os aportes teóricos acerca da vertente criminológica midiática é importante para o desenvolvimento da presente pesquisa, uma vez que, quando se trata de meios de comunicação em formatos digitais e controle social, há necessidade de se diferenciar dos estudos tradicionais criminológicos críticos acerca do papel e influência da mídia na sociedade brasileira.

Ademais, no tocante ao controle social exercido pela criminologia midiática e seus atores, há que se destacar duas ferramentas frequentemente empregadas: os discursos midiáticos e o uso da imagem. No que diz respeito aos discursos-imagens projetados Bourdieu (1989, p. 9) esclarece que “o poder simbólico é um poder de construção da realidade”, ou seja, a forma como se constrói um discurso-imagem molda e impacta diretamente na interpretação da realidade do espectador/usuário alvo.

“Os discursos adotados pela criminologia midiática possuem a incumbência do convencimento do público [...] e por mais que se defenda uma suposta neutralidade do emissor, inexistente sujeito neutro nos paradigmas científicos contemporâneos [...]” (Dias, 2022, p. 36).

Uma das principais formas discursivas adotadas pela criminologia midiática para propagar e expandir o alcance da sua mensagem é a ideia de neutralidade discursiva, na qual busca-se uma estruturação gramatical cuidadosa para fins de convencer o usuário que a informação disponibilizada é isenta e neutra de ideologias, isto é, persuadir o público-alvo de que se trata apenas uma transcrição do fato ocorrido sem a opinião/influência do escritor no texto ou puramente técnica.

A construção de uma realidade ficcional criada pela criminologia midiática se sustenta na cuidadosa organização das palavras-imagens, definidas pela equipe responsável sob critérios econômicos, visando a máxima lucratividade nas reportagens. Por esta razão, Guilbert (2020, p. 31) sustenta ser um erro separar o conteúdo daquilo que é dito da forma como foi projetado, seja na sua exposição linguística ou imagética.

Dessa forma, os meios de comunicação apresentam diversas possibilidades de interpretação para uma mesma notícia, oportunizando diferentes maneiras de reação àquela informação (Cohen, 2002, p. 20). Nesse ponto, o controle social consegue ser exercido aproveitando-se das construções gramaticais e da promoção dos discursos-imagens midiáticos.

Logo, assiste razão a Budó (2013, p.239) ao aludir que, se “só é visto o que é mostrado, então as escolhas realizadas diariamente pelos veículos de comunicação importam e muito na compreensão que se tem da realidade”. Consequentemente, havendo exibição somente daquilo que a mídia considera economicamente útil, bem como considerando o recorte do conteúdo e sua estruturação gramatical-imagética, cria-se uma realidade ficcional (reifica-se a realidade) (Kang, 2014, p. 111) que influencia nas escolhas e opiniões do público, auxiliando os meios de comunicação na manutenção do controle social.

Falar de imagens, principalmente em termos criminológicos, de início, é percebê-las como “marcos de guerra”, sobretudo como testemunho da violência perpetrada pelo exercício do poder punitivo. [...] estar “framed” é ser objeto de uma artimanha, engano, cujo marco guia implicitamente a interpretação. Toda imagem é, portanto, sempre enquadrada, recortada, focada. Todavia o desafio, diante da imagem, estará em perceber que há sempre o movimento para além deste confinamento, uma espécie de evasão de rompimento perpétuo (Amaral, 2019, p. 7 – 8).

Isso porque, como mencionado acima, as informações noticiadas não conseguem ser divulgadas em sua totalidade de detalhes, motivo pelo qual emprega-se um recorte. A

escolha/enquadramento das informações, imagens e dos materiais ampara-se na busca interminável por maiores índices de público, acessos on-line e, conseqüentemente, lucro.

Por esta razão, os acontecimentos midiáticos não conseguem ser expostos de forma detalhada (estudos do papel das imagens sempre enfatizam que enquadramentos/*frames* devem ser vistos também pelo que excluem, representando sempre algo ausente) (Didi-Huberman, 2018, p. 16), cabendo aos representantes dos meios de comunicação selecionarem aquilo que consideram útil à publicação do conteúdo (Budó, 2013, p. 242). Assim, as seleções e recortes dessas notícias não ocorrem de forma eventual, mas sim de acordo com as determinações também da criminologia midiática (Zaffaroni, 2013, p. 211) e sua busca por lucratividade amparada por imagens, retóricas e projeções punitivas-simplificadoras de uma realidade complexa.

Posto isso há que se considerar o uso da imagem enquanto ferramenta importante na promoção do controle social, especialmente no diz que respeito ao uso das imagens no jornalismo em redes sociais. Tal alusão se justifica porque, em razão do limite de caracteres e do extensivo número de notícias compartilhadas diariamente, os meios de comunicação optam por notabilizar a cena midiática como forma de atrair a atenção do público e agilizar a produção de matérias.

Bourdieu (1997, p. 28) explica que a imagem tem o poder de influenciar e produzir o que se conhece enquanto “o efeito de real”, impacto este que interfere diretamente no cenário produzido, podendo fazer o público ver o que lhe interesse, bem como fazer acreditar naquilo que estão vendo.

Em questão da criação e manutenção de estereótipos no campo criminal, esta vertente anticientífica manipula através de imagens, selecionando e midiaticando casos que demonstrem o estereótipo desejado de ser visualizado pelo público-alvo, seguido da exposição do perfil daqueles que não estão cometendo delitos. Isto ocorre pois não é mais necessário dizer diretamente para passar a mensagem de quem são os corpos passíveis de delinquir (Zaffaroni, 2012, p.307).

Uma breve exemplificação disso no Brasil ocorre no ano de 2022, quando ao realizar uma cobertura sobre um ato criminoso ocorrido em Aracruz, no Espírito Santo, o jornal Estadão decide colocar em seus portais digitais uma matéria sobre o assunto com a imagem de uma arma empunhada pela mão de uma pessoa negra. Esse fato retrata o padrão rotulador-discriminatório do pensamento criminológico midiático, já que no caso em questão se tratava de ato realizado por um homem branco, com vinculações neonazistas, filho de policial militar e fazendo uso de armas pertencentes à família, porém, não se quer vincular o imaginário social

(devidamente ocultando/nublado processos de racismo algorítmico) (Silva, 2022) a tal figura distinta do usual “criminoso”: negro, pobre e periférico.

O cenário publicizado de uma realidade midiática é determinado pelos processos estruturais de produção dos meios de comunicação, podendo esse ordenamento influenciar diretamente a produção da imagem do crime, dos delinquentes e do sistema penal no modo de ver da população (Jewkes, 2004, p. 37). Portanto, o caso exemplificado acima é um demonstrativo de que a visão criminológica midiática retrata intencionalmente estereótipos, para que uma posterior associação seja viável de acordo com determinado perfil, bastante conhecido no Brasil.

Entende-se que em redes sociais como Facebook e Instagram essas duas ferramentas – discursos midiáticos e imagens – foram aperfeiçoadas, possibilitando aos meios de comunicação expandirem seus recursos em plataformas cujo fluxo de material é desproporcional quando comparado com os meios tradicionais de jornalismo. Essa produção massiva ao estilo *fast food* é algo relatado por Gomes (2015, p. 114), e que acaba sendo reforçado pelas lógicas mercadológicas no capitalismo de vigilância em sua massiva alimentação de dados e excedentes comportamentais (Zuboff, 2019, p. 127).

Apregoa-se assim que a criminologia midiática promove uma política de controle e neutralização dos povos marginalizados, sendo utilizado para tais objetivos tanto discursos quanto imagens projetados acerca da criminalidade, das condutas criminosas, seus autores e vítimas (Zaffaroni, 2012, p. 317). Percebe-se um quadro de intensificação das evidências científicas do campo criminológico crítico já denunciadas por parte dessas estratégias, demarcando o campo do controle social dentro de atuações violentas, punitivas e mortais para parcelas específicas da população.

Com fulcro nas bases estabelecidas se torna viável realizar a leitura criminológica dos fenômenos midiáticos em instrumentos digitais, especialmente situando-se na inter-relação entre textos e imagens jornalísticas projetadas no Instagram, a respeito do crime e da criminalidade.

4. O CRIME, A CRIMINALIDADE E OS CONTEÚDOS SENSÍVEIS NO INSTAGRAM COM BASE EM UMA AMOSTRAGEM EMPÍRICA

Para poder prosseguir com a análise do material coletado e responder o problema de pesquisa, necessário analisar o que o Instagram define como “sensível” nas suas diretrizes

disponibilizadas no próprio aplicativo, bem como examinar os princípios editoriais dos jornais O Globo e Folha de São Paulo.

Retoma-se o problema de pesquisa para uma melhor compreensão da proposta, o qual foi definido como: “quais imagens são passíveis de serem exibidas na rede social Instagram no campo jornalístico sobre o crime e a criminalidade?”

Embora tenham sido contabilizadas 1.627 reportagens (publicadas em três meses) na página do jornal on-line Folha de São Paulo e 1.218 reportagens publicadas no mesmo período no Jornal O Globo, cumpre destacar que o foco do trabalho residia em notícias criminais, isto é, informações sobre o crime e sobre a criminalidade.

No total, foram consideradas 12 reportagens no jornal O Globo e 18 reportagens no jornal Folha de São Paulo, aplicando os critérios propostos na introdução da pesquisa e removendo as publicações duplicadas e aquelas sem conexão temática, de modo a abranger uma amostra considerável dentro de um marco de tempo de três meses.

4.1 Breve análise das diretrizes editoriais e diretrizes de comunidade do Instagram

Em razão da pesquisa girar em torno do que o aplicativo Instagram considera como sensível na esfera criminal, justifica-se o início deste tópico com a apreciação das diretrizes de comunidade do aplicativo em comento.

No decorrer da leitura das diretrizes da comunidade, observa-se como tópico relevante a indicação do item “Publique fotos e vídeos apropriados para um público variado”, o qual contém a seguinte orientação:

Sabemos que há momentos em que as pessoas podem querer compartilhar imagens de nudez de natureza artística ou criativa, mas, por vários motivos, não permitimos nudez no Instagram. Isso inclui fotos, vídeos e alguns conteúdos criados digitalmente que mostram relações sexuais, genitais e foco em nádegas totalmente expostas. Algumas fotos de mamilos femininos também estão incluídas, mas fotos no contexto de amamentação, parto e pós-parto, em situações relacionadas à saúde (por exemplo, pós-mastectomia, conscientização sobre câncer de mama ou cirurgia de confirmação de gênero) ou como ato de protesto são permitidas. Nudez em imagens de pinturas e esculturas também é permitida. As pessoas gostam de compartilhar fotos e vídeos dos filhos. Por motivos de segurança, em alguns momentos, podemos remover as imagens que apresentam crianças nuas ou parcialmente nuas. Mesmo quando o conteúdo é compartilhado com boas intenções, outras pessoas podem usá-lo de maneira inesperada. Você pode saber mais em nossa página de Dicas para pais, mães ou responsáveis (Instagram, 2022a).

De acordo com as indicações básicas, a plataforma restringe claramente a nudez e outras publicações de natureza sexual, bem como cita que alguns desses regramentos têm exceções de acordo com finalidades específicas, bem como apresenta contenções preventivas,

especialmente sobre materiais que envolvam crianças/adolescentes. Em outro tópico, denominado “O que é controle sensível?”, a explicação exposta é:

Quais tipos de conteúdo e contas o Instagram considera sensíveis?

Há algumas categorias de conteúdo e contas que são permitidas nas nossas plataformas visto que não violam as nossas Diretrizes da Comunidade. Entretanto, elas podem não estar qualificadas para recomendações. É possível alterar essa configuração do controle de conteúdo sensível a qualquer momento para ver mais ou menos desse tipo de conteúdo.

Conteúdo que impede a nossa capacidade de promover uma comunidade segura, como:

- Conteúdo que retrata violência, como pessoas brigando. Removemos conteúdo explicitamente violento.
- Conteúdo que pode ser sexualmente explícito ou sugestivo, como fotos de pessoas com roupas transparentes. Removemos conteúdo de nudez ou atividade sexual de adultos.
- Conteúdo que promove o uso de certos produtos regulamentados, como tabaco ou produtos de vaping, produtos e serviços para adultos ou medicamentos. Removemos conteúdo que tenta vender ou comercializar produtos regulamentados.
- Conteúdo que promove ou descreve procedimentos cosméticos.
- Conteúdo que tenta vender produtos ou serviços com base em declarações de saúde, como a promoção de um suplemento para ajudar uma pessoa a perder peso (Instagram, 2022b).

Inicialmente concluiu-se existirem declaradamente cinco categorias que o aplicativo considera sensível: 1) Conteúdo sobre violência; 2) Conteúdo sexualmente explícito/sugestivo; 3) Conteúdo comercial de produtos regulamentados, como tabaco e vaping; 4) Conteúdo de procedimento estético; 5) Conteúdo de venda de produtos ou serviços com base em declaração de saúde.

Portanto, com base no recorte deste estudo foca-se no primeiro item. Em sua definição, alude o Instagram que removerá conteúdo explicitamente violento, citando exemplo de pessoas brigando. Contudo, a curta concepção oferecida pelo aplicativo não demonstra preocupação dos responsáveis pela complexa definição do que seria um conteúdo violento, questão esta que será debatida na segunda parte deste capítulo, conjuntamente com as matérias on-line coletadas.

Todavia, é importante pontuar que o próprio termo “violência” é instável, como afirma Butler (2021, p. 20), ou seja, encontra-se em meio às relações de força e disputa por determinar o seu significado. Estados e meios de comunicação em inúmeras ocasiões nomeiam atos não violentos de resistência, como greves, protestos ou meras declarações de repúdio como “violentos”, sendo a sua nomenclatura estratégica na operacionalidade das relações de poder estabelecidas e no exercício do controle social.

No que diz respeito ao jornal on-line O Globo, encontra-se no site disponibilizado na página do Instagram do jornal, especificamente na seção dois dos referidos princípios editoriais,

um tópico descrito da seguinte forma: “como o jornalista deve proceder diante das fontes, do público, dos colegas, do veículo para o qual trabalha e das redes sociais”.

Na subdivisão dois desta seção, destinada ao público, destaca-se o segmento “d”, o qual prevê que:

d) A sensibilidade do público será levada em conta. Cenas chocantes receberão o tratamento devido de acordo com as características do público-alvo. Quanto mais indistinto o público, mais cuidados são necessários. Nesses casos, o público deve ter sempre a confiança de que não será surpreendido por cenas que afrontem os valores médios presumidos da sociedade. A título de exemplo, talvez seja necessário mostrar o vídeo ou a foto de um homem-bomba explodindo, mas a cena pode ser congelada segundos antes do dilaceramento. Em resumo, a decisão de publicar ou não cenas potencialmente chocantes e de como tratá-las deve sempre levar em conta a sua relevância para o entendimento da questão abordada. A melhor saída é submeter a decisão à opinião do maior número de jornalistas de uma redação. De um grupo, sempre emerge mais facilmente o bom senso (O Globo, 2011).

Nota-se que o texto demonstra preocupação com os conteúdos sensíveis que possam impactar o público negativamente, destacando o compromisso do jornal em dar o devido tratamento às cenas “chocantes”. Ainda, verifica-se que o texto se compromete em garantir que o público-alvo não será surpreendido por materiais que afrontem o que o jornal chamou de “valores médios presumidos da sociedade”.

Não fica claro no texto quais são os valores sociais, médios ou não, que a mídia digital em questão adota. Entretanto, o texto abrange a hipótese de divulgação da cena de um homem bomba explodindo enquanto parâmetro para a questão de valores sociais, concluindo que a melhor opção de filtragem seria a submissão do conteúdo ao maior número de jornalistas possíveis na redação, visando avaliar a relevância da informação que se deseja publicar, bem como projetando ideais ligados ao consenso coletivo-democrático dentro de grupos jornalísticos.

Torna-se evidente que, embora o jornal busque estabelecer alguns limites, ofertando inclusive exemplos acerca de situações que não seriam expostas ou o seu modo de publicação, não fica definido quais seriam os conteúdos considerados sensíveis ou passíveis de ocultação.

Por outro lado, o site vinculado ao Instagram da página Folha de São Paulo disponibiliza doze cláusulas contendo princípios editoriais, as quais não serão descritas neste artigo em razão de não possuírem nenhuma definição acerca de conteúdo sensível ou quaisquer orientações em relação à publicação de matérias sobre o crime e sobre a criminalidade.

Neste primeiro momento de verificação, apreende-se que as diretrizes e princípios estudados não possuem um robusto detalhamento do que consideram como sensível ou como conteúdo violento, de modo que parece haver uma dissonância ou espaços lacunares na

intersecção entre parâmetros éticos e de conteúdos da rede social. Por esta razão, após serem feitos os apontamentos necessários para que se defina os parâmetros do que os jornais on-line e o próprio aplicativo Instagram consideram como “sensíveis”, avança-se a pesquisa para a última etapa, na qual se examinam os conteúdos resultantes da coleta empírica nos referidos jornais.

4.2 Análise dos dados coletados nos jornais on-line

A fim de organizar o material coletado, inicialmente agrupou-se as referidas reportagens, removendo as notícias que não possuíam relação com o campo criminal, bem como excluindo as notícias repetidas. O critério de exclusão serve como filtragem do material e evita desvios de ênfase na proposta, para o adequado atendimento do problema de pesquisa.

Assim, das 1.627 reportagens publicadas na página do jornal on-line Folha de São Paulo, aplicando os critérios acima mencionados, resultou na seleção de onze reportagens sobre o crime e sobre a criminalidade, bem como das 1.218 reportagens publicadas no mesmo período no jornal O Globo, remanesceram vinte e quatro reportagens para estudo neste tópico.

Inicia-se a análise com as reportagens do Jornal O Globo em ordem cronológica. As duas publicações inaugurais podem ser lidas conjuntamente, em razão de versarem sobre assuntos similares. Ambas as reportagens contidas na plataforma Instagram do jornal foram divulgadas nos dias 05 e 06 de maio de 2022, estampando a imagem de duas vítimas de agressões físicas, expondo a identidade e todos os ferimentos destas. Percebe-se que não há aviso de conteúdo sensível pela rede social ou pelo jornal, ainda que se trate da exibição de ferimentos graves (O Globo, 2022a; O Globo, 2022b).

Nesse ponto, ainda que se compreenda a importância da divulgação de informação, nota-se que a vítima acaba sendo instrumentalizada como um objeto midiático, tendo em vista a utilização do seu rosto e da versão preliminar (na perspectiva de sujeitos não identificados) dos acontecimentos, para somente depois permitir-lhe a narrativa própria. Sendo assim, embora fique claro o depoimento da vítima, não se compreende sobre a origem do relato dos acontecimentos, ou seja, as fontes ficam pouco evidentes.

Importante lembrar que há um limite de caracteres que o aplicativo Instagram permite para realização de cada postagem. Em virtude disso, os meios de comunicação utilizam desta limitação para enquadrar somente as informações que consideram vitais para a divulgação do conteúdo, deixando de fora detalhes que são importantes para a compreensão do leitor, mas que acabam por passar despercebidos em decorrência da forma curta e simples como as notícias são

divulgadas nesta rede social. Registra-se que tal estratégia comunicativa já é alvo de objeções criminológicas clássicas, conforme realizada por Young (2002, p. 189 – 190), ao demonstrar que enunciados simplistas e rápidos são articulados intencionalmente para apresentar as “soluções” no campo da criminalidade.

O interesse midiático por crimes violentos se justifica na proporção que a notícia toma, principalmente no meio digital no qual as informações disseminam-se com maior rapidez. Entretanto, os elementos que serão exibidos e como serão midiaticizados ocorrem por escolha de uma equipe editorial. Por esta razão, valioso o lembrete de Budó (2013, p. 241) ao afirmar que as reportagens “[...] tais como são apresentadas, não são inevitáveis. São produtos de escolhas, as quais não podem ser compreendidas sem uma análise dos interesses políticos e econômicos vinculados ao anunciante e mesmo ao perfil ideológico dos dirigentes das empresas jornalísticas”.

As três publicações subsequentes possuem peculiaridades que serão exploradas posteriormente. Quanto à sexta e sétima notícias, publicizadas nos dias 15 e 24 de maio, respectivamente, versam sobre o sequestro e morte de um perito por militares dentro de uma viatura da marinha no Rio de Janeiro e sobre a morte de 11 pessoas em uma operação da polícia no Rio de Janeiro. Observa-se que as imagens preferencialmente selecionadas pelo jornal são das vítimas ou vídeos dos momentos dos crimes, sem preservação dos envolvidos ou notificações de conteúdo (O Globo, 2022f; O Globo, 2022g).

A utilização do momento do fato criminoso volta a ser adotada em um caso de homicídio motivado por divergências políticas (matéria de número dezessete no levantamento), onde a matéria divulga uma foto do momento do crime ocorrido no Estado do Paraná (O Globo, 2022q).

Registra-se que a adoção de imagens de autores dos fatos criminosos ou das vítimas se repete nas postagens de número dez, onze, treze e dezesseis, as quais tratam respectivamente de duas ocorrências de homicídio ocorridas nos meses de maio de junho (O Globo, 2022j; O Globo, 2022k), bem como de uma situação de estupro noticiada em julho, tendo ocorrido a prisão do médico anestesista que realizou o fato contra uma paciente durante o parto (O Globo, 2022m; O Globo, 2022p). Igualmente tal padrão retorna em outras duas postagens de feminicídio e homicídio ocorridas em julho de 2022 (O Globo, 2022n; O Globo, 2022o), sendo agregado um detalhe: o uso da imagem de três crianças vitimadas pelos crimes, algo questionável, embora não sendo considerado ilícito (segundo os ditames jurídicos).

Isso ocorre porque tanto as cenas chocantes como as imagens de vítimas de crimes violentos chamam atenção do público-alvo, que sem interesse no conteúdo, acaba por se deparar

em suas redes sociais com uma imagem/vídeo que prende sua atenção. Neste ponto, o respeito à família das vítimas e até mesmo às próprias vítimas deixa de ser considerado um filtro, priorizada a busca por *likes*, comentários e, conseqüentemente, lucro do meio de comunicação em estudo.

A oitava reportagem trata de tema ocorrido fora do país, não havendo a utilização de imagens diretas do ocorrido, no sentido da apresentação de autores, vítimas ou do fato criminoso (O Globo, 2022h). Todavia, a publicação nove, divulgada no dia 25 de maio, traz informações acerca da morte de um homem asfixiado em uma viatura por policiais da Polícia Rodoviária Federal. Há pelo menos três reportagens excluídas da observação em razão de serem conteúdos duplicados, contudo, novamente visualiza-se que a imagem priorizada para divulgação é do momento da ocorrência da asfixia no porta-malas da viatura, isto é, o momento do crime que foi gravado por populares (O Globo, 2022i).

A reportagem de número doze, ocorrida no dia 21 de junho divulga um vídeo de um assalto. Na reprodução do material é possível identificar ao menos duas das quatro pessoas presentes, bem como o texto publicado possui como imagem principal de exibição a foto dos acusados, sendo que o vídeo postado pelo jornal desfocava o rosto das vítimas (O Globo, 2022j). Este último aspecto é valioso na consideração de uma postura ético-jurídica no tratamento de dados e direitos das vítimas de situações criminosas.

As reportagens contabilizadas entre as de número dezoito e vinte um, publicadas no mês de julho entre os dias 21 e 25 de 2022, comunicavam fatos como: (a) a investigação do Presidente do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro em razão de acusações de assédio sexual, (b) o abandono de uma criança por sua mãe em uma “boca de fumo”, decorrente de dívida de drogas da genitora, (c) a morte de 18 pessoas decorrente de uma operação policial no Complexo do Alemão, (d) bem como sobre a identificação do corpo de um jovem advogado encontrado morto no Rio de Janeiro. Em tais ocorrências as imagens das vítimas foram preservadas, sendo exposta, novamente, a imagem do acusado e, em uma das situações, um desenho de criança em formato de sombra (O Globo, 2022r; O Globo, 2022s; O Globo, 2022t; O Globo, 2022u).

As três últimas reportagens dizem respeito, consecutivamente: (a) caso de feminicídio, (b) investigação de um policial da Delegacia da Mulher por agressão à sua companheira, e (c) um duplo homicídio (O Globo, 2022v; O Globo, 2022x; O Globo, 2022z). Chama-se atenção especialmente às últimas duas matérias mencionadas, visto que a penúltima foi midiaticizada mais de uma vez, sendo exibida inicialmente a face do acusado e posteriormente somente o rosto da vítima. Em relação ao último conteúdo veiculado na plataforma, explica-se que o duplo

homicídio no qual o acusado tentou matar a esposa e o filho, teve o rosto da criança ocultado enquanto de sua mãe, outra vítima, foi divulgado junto com o do autor do delito.

A observação do material selecionado no perfil do jornal O Globo evidencia a existência de matérias jornalísticas nas quais vítimas de violência doméstica têm o rosto revelado, crianças também são expostas sem a devida cautela, bem como vídeos de homicídios e cenas violentas encontram-se acessíveis sem restrição de sensibilidade de conteúdo. Verifica-se que, embora as diretrizes do jornal mencionem o cuidado que a equipe editorial deva ter ao selecionar os conteúdos a serem publicados, conclui-se inicialmente que os filtros não foram aplicados nas matérias analisadas. Isto porque, conforme mencionado anteriormente no texto, não há como saber quais foram os critérios utilizados para decidir nas reportagens se haveria exposição do rosto da(s) vítima(s), do(s) agressor(es), de ambos ou de ninguém.

Outras notícias mostravam vídeos de roubos e brigas resultantes em tentativa de homicídio, em que é possível reconhecer as partes em virtude da exposição de seus rostos, assim como ocorre a escolha voluntária da equipe responsável pela mídia social de postar o recorte dos vídeos/imagens em que é possível visualizar o exato momento de determinadas condutas criminosas, privilegiando-se a exibição de reportagens e materiais sobre crimes como homicídio.

Registra-se aqui dois pontos significativos: a) o par autor-vítima é inerente ao sistema penal em sua adversalidade, e a eleição das vítimas também é um processo seletivo dentro de “uma relação visceral” (Andrade, 2012, p. 139), a qual é devidamente capturada pela retórica-imagética criminológico midiática que simplifica o mundo em dinâmicas binárias (criminoso-vítima); b) o segundo aspecto é que os jornais utilizam tal dramaticidade ligada a sentimentos primários correlatos ao fenômeno criminal em razão de que tais ações geram maior grau de engajamento nas páginas (curtir, seguir, compartilhar como atividades humanas quantificáveis) (Dijck, 2016, p. 32). Em síntese, o apelo às imagens-relatos de vítimas ou autores de condutas criminosas não é circunstancial, mas sim uma adaptação ao modelo capitalista de vigilância baseado em dados, e de produção de subjetividades em uma ordem tecnopolítica⁶.

Dito isso, enfatiza-se que somente duas reportagens detinham o aviso de serem conteúdo sensível ao público. A primeira diz respeito a um vídeo publicado de um homicídio ocorrido no

⁶ A tecnopolítica é inserida aqui como parte da matriz teórica que dialoga com o campo criminológico crítico, juntamente aos debates das relações de poder. De forma sintetizada, a tecnopolítica pode ser compreendida como a leitura dos processos sociotécnicos que inter-relacionam a gestão da vida por meio de dispositivos tecnológicos, algoritmos, redes, os quais moldam subjetividades e são ao mesmo tempo transformados por elas. Tem-se assim um segundo elemento nevrálgico, haja vista que a importância da tecnopolítica encontra-se exatamente no ponto em que não apenas dá forma às tecnologias, como as mesmas também passam a compor ou a dar forma aos seres humanos (Dias, 2022, p. 138).

Rio de Janeiro/RJ, na qual um cliente do fast-food McDonald's atira contra um atendente. Ainda que o vídeo divulgado não seja de boa qualidade, com as informações divulgadas, isto é, endereço, data, horário, roupa dos envolvidos e outros dados midiáticos, não é possível afirmar que as identidades das partes estão preservadas (O Globo, 2022d).

Por fim, cabe mencionar a reportagem, publicada no dia 9 de maio de 2022, que diz respeito ao atropelamento de um pedestre praticado por um padre, no qual é possível acompanhar o momento do delito. Chama-se atenção ao fato de que outra reportagem do mesmo episódio foi publicada pelo jornal no dia seguinte, ou seja, no dia 10 de maio de 2022, noticiando novamente o vídeo (adicionando em forma de texto as declarações do padre envolvido), porém, desta vez sem o aviso de conteúdo sensível, estando aberto ao público em geral sem ressalvas, conforme é possível verificar nas imagens a seguir (O Globo, 2022c; O Globo, 2022e).

Portanto, no que diz respeito às reportagens midiáticas pelo jornal O Globo, concluiu-se que não há uma aplicação correta dos seus próprios princípios editoriais, bem como não há intervenção do aplicativo Instagram na maioria das reportagens criminais. Não é possível afirmar ser a prática da plataforma intencional ou alguma espécie de falha nos sistemas de monitoramento algorítmico de conteúdo (as verificações são realizadas com base na visão computacional para processar imagens via *software*, e com uso de aprendizado de máquina) (Beiguelman, 2021, p. 120), porém, a constatação é de que mesmo com instrumentos tecnológicos de filtragem da plataforma e regramentos diversos os materiais em questão são mantidos sem restrição, apelando assim à retórica-imagética criminológica midiática de espetacularização do crime.

Ao passar-se à apreciação dos materiais relativos ao jornal Folha de São Paulo, verificam-se similaridades aos aspectos supramencionados. Isso pode ser observado já na primeira e segunda reportagens, publicadas respectivamente nos dias 5 e 8 de maio de 2022, as quais tratam sobre a apreensão de ouro ilegal e do homicídio de um jovem por um policial à paisana. Constata-se que a primeira matéria não expõe o rosto dos suspeitos, enquanto a segunda divulga o rosto da vítima (Folha de São Paulo, 2022a; Folha de São Paulo, 2022b)

Valioso pontuar que algumas matérias (Folha de São Paulo, 2022c) noticiaram fatos ocorridos em outros países, sendo a proteção de dados sensíveis e imagens oriundas daquelas localidades, que não os divulgaram (exemplo da terceira publicação: notícia do dia 14 maio de 2022 que relata a morte de dez pessoas vítimas de um ataque em um supermercado na cidade de Nova Iorque – EUA).

No tocante à quarta e quinta notícia informam sobre duas situações de pessoas alvejadas (uma criança de 4 anos e um homem adulto), sendo que em nenhuma das reportagens há exibição de rostos dos envolvidos ou exposição de conteúdos sensíveis (Folha de São Paulo, 2022d; Folha de São Paulo, 2022e).

As publicações de número seis e sete, divulgadas nos dias 3 e 18 de julho na página do jornal on-line, reportavam um homicídio cometido por um policial militar contra sua irmã, bem como a morte de um homem negro durante uma abordagem policial no Estado de Minas Gerais. A última matéria mostrava o momento da abordagem, na qual é possível ver ao menos cinco pessoas, dentre elas uma criança (Folha de São Paulo, 2022f; Folha de São Paulo, 2022g). Portanto, haveria a viabilidade do aviso da espécie de conteúdo, haja vista a cena de violência evidente, bem como a possível violação do dever jurídico da proteção integral da criança pela sua reprodução na imagem.

Em três reportagens observadas, divulgadas nos dias 29 e 31 de julho de 2022, as quais noticiam o resgate de 338 pessoas em situação análoga à de escravidão, a investigação de um estupro de vulnerável contra uma criança de 11 anos, cujo suspeito é o padrasto, assim como a morte de dois homens baleados após uma discussão familiar, o rosto e informações das vítimas e suspeitos foram preservados (Folha de São Paulo, 2022i; Folha de São Paulo, 2022j; Folha de São Paulo, 2022k).

Por fim, chama atenção a reportagem publicada no dia 26 de julho de 2022 (Folha de São Paulo, 2022h), na qual aparece um policial militar agredindo uma empregada doméstica na cidade do Rio de Janeiro. A foto escolhida pela equipe editorial expressa claramente o momento da agressão à vítima, não sendo reconhecido pelo algoritmo do Instagram como “conteúdo sensível” ou pelas diretrizes do próprio jornal on-line.

Ainda, identificam-se reportagens de abordagens e operações policiais em favelas, compras de fuzis por membros de facções criminosas e libertação de pessoas em situação análoga à de escravidão. Em nenhuma das dezoito reportagens filtradas houve aviso de conteúdo sensível ou violento, não havendo intervenção para proteção do público-alvo nem por parte do jornal on-line, nem por parte do aplicativo Instagram.

Logo, tanto os parâmetros algorítmicos da plataforma quanto os humanos dos corpos editoriais envolvidos se mostram igualmente inoperantes (intencionalmente ou não) quanto à observação dos conteúdos a serem projetados nas páginas jornalísticas monitoradas.

Considerando não haver diretrizes acerca do que o jornal considera como “conteúdo sensível”, dificulta-se a análise dos critérios utilizados para escolha e publicação das imagens nas redes sociais, visto que a pesquisa encontrou imagens de violência doméstica, armas,

operações policiais e afins, não sendo possível identificar os filtros utilizados pelo jornal online ou sequer pelo Instagram para permissão das publicações.

Diante disso, as análises dos conteúdos-imagens projetados pela Folha resultaram na reiteração das considerações feitas em relação ao Globo, ou seja, a determinação de diretrizes éticas ou regramentos das plataformas utilizadas parece ter pouco ou nenhum efeito sobre a produção de sentidos (retórica-imagem) por parte da criminologia midiática sobre o crime e a criminalidade, de maneira que mesmo as pessoas envolvidas recebem pouca ou nenhuma proteção. Isso significa que as demandas mercadológicas e o apelo a uma produção ligada à visceralidade se impõe, contrapondo-se à produção de notícias alinhadas às normas jurídicas ou mesmo a uma visão da realidade criminal enfrentada no país.

O último aspecto citado, a respeito da turvação entre imagens midiáticas e a realidade, já é uma caracterização apontada nos estudos criminológicos a respeito da relação entre crime e mídia na contemporaneidade (Carabine, 2017, p. 285). Deste modo se afirma que as estratégias adotadas nos mecanismos tradicionais são transportadas ao Instagram e maximizadas conforme as demandas mercadológicas e de consumo digital dos materiais jornalísticos correlatos ao crime e à criminalidade.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou analisar as relações de tecnologia e controle social, com a proposta de entender o que a rede social Instagram considera como conteúdo sensível na esfera criminal, tendo como parâmetro de observação dois jornais de grande circulação. Por tais razões a seleção das duas páginas jornalísticas brasileiras centrou-se na relevância e impacto dos periódicos elegidos, tendo ainda como delimitação temporal o prazo de três meses.

Para o debate proposto se contextualizaram aspectos relativos à sociedade contemporânea e suas relações com o campo tecnológico, bem como se fez necessário inserir as caracterizações da seara criminológica em suas conexões com os meios de comunicação e, por conseguinte, as adaptações sofridas no campo pela inserção tecnológica. Nesse sentido, reitera-se a vinculação à visão crítico-criminológica direcionando o olhar ao campo midiático e sua corrente antiacadêmica, a fim de com isso proporcionar a interpretação contestativa necessária aos processos alienantes e desvinculativos da realidade social brasileira.

Assim, o problema que moveu a pesquisa restou na determinação de quais imagens seriam passíveis de serem exibidas na rede social Instagram no campo jornalístico sobre o crime e a criminalidade. Para tal finalidade utilizou-se da metodologia dedutiva, na qual abrangem-se

aspectos teóricos mais abrangentes antes de proceder a averiguação das informações específicas coletadas, ou seja, partiu-se um ponto geral (estudos sobre tecnologia e criminologia midiática) antes de aprofundar os conteúdos jornalísticos publicados na rede social em questão. Por fim, contou-se ainda com o auxílio do método de procedimento monográfico (escapando-se de proposições analíticas ou manualescas) e da técnica de pesquisa de documentação indireta, tendo ênfase em suportes bibliográficos.

Concluiu-se que os parâmetros acerca dos conteúdos sensíveis não estão bem delimitados na rede social Instagram, tampouco são aplicados os filtros nos casos em que se visualiza os critérios elencados nas diretrizes de comunidade da rede social. Em outros termos, respondendo ao problema de pesquisa, embora apenas de maneira tangencial se pudesse compreender os conteúdos sensíveis, as práticas realizadas revelam que não há uma aplicação criteriosa de quais são as imagens passíveis de serem expostas ou ocultadas na rede social Instagram sobre o crime e a criminalidade. Conforme ficou demonstrado na pesquisa, a mesma notícia que foi considerada sensível pelo algoritmo do aplicativo no dia 9 de maio de 2022 foi publicada sem aviso/interferência no dia seguinte pelo jornal on-line.

Igualmente constatou-se a inaptidão entre as bases éticas declaradas pelos jornais apreciados e a postura efetiva de suas publicações, já que as regras apresentadas não se alinham às diretrizes da plataforma (não há conexões entre os conteúdos sensíveis e as diretrizes editoriais) ou não dão conta de estabelecer o tratamento de informações/conteúdos considerados violentos ou relativos a casos criminais e às pessoas envolvidas. Portanto, verifica-se a veiculação de imagens-discursos sem a devida cautela quanto aos indivíduos expostos, as narrativas projetadas ou mesmo a compreensão da realidade produzida sobre o status dos debates da criminalidade no país.

Destarte, verifica-se que embora existam poucas informações acerca do que a rede social considera como conteúdo sensível, estes critérios não são majoritariamente postos em prática, não havendo aplicação de filtros em vídeos e fotos divulgados sobre o crime e sobre a criminalidade. Nesse sentido, sem a correta aplicação dos filtros e critérios mais claros das diretrizes da comunidade da rede social em análise, os meios de comunicação ficam livres para publicar notícias sobre o crime e sobre a criminalidade sem obstáculos, impactando diretamente no imaginário social acerca do âmbito criminal e com isso retroalimentando o discurso-imagético do pensamento criminológico midiático nacional.

REFÊRENCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Criminologia como crítica do visível: tomando posição quando as imagens queimam – a propósito das lições de José Calvo González (Prefácio). In GONZÁLEZ, José Calvo. **Criminologia visual**: selos postais como artefatos imagéticos de aculturação ideológico-jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

AMARAL, Augusto Jobim do; SWATEK, Tatiana das Neves. Criminologia midiática: um estudo sobre o programa “Cidade Alerta” (Rede Record de Televisão). **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, jan./abr. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEIGUELMAN, Giselle. **Políticas da imagem**: vigilância e resistência na dadosfera. São Paulo: Ubu, 2021.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. **90% dos lares brasileiros já tem acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa>. Acesso em: 10 jan 2023.

BUDÓ, Marília De Nardin. De fator criminógeno a fator simbólico na construção social da criminalidade: os estudos interdisciplinares sobre a mídia, violência e crime. In **Congresso Internacional de Ciências Criminais**. p. 248-275, 2011.

BUDÓ, Marília De Nardin. **Mídias e discursos do poder**: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

BUTLER, Judith. **A força da não violência**: um vínculo ético-político. São Paulo: Boitempo, 2021.

CARABINE, Eamonn. Crime e mídia. In CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e terra, 2005.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. A sociedade tecnológica reduz direitos sociais? **Themis Revista Jurídica**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 148-168, jan-dez. 2021.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics**: The creation of the mods and rockers. Psychology Press, 2002.

DIAS, Felipe da Veiga. Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 29, v. 183, p. 99-124, 2021.

DIAS, Felipe da Veiga. **Criminologia Midiática e Tecnopolítica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **A imagem queima**. Curitiba: Medusa, 2018.

DIJCK, José Van. **La cultura de la conectividad**: una historia crítica de las redes sociales. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. **PF apreende 78kg de ouro em aeronave escoltada por PMs de São Paulo**. 2022a. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CdLWQ-uLjHv/?fbclid=IwAR1Qsjodqv7qU793vOJxVAIRmcmQmgPssZRcSDY88dOE5F4QNgkesvi jwuU>. Acesso em: 14 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Família afirma que policiais militares mataram jovem com deficiência no Rio**. 2022b. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdS6HICMnNA/?fbclid=IwAR3uyeuDQW-usjJSrpNDdIFH7KWLhhuit32WUIEeaJMKHnW_kfU7p61J49o. Acesso em 15 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Ataque a tiros mata ao menos 10 nos EUA; FBI investiga motivação racial**. 2022c. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdjxIQat-z8/?fbclid=IwAR2d-sLGdeiT7aKMLf8hVazVLpnEHVM_ES8vGjZ4a0aQk1ZP_HmjbxCuCaI. Acesso em 14 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Criança de 4 anos é baleada na cabeça em tiroteio no Rio**. 2022d. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CeTsZvdMKgN/?fbclid=IwAR3uyeuDQW-usjJSrpNDdIFH7KWLhhuit32WUIEeaJMKHnW_kfU7p61J49o. Acesso em 14 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Homem morre baleado pela polícia ao tentar apartar briga no Rio; PM alega que disparo foi acidental**. 2022e. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CegHLQVLJAD/?fbclid=IwAR0cDHaC0NWpKeEf0WMfTaRlh_4EjmtvBt4TBC-WeFHOB5-6Z7mbopJxpKg. Acesso em 15 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **PM mata irmã e é presa pelo próprio marido policial no RJ**. 2022f. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CfjTPAEsawC/?fbclid=IwAR116bNrfEhbQZ11xqL6r7UT9nlF7rJr7b55yBRkj71zhUJswHPdr-EmLo>. Acesso em 16 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Homem negro é morto por policial durante abordagem em MG**. 2022g. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgLSLCEqZ9B/?fbclid=IwAR2qz60urZnBmVWJG-NEgnUTaZ1FOaPGql9Ty18ZuYiAgK7iBNuB6sC4tI>. Acesso em 14 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Major é investigado por agressão a empregada doméstica no Rio**. 2022h. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgeyugYs5Bm/?fbclid=IwAR1RzcDCAVXPkYMIl2peIfO-BpV6tLdAEnUMenJY09Z3eMjGgO5JXk9DXFc>. Acesso em 16 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Operação resgata 338 pessoas em condição de escravidão.** 2022i. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CglOIHWmfA/?fbclid=IwAR37RThRvA-0HWrQBRs9hQ3p1ErTt5bNoP5mBA0m59korf9gPCWvGioWurA>. Acesso em 15 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Padrasto é suspeito de estuprar e engravidar menina de 11 anos no RJ.** 2022j. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Cgr7QMio-gJ/?fbclid=IwAR2dsspSLujme19rOOH4NNfQZADCW1gEwp0iKw6XKdtzZA49o4ZOG1H8GzY>. Acesso em: 14 dez 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Discussão por choro de criança termina com dois mortos em Teresina.** 2022k. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgsrTyPIw6F/?fbclid=IwAR3Icc3QAag4f29TAIBgKsGHjCHBELNzQLoTUieVedyokGwujJ2J8oin9-Q>. Acesso em: 15 dez 2022.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População.** Curso do Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal:** as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GUILBERT, Thierry. **As evidências do discurso neoliberal na mídia.** Tradução: Guilherme Adorno, Luciana Nogueira, Luís Fernando Bulhões Figueira e Mônica G. Zoppi Fontana. Campinas, SP: Unicamp, 2020.
https://www.instagram.com/p/CgeePIcj5GI/?fbclid=IwAR1NvELq4jgkeI31db85tsSkAdqvPYcp2yMxW5NgtA8dqMYe58204gqmI_w. Acesso em 12 dez 2022.

INSTAGRAM. **Diretrizes da Comunidade.** Disponível em: https://help.instagram.com/477434105621119?ref=igtos&helpref=faq_content. Acesso em: 04 nov 2022.

INSTAGRAM. **O que é o Controle de Conteúdo Sensível?** Disponível em: https://help.instagram.com/1055538028699165/?helpref=search&query=sens%C3%ADvel&search_session_id=9c7f0dc1e6c897917fa321b86f95e9e3&sr=3. Acesso em: 05 nov 2022.

JEWKES, Yvonne. **Media and Crime.** Londres: Sage Publications, 2015.

KANG, Jaeho. **Walter Benjamin and the media:** the spectacle of modernity. Cambridge: Polity Press, 2014.

MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social. **Revista de Informação Legislativa:** RIL, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech:** a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

O GLOBO. **Princípios Editoriais do Grupo Globo.** 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/principios-editoriais/#principios-editoriais>. Acesso em: 10 nov. 2022.

O GLOBO. **Sou uma sobrevivente, diz jornalista torturada por namorado com soco-ínglês em Copacabana.** 2022a. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdLooHgpUp/?fbclid=IwAR1MOSV_hQ-UZh8HvBxzN6E7BJosO7YWj9z6TvL7VuvRpZ7yFtAxcuwECmw. Acesso em 11 de dez 2022.

O GLOBO. **Foram os piores dias da minha vida, conta jornalista torturada por namorado.** 2022b. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdN1UbcjfDn/?fbclid=IwAR1ScAg5KqwRoGMKclJUwYpQa oJuKZ_sU84Vt1namfWI7X9T1x5BZaLT-y0. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Padre atropela homem suspeito de furtar paróquia no interior de São Paulo.** 2022c. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdV3J-9sVvg/?igshid=YmMyMTA2M2Y%3D&fbclid=IwAR3o5RpL6P-P52WK23SwjL_HSJeyRzW0p7zxBFjYyxVI4IgZRJCPwaWZrw8. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Vídeo mostra bombeiro discutindo e atirando contra atendente de lanchonete no Rio.** 2022d. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdWW_TAJh0y/?igshid=YmMyMTA2M2Y%3D&fbclid=IwAR0dFW0rVq-DO4MRFxUiIhRy-tGd1t08VTQfFbxKp39c6Dmo5mZhJlzhO7o. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **Padre que atropelou suspeito de furto em SP diz que está consternado e arrependido.** 2022e. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CdZDOCWPWCb/?fbclid=IwAR2f4w_Q5LwdE65dy8mu0maj WniGc4EsesKNZRkS5IppqPMB6IZi1llzXykY. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Perito da Polícia Civil é sequestrado e morto por militares em viatura da Marinha no Rio.** 2022f. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cdl4-Pajde0/?fbclid=IwAR0ReKrGwNAxjWLujsC8t3qXOjjXF80Aks_5FD8bI9zY0_q5O0A0HA oXQBI. Acesso em: 11 dez 2022.

O GLOBO. **Operação policial deixa ao menos 11 mortos na Vila Cruzeiro, no Rio.** 2022g. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cd8gqJJjUbU/?fbclid=IwAR38q4sT_o37PXtRQKl_ym1LcvJT AP1bfJmyZYtN9JuTGapmXbof6rw4bKI. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **Atirador mata 14 alunos e um professor em escola no Texas, Estados Unidos.** 2022h. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cd9O_hcje0q/?fbclid=IwAR2HdXfUXwBBCCsjCEWIajjyvbxr59_gX0-uNNrVbOunR4SiPucaO0HDtx0. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Homem morre após ser colocado em porta-malas de viatura da PRF e aspirar fumaça, em Sergipe.** 2022i. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CeANwm1o_ls/?fbclid=IwAR0RpJMHgxtTJFN-mjWNCYe5TgenzXRfsyX8R6oFI2jOJmEdt4krMxr60R8. Acesso em: 12 dez 2022.

O GLOBO. **Madrasta presa por envenenar enteados é suspeita de morte de namorado e de vizinho.** 2022j. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CeJnQhLr_iJ/?fbclid=IwAR0hS9qIQ4mjrWN3nappIXTz8dTOV1qgy8oj7MRyC90FMjXUAQA835QN39c. Acesso em: 12 dez 2022.

O GLOBO. **Pintores são suspeitos da morte de idosa e diarista em prédio de luxo na Zona Sul do Rio.** 2022k. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Ceow_xohRNn/?fbclid=IwAR03WqmbRNhyBfKJTcrD884WhBLOVa4EYP-uuo8GuKd5ajCIyefNMxLpwo. Acesso em: 11 dez 2022.

O GLOBO. **Bandidos armados assaltam pedestre em Ipanema.** 2022l. Disponível em: <https://www.instagram.com/reel/CfEvj7gj25p/?igshid=YmMyMTA2M2Y%3D&fbclid=IwAR0jfxBiZbLgOtz4psHvP0z2CTOOggYDESNfxru4iXxAfyFKghUS02CWHNo>. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Médico anestesista é preso por estupro de grávida que passava por cesárea, na Baixada Fluminense.** 2022m. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cf4Je9LNjjV/?fbclid=IwAR0LF8u_bKAp29ucJpyKJlC36AwuH_K2FB0o386YeCp4cncEhrmlHIk_Ck. Acesso em 11 dez 2022.

O GLOBO. **Jovem de 29 anos é vítima de feminicídio e corpo é encontrado pela filha dentro de casa.** 2022n. Disponível em: https://www.instagram.com/p/Cf6oCpOrN7j/?fbclid=IwAR3we6YoY7u4IPYIq98TlqDK1YMbrMhZgUqKXwmZtdU5DhTG_VeG0dLnmhw. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **PM mata a própria família no Paraná.** 2022o. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgCHjqlrLVP/?fbclid=IwAR03WqmbRNhyBfKJTcrD884WhBLOVa4EYP-uuo8GuKd5ajCIyefNMxLpwo>. Acesso em: 12 dez 2022.

O GLOBO. **Ginecologista é preso acusado de abusos sexuais no Ceará.** 2022p. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgCiVXMD4-F/?fbclid=IwAR375aQe7TcmEQgazj9li8MsPCfmlhjCEKIV70_8Mz_u-H_8aF-lHmLNxU0. Acesso em: 11 dez 2022.

O GLOBO. **Polícia Civil:** confusão que resultou na morte de petista no Paraná decorreu de divergências políticas. 2022q. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgRL2b2rLdB/?fbclid=IwAR2dePaUZW_g-ATiN3EY--QA0jySfEGDXy1FwaNp8jo7RLXYspxzUKbIwbl. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Presidente do Cremerj é investigado pela polícia por assédio sexual.** 2022r. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgRy5bYtnEw/?fbclid=IwAR2PaACPhmjoD75IKTESY4ZadmLZ0OEg6ql5C4WTILieXdQot0T_kne7ttk. Acesso em 11 dez 2022.

O GLOBO. **Mãe deixa criança de dois anos em boca de fumo por conta de dívidas com drogas, em MT.** 2022s. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgSI0jFLGpd/?fbclid=IwAR3vnggmTUofXJ9HbmVFQAgDWiXsoVFalVgrEXPP58l6RN70qXmQ09f4mg>. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **Operação policial deixa ao menos 18 mortos no Alemão.** 2022t. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgS1O0ejNbP/?fbclid=IwAR26yz5DUo4_U_cxLafuo_UJuBDcSSTdTg6E3p1VecAlG8Irrhztw8R_dCo. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **Homem morto no Centro do Rio era advogado, tinha 27 anos e saía de festa quando foi esfaqueado.** 2022u. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CgcKYjIrGnc/?fbclid=IwAR0BRzLwVaNAhLtXQVyaPiJC0XigkY-z0pFSeGEnQYs78DQRR0dv3zkIoQ>. Acesso em: 11 dez 2022.

O GLOBO. **Mulher é morta a tiros ao lado dos filhos no centro do Rio; ex-marido é o principal suspeito.** 2022v. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgeZFy5rSqC/?fbclid=IwAR1NvELq4jgkeI31db85tsSkAdqvPYcp2yMxW5NgtA8dqMYe58204gqmI_w. Acesso em 13 dez 2022.

O GLOBO. **Chefe de investigação de Delegacia da Mulher no Rio é denunciado pelo MP por agredir a companheira.** 2022x. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CgeePICj5GI/?fbclid=IwAR1NvELq4jgkeI31db85tsSkAdqvPYcp2yMxW5NgtA8dqMYe58204gqmI_w. Acesso em 12 dez 2022.

O GLOBO. **Suspeito de matar mulher e filho em SC foi convencido por estagiário a gravar vídeo de confissão.** 2022z. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Cgj4bNyLAp7/?fbclid=IwAR23w9FinMzG28FA54ly0Es04wFabaA6PqOknG6eMGcVKhiF8O2Y6npb84hw>. Acesso em 13 dez 2022.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SILVA, Fabiana Barcelos da; GIRON, Jerônimo. Sociedade tecnológica: a informação e o consumo como reflexos da modernidade. **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 263–284, 2014. DOI: 10.14210/nej.v19n1.p263-284. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5550>. Acesso em: 19 nov. 2022.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Estado, jornalismo e o discurso de verdade: Uma abordagem criminológica. **Derecho y Cambio Social**. 2016. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11218/2/Estado_jornalismo_e_o_discurso_da_verdade_uma_abordagem_criminologica.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. Judiciário e mídia: o problema da realização da cidadania no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. 34, 2009.

RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. Algoritmização da vida: a nova governamentalização das condutas. **Cadernos Ihu Ideias**, v. 19, n. 314, p. 1-26. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2021.

SILVA, Tarcísio. **Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2022.

SOCIAL, We are; HOOTSUITE (2022). **Digital 2022 Brazil: The essential guide to the latest connected behaviours**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-brazil>. Acesso em 11 nov. 2022.

SRNICEK, Nick. **Plataform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismos financeiros. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of Power. New York: PublicAffair, 2019.

Submissão: 08/10/2023. Aprovação: 27/05/2024

**UMA ANÁLISE DO PROBLEMA ESTRUTURAL QUALIFICADO DA POPULAÇÃO
TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E DAS POSSÍVEIS
SOLUÇÕES PARA A SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

*AN ANALYSIS OF THE QUALIFIED STRUCTURAL PROBLEM OF TRANSEXUAL
POPULATION IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND OF POSSIBLE SOLUTIONS TO
OVERCOME THIS STATE OF THINGS UNCONSTITUTES*

*Carlos Eduardo Montes Netto*¹
Universidade de Ribeirão Preto

*Juvêncio Borges Silva*²
Universidade de Ribeirão Preto

*Talita Vanessa Penariol Natarelli*³
Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo:

O presente artigo busca analisar o “problema estrutural qualificado” do tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro, sob a ótica da teoria do estado de coisas inconstitucional, a partir de relatos de violações a direitos fundamentais sofridas por essas pessoas, como no caso envolvendo o Complexo Penitenciário de Curado, indicando possíveis soluções. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e análise qualitativa dos dados, a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir que o Judiciário deve exercer o controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário em situação vulnerabilizada, sendo recomendável, ainda, a aprovação de leis que fixem prazos e metas para a atuação do Executivo, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas competências, para que o encarceramento de transexuais respeite a sua identidade e/ou performance de gênero.

Palavras-chave:

Sistema penitenciário brasileiro. Transexual. Estado de coisas inconstitucional. Problema estrutural qualificado. Identidade de gênero.

¹ Doutorando e mestre em Direitos Coletivos e da Cidadania pela UNAERP, Ribeirão Preto-SP (Brasil). Professor de cursos de graduação e de pós-graduação. Coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Civil e Processo Civil da UNAERP. Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS).

² Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000). Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. É líder do Grupo de pesquisa Direitos Coletivos, Políticas Públicas e Cidadania, que se reúne regularmente na Universidade de Ribeirão Preto. Membro associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

³ Mestra em Ciências Sociais pela Faculdade de Ciências e Letras (UNESP - Câmpus de Araraquara). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (UNESP - Câmpus de Franca). Servidora pública no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pós-graduanda em Direitos Humanos e graduanda em História pela Universidade Federal de Pelotas.

Abstract:

This article aims to analyze what has been called a "qualified structural problem" of the treatment granted to the transsexual population in the Brazilian prison system, from the perspective of the theory of the unconstitutional state of affairs, based on reports of violations of rights suffered by these people, as in the case involving the Penitentiary Complex of Curado, indicating possible solutions. We opted for an exploratory research with the use of literature review and qualitative data analysis, which made it possible to infer that the Judiciary must exercise strong judicial control (activism), aiming to achieve the rights of this minority group in a vulnerable situation, and it is also recommended to approve laws that set deadlines and targets for the actions of the Executive, the Supreme Court and the National Council of Justice, in the exercise of their powers, so that the incarceration of transsexuals respect their gender identity and/or performance.

Keywords:

Brazilian penitentiary system. Transsexual. Unconstitutional state of affairs. Qualified structural problem. Gender identity.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, resultado de intensa participação popular, atribuiu uma centralidade inovadora aos direitos fundamentais, introduzindo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Conforme observa Silva (2014, p. 107), a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Em reforço, Tavares (2019, p. 136) assenta que o Brasil conquistou em 1988 não apenas uma avançada Constituição democrática, “surgia ali também uma concepção socioeconômica adequada à realidade nacional e às pretensões de transformação estrutural de nossa sociedade”.

A transexualidade, que diz respeito aos indivíduos que são identificados sexualmente no momento do nascimento pelos seus caracteres anatômicos, mas que têm suas configurações sexuais biológicas incompatíveis com suas identidades de gênero (SILVA JÚNIOR; FERNANDES, 2014), representa hoje uma discussão essencial para a sociedade.

Diante de diversos relatos de violações sofridas por pessoas trans no sistema penitenciário nacional, expostas, inclusive, no diagnóstico divulgado pelo governo federal em 2020, contendo a avaliação sobre o atual cenário do tratamento penal à população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) nas prisões do Brasil (BRASIL, 2020d), em um dos documentos analisados no presente estudo, constata-se que a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela para dar efetividade às normas constitucionais, visando superar o denominado estado de coisas inconstitucional⁴.

Nessa toada, após a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) de 28 de novembro de 2018 sobre o Complexo Penitenciário de Curado, na qual verificou-se a inobservância do Estado brasileiro no que se refere ao tratamento adequado e proteção durante

⁴ Tese reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 e cujo conceito será trabalhado ao longo do artigo.

a prisão ou a detenção das pessoas LGBTI, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 348 (BRASIL, 2020a), alterada recentemente em 2021, estabelecendo diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica diante da necessidade de análise do “problema estrutural qualificado” do tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro. Isso porque, conforme ensina Didier, Zaneti Júnior e Oliveira, o problema estrutural pode ser definido:

[...] pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (DIDIER et. al., 2020, p. 104)

Dessa forma, o objetivo central da pesquisa consiste em indicar possíveis soluções para que o encarceramento de transexuais respeite a sua identidade e/ou performance de gênero. Para tanto, optou-se pela realização de uma pesquisa com objetivo exploratório, pautada pela análise bibliográfica sobre os direitos fundamentais, especialmente da população carcerária, a dignidade da pessoa humana, o processo constitucional, o controle de constitucionalidade e o processo estrutural, sem a realização de uma busca sistemática, com a utilização do método predominantemente dedutivo, a fim de se analisar o objeto para tirar conclusões gerais ou universais.

O estudo ainda se valeu, também mediante a utilização do método predominantemente dedutivo, da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais do país, por meio de buscas nos sites dos tribunais com a procura de palavras-chave envolvendo a abordagem do problema estrutural qualificado da população carcerária no Brasil, direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o processo constitucional e o controle de constitucionalidade, sem a pretensão de realizar uma busca sistemática, tratando-se apenas de exemplos com a finalidade de trazer argumentos jurídicos sobre o tema, considerando a relevância dos pontos discutidos.

Assim, o presente trabalho abordará: i) a fundamentação teórica do processo estrutural; ii) o problema estrutural do sistema prisional brasileiro; iii) a situação da população transexual nos presídios brasileiros; iv) a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso do Complexo Penitenciário de Curado; e v) o problema estrutural qualificado da população transexual no sistema carcerário brasileiro, incluindo possíveis soluções. A abordagem divide-se em três seções.

A Seção 2 parte da concepção de processo estrutural, através da leitura das obras de autores como Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior, para chegar ao problema estrutural do sistema prisional brasileiro, mediante a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do RE nº 580.252, entre outros dispositivos.

A Seção 3 trata da situação da população transexual nos presídios brasileiros, analisando, sobretudo, a importante Resolução nº 348/2020 do CNJ, culminando com a investigação da ADPF nº 527, que outorga tanto às transexuais quanto às travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção pelo estabelecimento para cumprimento de pena.

A Seção 4 descreve as graves violações sofridas no Complexo Penitenciário de Curado, caracterizando o “problema estrutural qualificado”, definido neste estudo como aquele problema estrutural que decorre de um problema estrutural mais amplo, ou seja, dentro do problema estrutural do sistema prisional brasileiro existe um outro problema estrutural ainda mais complexo: a violação dos direitos da população carcerária transexual. Ao final, relata possíveis soluções para a resolução ou mitigação ao desrespeito da autonomia individual e da identidade de gênero, salientando a importância de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário com relação à temática da transexualidade sejam norteadas por um controle judicial forte (ativismo).

2 PROCESSO ESTRUTURAL

O modelo clássico de processo, idealizado para a solução de disputas individuais, não tem se revelado adequado para tratar de relações jurídicas mais complexas, a exemplo das que envolvem a reestruturação do sistema carcerário visando a efetivação dos direitos da população transexual.

Em razão disso, tem-se sustentado a existência dos denominados processos estruturais, compreendidos como processos coletivos nos quais se busca “pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação de direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, 2021, p. 64), devendo essa reestruturação ocorrer por meio:

[...] da elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período de tempo, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro. A reestruturação implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos da operação institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição” (VITORELLI, 2021, p. 70).

Segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior, a compreensão do processo estrutural depende do entendimento do que se denomina “problema estrutural”, que pode ser definido “pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 586).

Os autores destacam que a pandemia provocada pela COVID-19 representa um exemplo de processo estrutural, ao impor, de maneira “abrupta e específica” a reorganização de todo o sistema de saúde, com a mobilização e desmobilização de estruturas provisórias, denominados hospitais de campanha (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 587).

Nessa perspectiva, o processo estrutural pode ser caracterizado por: i) um estado de coisas ilícito (estado de desconformidade estruturada); ii) buscar a transição desse estado de desconformidade para uma situação ideal; iii) envolver um procedimento bifásico, com o reconhecimento e a definição do problema, além do estabelecimento de um projeto de reestruturação; iv) desenvolver-se num procedimento flexível, que inclui a adoção de formas atípicas de intervenção; v) uma consensualidade visando a adaptação do processo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 590).

Outro exemplo bastante comum de processos estruturais⁵ são as demandas visando o acesso aos serviços de saúde e tratamento médicos, diante das falhas estatais na implementação

⁵ Didier Júnior; Zaneti Júnior e Oliveira (2020) sustentam que o processo falimentar é um processo estrutural, considerando o conteúdo da decisão de decretação da falência. Já Vitorelli (2021), consigna que o processo de recuperação judicial é um processo estrutural, por envolver a elaboração de um plano de recuperação que conta com a participação dos credores, do administrador judicial e a fiscalização judicial. Podem ser apontados ainda como exemplos de processos estruturais a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na reestruturação de empresas e a operação Lava-Jato, que abrangeu acordos de leniência, com a reestruturação de processos internos das empresas visando evitar a reiteração de comportamentos ilícitos.

de políticas públicas efetivas, demandando a intervenção do Judiciário para a concreção desse direito fundamental.

Assim, conforme explica Didier⁶, o processo estrutural é aquele que tem por objeto um problema estrutural, e o que o define é seu objeto, ou seja, um problema enraizado, uma situação de desconformidade permanente para cuja solução há necessidade da tomada de uma série de atos de reestruturação, o que se coaduna com a situação vivenciada pelo sistema prisional brasileiro.

2.1 O problema estrutural do sistema prisional brasileiro

Os graves problemas envolvendo o sistema prisional brasileiro já foram objeto de julgamentos importantes, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu que a questão demanda uma solução estrutural.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347 MC/DF (BRASIL, 2015c), ajuizada pelo Partido Socialismo Liberdade (PSOL), buscando o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” com relação ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de medidas estruturais diante das lesões aos direitos fundamentais dos presos, o STF: i) reconheceu a situação degradante das penitenciárias brasileiras; ii) a existência da superlotação carcerária⁷, de condições desumanas de custódia, a violação massiva de direitos fundamentais, de falhas estruturais e a configuração do denominado “estado de coisas inconstitucional”⁸; iii) fixou a obrigação dos juízes e tribunais de observarem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, implementando em até 90 dias a realização das audiências de custódia, com o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento da prisão.

⁶ Disponível em: <[⁷ Dados do Departamento Penitenciário Nacional \(Depen\) apontam que no primeiro semestre de 2020 a população carcerária no Brasil era de 759 mil presos. Em 2019, o déficit de vagas no sistema carcerário era de 312 mil, reduzindo-se para 231 mil em 2020 \(BRASIL, 2020c\).](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18072022-Entender-Direito-especialistas-debatem-sobre-processos-estruturais.aspx#:~:text=Didier%20afirma%20no%20epis%C3%B3dio%20que,de%20uma%20s%C3%A9rie%20de%20atos.>. Acesso em: 07.11.2023.</p></div><div data-bbox=)

⁸ Segundo Campos (2015), constituem pressupostos centrais para a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional”: a) a verificação de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais de um elevado e indeterminado número de pessoas; b) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na concreção desses direitos; c) a necessidade da atuação de uma pluralidade de órgãos visando solucionar o problema; e d) a possibilidade de um grande número de lesados transformarem a violação aos seus direitos em demandas judiciais, prejudicando o funcionamento do Judiciário.

No que concerne à teoria do “estado de coisas inconstitucional”, importante frisar que foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997, no caso SU-559, no qual alguns professores municipais sustentaram que não estavam vinculados a nenhum fundo de serviço social ou a sistema de saúde, tendo o tribunal assentado que essa situação era inconstitucional (MONTENEGRO, 2015).

Por sua vez, ensinam João Rezende de Almeida Oliveira, Júlio Edtsron Santos e Vinícius de Araújo Gonçalves, que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem como objetivo “efetivar direitos fundamentais que se encontram em situação de extrema violação, geralmente devido à inércia estatal” (OLIVEIRA et. al, 2019, p.266).

Diante da decisão do STF na ADPF nº 347, o CNJ aprovou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015 (BRASIL, 2015a), dispondo sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, considerando que:

[...] a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (BRASIL, 2015a).

De acordo com o protocolo I, da mencionada Resolução, que estabelece os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia, nesses casos, o Judiciário deverá primar pelo respeito e promoção das diversidades, incluindo as de gênero/sexualidade (item 2, VI).

Já o protocolo II, da mesma norma, que trata dos procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, determina a adoção de uma postura respeitosa ao gênero da pessoa custodiada, considerando que mulheres e pessoas LGBT podem se sentir desencorajadas a prestar informações sobre violências sofridas, especialmente sobre assédios e violência sexual, na presença de homens (item 4, V).

Segundo dados estatísticos do CNJ (BRASIL, 2021a), desde a sua implantação até 11 de outubro de 2021 foram realizadas 805.943 audiências de custódia, com a concessão de 1.219 prisões domiciliares, 322.003 liberdades provisórias e 50.825 relatos de torturas, demonstrando a efetividade da medida estrutural que resultou na fixação da obrigação da realização das audiências de custódia no país.

No Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS (BRASIL, 2017), com repercussão geral, versando sobre a responsabilidade civil do Estado por violações a direitos fundamentais da população carcerária, o STF reconheceu que constitui:

[...] dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (BRASIL, 2017).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou a insuficiência do reconhecimento do direito à indenização para a resolução do problema, considerando “a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 2017). Ainda segundo o Ministro, além da superlotação, observa-se a “precariedade das estruturas e instalações prisionais, que contam frequentemente com celas em péssimo estado de conservação, insalubres, fétidas, sem ventilação e iluminação adequadas e sem sistema de esgoto”, com não raros registros de “casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais” (BRASIL, 2017). O Ministro Luís Barroso assentou em seu voto que:

Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (BRASIL, 2017).

Ressalta-se, ainda, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido cautelar, que recebeu o nº 5.170/DF (BRASIL, 2014b), pendente de julgamento, objetivando que a Corte Máxima:

[...] confira interpretação conforme a Constituição aos artigos 43, 186 e 927, caput e parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação (BRASIL, 2014b).

Já no RE nº 641.320/RS (BRASIL, 2016a), o STF reconheceu, em sede de repercussão geral, o direito de o condenado em regime semiaberto cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, caso não exista acomodação adequada no sistema prisional. No RE nº

592.581/RS (BRASIL, 2015d), também analisado com repercussão geral, o mesmo tribunal assentou a possibilidade de o Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios visando assegurar a integridade física dos detentos, independentemente de dotação orçamentária.

Em 13 de abril de 2021, no julgamento da extensão no Habeas Corpus coletivo nº 165.704 (BRASIL, 2021e), impetrado em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças, com o pleito da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou a realização de audiência pública para discutir a situação de superlotação carcerária e a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Conforme se observa, todos esses apontamentos envolvendo o problema estrutural do sistema prisional brasileiro e a incidência da teoria do estado de coisas inconstitucional interessam diretamente ao estudo da problemática dos direitos da população transexual no sistema carcerário, considerando que esse grupo minoritário se encontra em situação ainda mais vulnerabilizada.

Nesse sentido, Natália Macedo Sanzovo ensina que:

[...] a aglomeração de pessoas submetidas a uma mesma autoridade e ao cumprimento de regras impostas pela instituição, não retiram do cárcere a condição de instituição social, de modo que reproduz os discursos, valores, ações e vivências emanados da sociedade. Desta forma, estabelecido o cárcere como um reflexo (produto) da sociedade, práticas preconceituosas, discriminatórias e transfóbicas repercutirão também neste ambiente de reclusão. (SANZOVO, 2020, p.26)

Portanto, considerando a identidade e/ou performance de gênero dessa população, é importante se atentar para possíveis práticas violentas, discriminatórias e transfóbicas dentro dos estabelecimentos prisionais (SANZOVO, 2020).

3 A SITUAÇÃO DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

No ano de 2014, foi editada a Resolução Conjunta nº 1, pelo Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD/LGBT (BRASIL, 2014a). Essa Resolução prevê, entre outras garantias, que a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero (art. 2º), bem como que as

pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas (art. 4º).

Em 2018, ao julgar o Habeas Corpus nº 152.491 (BRASIL, 2018a), o STF determinou que duas travestis colocadas em celas masculinas fossem transferidas para estabelecimento prisional compatível com a sua identidade de gênero. Ambas estavam presas desde dezembro de 2016 na Penitenciária de Presidente Prudente (SP). Em sua decisão, o Ministro Luís Roberto Barroso citou, inclusive, a supramencionada Resolução Conjunta nº 1.

De acordo com o Depen, em levantamento realizado no ano de 2020 abrangendo 23 estados e o Distrito Federal, 10.457 presos se autodeclararam LGBTI, sendo essa população presa constituída por 3165 lésbicas, 2821 gays, 3487 bissexuais, 181 homens trans, 248 mulheres trans, 561 travestis e 14 intersexuais. O estado com maior população LGBTI é São Paulo com 5.027, seguido por Minas Gerais, 1.148 e Espírito Santo, com 825. O Amapá declarou não ter nenhum preso LGBTI (BRASIL, 2020b).

Ainda no ano de 2020, o Governo federal lançou um diagnóstico dos procedimentos institucionais que mapeou a situação **carcerária** da população **LGBTI** no Brasil. O texto identificou, entre outros fatos, que das 1.499 unidades prisionais do país, apenas 106 (7%) têm ao menos uma **cela** específica para **transexuais** e **travestis** (BRASIL, 2020d).

Na Unidade Prisional de Ressocialização de São Luís, por exemplo, constatou-se a existência de local próprio, sendo que a triagem estabelecida para as mulheres travestis e transexuais ocorre em uma unidade específica no complexo, o Centro de Triagem, e a custodiada é encaminhada para a unidade II do Presídio de São Luís, onde será encaminhada diretamente para a cela LGBT. Contudo, ao mesmo tempo em que a suspensão do corte de cabelo das travestis e transexuais, por exemplo, estaria assegurada, o chamamento nominal pelo nome social não é realizado (BRASIL, 2020d).

Em outro trecho do diagnóstico, uma mulher transexual, no Presídio de Igarapu, relatou ser alocada em uma prisão feminina logo após a audiência de custódia, na qual o juiz que a ouviu ofereceu a possibilidade de ser encaminhada para uma prisão feminina (BRASIL, 2020d). No que concerne a temática das revistas feitas em travestis e mulheres transexuais nas prisões femininas:

Em geral o que ocorre é que as agentes mulheres se recusam a realizar revista em mulheres trans e travestis que não se submeteram à cirurgia do processo transexualizador, enquanto as travestis e transexuais se recusam a serem revistas por agentes homens. Uma alternativa que tem aparecido como uma estratégia válida, que já está sendo executada no âmbito das unidades femininas que realizam a custódia

de mulheres trans e travestis, é a presença tanto de agente homem quanto de uma agente mulher no momento da revista. (BRASIL, 2020d, p. 64-65)

Conforme constatado no diagnóstico, “no contexto do encarceramento em unidades masculinas, ser gay, travesti ou transexual, via de regra, oferece riscos à sobrevivência” (BRASIL, 2020d). Em que pesem os esforços empreendidos nos últimos anos para a concreção dos direitos da população LGBTI+ no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade, a situação ainda está longe de ser a ideal, configurando um estado de coisas inconstitucional que demanda a adoção de uma solução estrutural, com a participação de órgãos, instituições e da sociedade civil em busca de uma solução efetiva para o problema.

3.1 Da dignidade da pessoa transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), elaborada após os acontecimentos da 2ª Guerra Mundial, dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 posicionou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito também em seu art.1º, inciso III.

Conforme ressalta Barroso (2012a), embora a dignidade da pessoa humana tenha se tornado um “consenso ético essencial” no “mundo ocidental”, nenhum documento jurídico nacional ou internacional buscou definir o termo.

Entretanto, o autor afirma que uma noção mínima de dignidade humana deve ser “aberta”, “plástica” e “plural”, abrangendo: i) o “valor intrínseco de todos os seres humanos”; ii) a autonomia individual; e iii) a existência de limitações à essa autonomia impostas em atendimento a “valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”⁹ (BARROSO, 2012a, p. 72). Nesse contexto, a autonomia individual constitui:

[...] o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida (BARROSO, 2012a, p. 81).

De acordo com Sarlet, “a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e

⁹ Conforme observa Sarmento (2019), nem todas as metas e objetivos sociais justificam essas limitações, devendo o conflito entre liberdades individuais e interesses sociais ser objeto de uma ponderação sob a ótica da proporcionalidade.

promoção” (2020, p. 56). Assim, “sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais [...], se estará em face de um direito fundamental” (SARLET, 2020, p. 68).

Branco (2008) observa que os direitos fundamentais representam prerrogativas atribuídas aos seres humanos que devem ser analisadas sempre em consonância com a dignidade da pessoa humana, configurando uma limitação ao Estado que possui o dever de reprimir abusos e impor o uso da moderação.

Em reforço, Miranda (2018, p. 213) assevera que “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

No que interessa ao presente estudo, Canotilho ainda pontua que em matéria de direitos fundamentais existem dois grupos diferenciados, quais sejam: i) os indivíduos pertencentes às minorias; e ii) os “direitos das minorias propriamente ditas”, observando o autor que nesses casos é exigida a “protecção e garantia efectiva desta diferença e especificidade” (CANOTILHO, 2003, p. 387).

Diante de todo o exposto nesta subseção, observa-se que constitui direito básico da população transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade o respeito à sua autonomia individual quanto à identidade de gênero, permitindo-se que esse grupo minoritário possa “viver bem”, com dignidade, garantindo-se condições mínimas para que exerçam sua autodeterminação.

3.2 Diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário

O Conselho Nacional de Justiça, considerando a Resolução da Corte IDH, de 28 de novembro de 2018, em suas medidas provisórias decretadas no caso do Complexo Penitenciário de Curado, bem como inúmeros dispositivos constitucionais, princípios de direitos humanos consagrados em documentos e tratados internacionais, os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, dentre outros, editou a Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020, posteriormente alterada pela Resolução nº 366/2021, de 20 de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021b), para estabelecer procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo (LGBTI) que esteja custodiada, acusada,

ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

No art. 7º consta que, em caso de prisão de pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local da privação de liberdade será definido pelo magistrado em decisão fundamentada, sendo assegurada a possibilidade de alteração de local. Nos termos do art.8º, II, ao magistrado caberá ainda indagar à pessoa autodeclarada parte da população transexual acerca da preferência pela custódia em unidade feminina, masculina ou específica, se houver, e, na unidade escolhida, preferência pela detenção no convívio geral ou em alas ou celas específicas.

Dessa forma, observa-se que o direito à autodeterminação não permite aos agentes públicos condicionarem a identificação da pessoa à realização de intervenções corporais. O art. 10 dispõe que os direitos assegurados às mulheres deverão ser estendidos às mulheres lésbicas, travestis e transexuais e aos homens transexuais.

O art. 11, I, “b”, prevê a garantia do direito ao tratamento hormonal e à sua manutenção, ou às demandas decorrentes das necessidades do processo transexualizador. Na alínea “d” do mencionado artigo inclui-se, ainda, a garantia de atendimento psicológico e psiquiátrico, considerando o agravamento da saúde mental dessa população, especialmente voltado à prevenção do suicídio, bem como tratamento ginecológico, urológico e endocrinológico especializado para pessoas transexuais, travestis e intersexo durante todo o período de privação de liberdade.

Quanto à autodeterminação e à dignidade, elencam-se os seguintes direitos: i) “a garantia aos homens transexuais do direito de utilizar vestimentas socialmente lidas como masculinas e acessórios para a compressão de mamas como instrumento de manutenção da sua identidade de gênero” (art. 11, IV, “a”); ii) “a garantia às mulheres transexuais e travestis do direito de usar vestimentas femininas, manter os cabelos compridos, inclusive extensão capilar fixa e o acesso controlado a pinças para extração de pelos e a produtos de maquiagem, garantindo-se seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero” (art. 11, IV, “b”).

Considerando que a implantação dessas medidas pode enfrentar dificuldades na prática, é de fundamental importância o Manual para a Qualificação do Atendimento LGBTI+ na Justiça Criminal (SOMOS, 2020), publicado e editado pela ONG SOMOS, que pretende oferecer subsídios para o trabalho de agentes públicos da justiça e da segurança pública junto à população LGBTI+ no Brasil, auxiliando no cumprimento da Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

3.3 ADPF 527

Na ADPF nº 527, distribuída em 25 de junho de 2018 (BRASIL, 2019), ajuizada pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (“Arguente”), visando assegurar às custodiadas transexuais e travestis o direito de cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino, foi proferida decisão de deferimento parcial da cautelar requerida no ano de 2019, determinando que as transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos.

No dia 18 de março de 2021 (BRASIL, 2021c), o Ministro Relator Luís Roberto Barroso deferiu a cautelar com base em diálogo institucional estabelecido com o Poder Executivo, para ajustar os termos da cautelar anteriormente deferida e outorgar tanto às transexuais quanto às travestis com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança.

Contudo, após o voto do Ministro Roberto Barroso, que convertia o referendo da medida cautelar em julgamento de mérito e julgava procedente o pedido, o julgamento foi suspenso em setembro de 2021 (BRASIL, 2021d).

Conforme se observa, trata-se de um julgamento relevante para o reconhecimento dos direitos fundamentais das custodiadas transexuais e travestis no sistema prisional brasileiro.

4 DO PROBLEMA ESTRUTURAL QUALIFICADO DA POPULAÇÃO TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Em 28 de novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) editou uma Resolução solicitando à República Federativa do Brasil (denominada no documento como “Estado” ou “Brasil”), a adoção de medidas para a proteção eficaz da vida e da integridade de pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Curado (CORTE IDH, 2018).

O Estado brasileiro alegou à Corte IDH que planejava reformar os espaços de reclusão dos internos LGBTI. Contudo, em monitoramento da situação de vulnerabilidade das celas LGBTI nas unidades do Complexo de Curado, constatou-se a mesma estrutura anteriormente objeto de solicitação de medidas, sendo confirmada a inobservância do Estado no que se refere ao tratamento adequado a ser concedido. Ademais, verificou-se que não havia informação sobre a quantidade efetiva de pessoas que compõem a população LGBTI. Assim, conforme item 152 da Resolução:

As presas e presos LGBTI do Complexo de Curado continuam em celas dentro dos pavilhões masculinos, os quais são vigiados por “chaveiros”, deixando, principalmente, as presas transexuais e travestis vulneráveis à violência, especialmente de natureza sexual (CORTE IDH, 2018, p. 32).

Já no item 153 foi registrado que não há acesso por parte da população transexual a nenhuma das especificidades que seu encarceramento exige, como por exemplo, o tratamento com hormônios.

A Corte fez referência, ainda, ao Manual sobre Reclusos com Necessidades Especiais, do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, segundo o qual, as pessoas LGBTI não devem dividir celas com outros presos que possam ocasionar algum perigo, bem como prevê que a equipe carcerária deve ser submetida a um treinamento específico. (CORTE IDH, 2018)

As violações aos direitos básicos da população transexual devem ser consideradas tratamento desumano e degradante, haja vista que, no ano de 2016, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 56 (BRASIL, 2016b) que enuncia que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, o que significa que se o estabelecimento não oferecer condições para que a pessoa cumpra sua pena com dignidade, não deverá ser submetida à um regime prisional que atente contra os seus direitos fundamentais.

A Corte IDH determinou que o Brasil adotasse, em caráter de urgência, as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção do grupo LGBTI, dispondo que nos próximos relatórios o país precisará oferecer contestação aos seguintes pontos:

i) Que atos violentos ou ameaçadores são dirigidos às populações com deficiência e à população LGBTI?; ii) Caso haja mecanismos de denúncia para a população LGBTI, que procedimento se segue?; iii) Caso tenha sido realizado algum tipo de modificação ou reconstrução dos pavilhões, a que tipo de população se destinou e qual seu benefício?; iv) Que tipo de atenção se dispensa à população citada e que benefícios lhe são oferecidos?; v) Qual o número de pessoas que compõem essa população?; vi) Informar sobre o avanço na construção do espaço de alojamento para a população LGBTI em cada um dos centros carcerários que compõem o Complexo de Curado. (Corte IDH, 2018, p. 36)

Conforme se observa, a omissão do Estado brasileiro na adoção de medidas concretas visando proteger a população LGBTI no Complexo Penitenciário de Curado é um exemplo claro de um “problema estrutural qualificado”, definido neste estudo como aquele problema estrutural que decorre de um problema estrutural mais amplo, ou seja, dentro do problema estrutural do sistema prisional brasileiro existe um outro problema estrutural ainda mais complexo, no caso,

a violação notória, massiva e reiterada dos direitos fundamentais básicos da população LGBTI em cumprimento de pena privativa de liberdade.

4.1 Possíveis soluções para a resolução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual no sistema carcerário brasileiro

Há tempos encontra-se superada a concepção de que texto e norma coincidem, representando a norma o resultado da interpretação, com atenção às peculiaridades que envolvem o caso concreto.

Nessa perspectiva, evidencia-se a necessidade da adoção de parâmetros objetivos na interpretação das normas, como forma de evitar soluções arbitrárias, que possam colocar em risco a racionalidade do suporte hermenêutico (TEPEDINO, 2019).

No escólio de Müller (2009, p. 247), “‘normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Abboud (2019) observa que o direito, tal como uma biblioteca, apresenta potencialidade infinita, não se encerrando “nas letras que o compõem”, devendo ser analisado de acordo com a realidade que o normatizou.

Segundo Rocha, a nova hermenêutica baseada na normatividade dos princípios constitucionais tem provocado a “crescente influência normativa protagonizada pelo Poder Judiciário”, no exercício do controle de constitucionalidade das normas que restringem direitos fundamentais, provocando a “desconstrução” do ordenamento jurídico originariamente estabelecido e “reordenação dos valores socioculturais” que deixam de ser regulados pelo Legislativo e passam a ser determinados pela Justiça estatal (ROCHA, 2016)¹⁰.

O ativismo judicial, por sua vez, é representado pela forma proativa de interpretação da Constituição, promovendo a expansão do seu sentido e alcance, tratando-se de uma consequência direta da retração do Legislativo e do distanciamento entre a política e a sociedade (ZANFERDINI; MONTES NETTO, 2020).

Barroso (2012b, p. 25) assevera que a judicialização e o ativismo são primos que pertencem à “mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”,

¹⁰ De acordo com Barroso (2012), a transferência ao Judiciário de questões que antes eram objeto de deliberação pelo Legislativo e Executivo configuram o fenômeno da judicialização.

sendo a primeira decorrência do modelo adotado pela CRFB/88, enquanto o segundo constitui uma forma proativa de se interpretar a Constituição.

Como contraponto ao ativismo, surgiu a teoria da autocontenção judicial, que defende a diminuição da interferência do Judiciário em matérias que são da competência dos outros Poderes, justificando-se o controle judicial na implementação de políticas públicas apenas para resguardar o mínimo existencial.

Na Petição nº 3.388/RR (BRASIL, 2009), que versou sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a Corte Suprema prestou deferência ao Executivo, reconhecendo a sua competência para instaurar, sequenciar e concluir o processo demarcatório. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já aplicou a teoria em processo que tratou de regras de resgate de previdência privada (BRASIL, 2015b).

Com relação à aplicação do ativismo judicial, Clève e Lorenzetto (2015) distinguem os limites do seu exercício pelo STF em comparação com os demais órgãos que compõem o Judiciário, assentando que cabe à Corte Máxima adotar uma postura menos deferente aos demais Poderes, especialmente na defesa dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, na ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), o STF assumiu uma postura ativista, valendo-se de uma técnica de interpretação conforme a constituição para reconhecer o **direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos**. Na ADI nº 5.543-DF (BRASIL, 2020e), a Corte Máxima autorizou a doação e transfusão de sangue por homens que possuem relação homoafetiva, assentando que os homens homossexuais ou bissexuais e/ou suas parceiras possuem o direito de doar sangue e eventuais restrições somente se justificam se também forem impostas a todas as pessoas, independentemente da opção sexual.

No RE nº 670.422 (BRASIL, 2018b), com repercussão geral (Tema 761), o STF assentou o entendimento de que a pessoa transgênero tem o direito de mudar o seu prenome e a sua classificação de gênero no registro civil. Para exercer esta faculdade, tanto na seara administrativa como na judicial, basta a simples manifestação da vontade, não sendo mais necessária a cirurgia de transgenitalização.

Em que pese a desnecessidade de cirurgia para a alteração do prenome, destaca-se que a jurisprudência reconhece o dever de o plano de saúde custear a cirurgia de transgenitalização, que deve ser indicada pelo médico após a realização do tratamento hormonal e acompanhamento psicológico do paciente (SÃO PAULO, 2021; RIO DE JANEIRO, 2021).

Em decisão inédita no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2019, a 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deu provimento, por unanimidade, a um recurso que pedia ao plano de

saúde o reembolso das despesas de uma cirurgia de transgenitalização. A decisão condenou, ainda, o plano de saúde a pagar danos morais à segurada que, ao realizar o pedido de cobertura para sua cirurgia, foi humilhada por um funcionário (OABRJ, 2019).

Apesar dos avanços que foram registrados nos últimos anos com relação ao diagnóstico da situação e do reconhecimento de direitos da população LGBTI+ no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade, a situação ainda configura o estado de coisas inconstitucional, com a violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais básicos dessa minoria vulnerabilizada, demandando uma atuação ainda mais incisiva por parte do Poder Público, a exemplo do êxito obtido com a decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e a edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

Nesse ponto, impende destacar que ainda existem desafios a serem enfrentados no que concerne à implementação das audiências de custódia no país. Isso porque, em pesquisa realizada por Fabio Lopes Toledo, foram identificadas dificuldades a serem superadas, tais como: proporcionar melhores condições para a entrevista entre defensor público e custodiado, reduzir a utilização de linguagem técnica e uso de algemas, além de confrontar uma cultura predominantemente vinculada ao exame do papel (TOLEDO, 2019). Confira-se:

Em comparação com o procedimento anteriormente adotado a apresentação do custodiado em audiência de custódia oferece um número maior de subsídios para a tomada de decisão do juiz, porém, essa presença também pode revelar preconceitos e julgamentos morais. A noção de que o contato entre custodiado e juiz permitiria aperfeiçoar a decisão sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante parece não ter levado em consideração como a apreciação de aspectos revelados pela própria presença da pessoa poderiam influenciar os magistrados. As perguntas elaboradas em audiência, as quais podem envolver o local de residência, vínculo empregatício, uso de drogas, ocorrência de tortura ou maus tratos, passagem pelo sistema de justiça, dentre outros fatores, permitem a construção de um “retrato moral do preso”. (TOLEDO, 2019, p. 109)

Outrossim, é de extrema relevância salientar que, confirme elucidada Ana Flauzina e Thula Pires, “a afirmação da existência do estado de coisas inconstitucional não retira do STF a responsabilidade com a sua permanência. Ao contrário, esse reconhecimento implica formalmente o STF na sua (re)produção” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p.1225).

Contudo, a audiência de custódia foi capaz de viabilizar o acesso a dados antes inacessíveis aos atores do sistema de justiça criminal (TOLEDO, 2019), o que demonstra que, a partir da fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, é possível a tentativa de reparar o quadro de discriminação vivenciado pela população trans, fora, mas, sobretudo, dentro das grades.

Em geral, o Judiciário deve pautar as suas decisões a partir de bases racionais com sustentação na CRFB/88, exercendo às vezes um controle mais forte (ativismo judicial) e, em outras situações, mais débil (autocontenção judicial). Entretanto, quando estiver diante de situações que envolvam a defesa de minorias contra a discriminação e a proteção do mínimo existencial, demanda-se o exercício do controle judicial forte, especialmente pelo STF (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Assim, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário com relação à temática da transexualidade devem ser norteadas por um controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário, notadamente das pessoas transgêneros que se encontram recolhidas em estabelecimentos prisionais, em situação ainda mais vulnerabilizada.

Conforme explica Natália Macedo Sanzovo, “o preconceito e as práticas transfóbicas contra as pessoas trans são refletidos nos dados que apontam o Brasil como o país no qual mais se mata travestis e transexuais no mundo” (SANZOVO, 2020, p. 32-33). Sanzovo descreve, ainda, o relato de uma detenta transexual:

Contou que já havia vivenciado situações de violência física e psicológica na penitenciária, como as inúmeras tentativas de rasparem seu cabelo, bem como abuso de poder, citando, por exemplo, as faltas graves recebidas injustificadamente por ter supostamente desrespeitado um agente penitenciário ao andar ‘rebolando’ pelo corredor. (SANZOVO, 2020, p.35)

É necessário que as penitenciárias forneçam ambiente adequado, além de capacitação aos funcionários para que possam atender de forma correta a população trans encarcerada.

Desta forma, nos limites do presente estudo, apontam-se como possíveis medidas visando a solução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual no Brasil em cumprimento de pena privativa de liberdade: a) o monitoramento das diretrizes e procedimentos estabelecidos na Resolução 348/2020; b) a aprovação de Lei que fixe prazo e metas que deverão ser efetivadas pelo Poder Executivo; c) a devida dotação orçamentária, considerando que das 1.499 unidades prisionais do país, apenas 106 (7%) têm ao menos uma **cela** específica para **transexuais e travestis, considerando a essencialidade dos direitos envolvidos e a vedação constitucional da imposição de penas com caráter cruel ou desumano**; d) a fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, no exercício das suas competências, a exemplo do que ocorreu na decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e na edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou discorrer sobre o problema estrutural qualificado envolvendo o tratamento concedido à população transexual no sistema carcerário brasileiro, além de indicar possíveis soluções para a superação desse estado de coisas inconstitucional, caracterizado pela violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais desse grupo minoritário vulnerabilizado, o qual, para além das mazelas decorrentes do próprio cumprimento da pena privativa de liberdade, sofrem preconceito, discriminação, violência física, psicológica e sexual apenas por serem quem são.

Desde a determinação de medidas provisórias em caráter de urgência pela Corte IDH em 2018 no caso do Complexo de Curado, transcorreu um lapso de dois anos até que o CNJ editasse a Resolução nº 348, estabelecendo procedimentos e diretrizes relacionados ao tratamento da população LGBTI+ privada de liberdade, visando essa atuação do Poder Judiciário suprir as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

O diagnóstico realizado pelo Poder Executivo brasileiro no ano de 2020 demonstra a precariedade do sistema penitenciário no que concerne à observância dos direitos e garantias fundamentais da população ora estudada, configurando o que se denominou nesse estudo de um “problema estrutural qualificado”, ou seja, um problema estrutural ainda mais complexo e desafiador dentro do já grave problema estrutural envolvendo o sistema penitenciário brasileiro.

Consignou-se que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em geral com relação à temática da transexualidade devem ser norteadas por um controle judicial forte (ativismo), visando a concreção dos direitos desse grupo minoritário, que se encontra em situação de extrema vulnerabilidade.

Nos limites do presente estudo, apontou-se ainda, como possíveis medidas visando a solução ou mitigação do problema estrutural qualificado da população transexual em cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil: a) o monitoramento das diretrizes e procedimentos estabelecidos na Resolução 348/2020; b) a aprovação de Lei que fixe prazo e metas que deverão ser efetivadas pelo Poder Executivo; c) a devida dotação orçamentária, para a adoção das medidas necessárias, visando, por exemplo, a adaptação física das unidades prisionais; d) a fixação de prazos e metas pelo STF e CNJ, no exercício das suas competências, a exemplo do que ocorreu na decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e na edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que culminaram com a implementação das audiências de custódia em todo o país.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b, p. 24. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites**. 2008. 393 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/5128>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014a**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional**. 2021a. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015a**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020a**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 366, de 20 de janeiro de 2021b**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Mais de 10 mil presos se autodeclaram LGBTI no Brasil**. 2020b. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/mais-de-10-mil-presas-se-autodeclaram-lgbti-no-brasil>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em unidades prisionais no Brasil: Período de janeiro a junho de 2020c**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. 2020d. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.518.525/SE**, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19 mai. 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.170**, Relatora: Min. Rose Weber, protocolo 20 out. 2014b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543/DF**, Relator: Edson Fachin, j. 11 mai. 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**, Relator: Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 09 set. 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 27 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 18 mar. 2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 15 set. 2021d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.491/SP**, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 16 fev. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 165.704/DF**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 13 abr. 2021e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET 3.388/RR**, Rel. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252/MS**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 16 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581/RS**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 ago. 2015d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 11 mai. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 670.422 RG/RS**, Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15 ago. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 56**. DJE de 08 de ago. 2016b.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

<https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_9f19cd145c250c99ac13c9ee7b1f94b9>. Acesso em: 11 out. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo Democrático e Níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, p. 409-471, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0409_0471.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

CORTE IDH. **Assunto do Complexo Penitenciário de Curado**. 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020, p. 101-136. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie / The Brazilian Federal Supreme Court and the normalization of barbarity. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 7 nov. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá**. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5499/c8999e3de523fdb656d99dd9b3b160ad5968.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OABRJ. **TJ autoriza reembolso de cirurgia de transgenitalização pelo plano de saúde**. 2019. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/noticias/tj-autoriza-reembolso-cirurgia-transgenitalizacao-pelo-plano-saude>>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edtsron; GONÇALVES, Vincícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 38, p. 265-306,

2019. DOI: 10.30899/dfj.v12i38.731. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/731>. Acesso em: 7 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0206779-52.2018.8.19.0001**. Relatora: Myriam Medeiros da Fonseca Costa, j. 28 jul. 2021.

ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da Lei: a problemática do decisionismo judicial. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 9, Recife, p. 99-134, 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/149>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1006455-68.2020.8.26.0161**. Relator (a): Alcides Leopoldo, j. 28 set. 2021.

SANZOVO, N. M. **O lugar das trans na prisão**. 1.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESA, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA JÚNIOR, Sebastião Angelim da; FERNANDES, Larissa Sousa. **O direito de autodeterminação dos indivíduos transexuais: a questão da identidade de gênero face à ausência de tutela estatal**. X Colóquio Nacional Representações de Gênero e de Sexualidades. Campina Grande: Editora Realize. 2014. p. 1-10. Disponível em: <http://editorarealize.com.br/editora/anais/conages/2014/Modalidade_1datahora_20_05_2014_11_14_33_idinscrito_292_9efe64e48c3f441faffcc4f409bc6013.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

SOMOS. **Manual para a qualificação do atendimento de lgbti+ na justiça criminal**. 2020. Disponível em: <<https://sjcdh.rs.gov.br/upload/arquivos/202103/12114519-manual-para-a-qualificac-a-o-do-atendimento-de-lgbti-na-justic-a-criminal.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

TAVARES, André Ramos. A constituição desconsertada. In: BOLONHA, Carlos, et al. **30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TOLEDO, Fabio Lopes. **“O flagrante ganha voz?”: os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo**. 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27418/DISSERTAC%cc%a7A%cc%83O%20-%20FABIO%20LOPES%20TOLEDO%20->

%20ARQUIVO%20PARA%20ALTERA%c3%87%c3%83O.Pdf?sequence=4&isAllowed=y
>. Acesso em: 07 nov. 2023,

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais: análise da jurisprudência em tempos de pandemia. **Anais do I Congresso “Políticas Públicas, democracia e direitos fundamentais”**. Ribeirão Preto, 2020.

Submissão: 18/10/2021. Aprovação: 08/12/2023

O PAPEL DA VONTADE E DO AFETO PARA A NATUREZA JURÍDICA DA FILIAÇÃO CIVIL SOCIOAFETIVA

THE ROLE OF WILL AND LOVE FOR THE LEGAL NATURE OF FICTIVE KINSHIP OF FILIATION BASED ON AFFECTION

*Roberto Henrique Pôrto Nogueira*¹
Universidade Federal de Ouro Preto

*Rafaela Fernandes Leite*²
Universidade Federal de Ouro Preto

Resumo:

Diante da recorrente indagação acerca do papel do afeto e da vontade na configuração de vínculos familiares, objetiva-se situar tais figuras internamente ao direito civil, para o exame teórico-estrutural de sua natureza jurídica para a formatação da filiação civil socioafetiva. Para tanto, privilegia-se a vertente metodológica jurídico-dogmática, no panorama da teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda, conforme sistematizada por Marcos Bernardes de Mello. Alcança-se, então, o achado de que a filiação socioafetiva pode ser juridicamente compreendida na categoria dos negócios jurídicos existenciais bilaterais. A vontade compõe o cerne do núcleo do suporte fático da filiação civil socioafetiva. O afeto tem a sua importância vinculada à posse do estado de filho, mais precisamente quanto ao atributo do tratamento, qualificando-se como elemento completante. Conclui-se que, sem que haja o afeto, o tratamento cuidadoso não acarreta a percepção correspondente da filiação. Além disso, a ausência da vontade de formação dessa espécie de relação implica sua inexistência. A vontade e o afeto podem provar-se pelos comportamentos que os ostentam socialmente. Por fim, a bilateralidade do negócio impõe que ninguém pode ser forçado a subsumir-se ao exercício alheio do direito ao livre planejamento familiar.

Palavras-chave:

Afeto. Fato jurídico. Filiação civil. Socioafetividade.

Abstract:

Considering the recurrent question about love and will in the configuration of family ties, the objective is to situate such ideas internally to civil law, for the examination of their legal nature for the formatting of fictive kinship of filiation based on affection. The legal-dogmatic methodological aspect is privileged, in the context of Pontes de Miranda's theory of legal facts, as systematized by Marcos Bernardes de Mello. It is found that fictive kinship of filiation based on affection can be legally understood as a bilateral existential legal transaction. The will makes up the core of the factual support. Love has its importance linked to the possession of the state of filiation, precisely regarding the attribute of treatment, qualifying itself as a completing element. Finally, without love, careful treatment does not lead to a mutual perception of fictive kinship of filiation based on affection. The absence of the will to form this kind of relationship implies its inexistence. The will and love can be proved by the behaviors that show them socially. Lastly, the bilateral nature of these transactions means that no one can be forced to submit to the exercise of the right to free family planning.

Keywords:

Affection. Legal fact. Fictive kinship. Filiation based on affection.

¹ Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Professor Adjunto IV do Mestrado Acadêmico em 'Novos Direitos, Novos Sujeitos' e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP, do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID-UFOP, do JUSBIOMED-UNEB e do Grupo de Apoio Jurídico à Gestão de Crise Pandêmica da COVID-19 (PPGD-UFOP). Apoiado por AUXÍLIO PESQUISADOR UFOP. E-mail: roberto.no

² Doutora em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Professora substituta do Curso de Graduação em Direito da UFOP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP-UFOP.

1 INTRODUÇÃO

A relação de causalidade entre a procriação e a filiação esteve ao lado da parentalidade espontânea, proveniente do vínculo de adoção em culturas antigas.³ A desnecessidade da precedência biológica ou da conjugalidade como causa da parentalidade foi corroborada pelos avanços biotecnológicos do século XX, que tornaram possível o nascimento da primeira criança fruto da fertilização *in vitro*, um marco recente para a desbiologização da filiação.

Diante disso, a natureza não é o único fundamento para justificar e prescrever normas de direito de família que regulam as relações parentais. Há espaço, na literatura jurídica e na jurisprudência, para a vontade e para o afeto, na demarcação da filiação jurídica, seja ela biológica ou civil (por adoção, por reprodução assistida heteróloga ou por socioafetividade). A filiação civil por socioafetividade é fruto da experiência de ligação (afetiva) que se estabelece no mundo dos fatos e repercute na juridicização dos vínculos putativos de parentalidade.

Se o afeto pode ser compreendido como um elemento anímico e particular de afeição (que se constrói a partir de sentimento), a afetividade é o que decorre (ou deveria decorrer) da plêiade de vínculos afetivos conforme sejam socialmente exteriorizados e juridicamente cognoscíveis. Além de a afetividade poder conceber o fenômeno de uma rede de afetos, a noção também ganha, na atualidade, matizes de construto jurídico que pode exprimir a natureza de princípio⁴ e, conseqüentemente, engendrar deveres ou repercussões juridicamente tuteláveis.

Para a composição do objeto de escrutínio, além da vontade, a eleição do afeto,⁵ enquanto fato que se dispõe a ser subsumido pela norma para o enquadramento das relações jurídicas de parentalidade, decorre do ideal de repersonalização do direito civil, um dos movimentos atuais de contestação do estatuto epistemológico do direito privado (no que

³ Nesse sentido, Dilce Rizzo Jorge (1975) afirma que a adoção era amplamente praticada pelos egípcios, babilônios, assírios, caldeus e hebreus. Além disso, regulada pelo Código Hamurabi (2.283-2.241 A.C), também era conhecida na Mesopotâmia, Atenas e no Egito.

⁴ “Nesse sentido, é o princípio da afetividade que advém no Direito familiar a par da base constitucional, nivelando as condições filiares biológicas e as não biológicas. Nasce tal primado, destaque-se, dos postulados maiores da convivência familiar harmônica e principalmente do norte da obrigatória posse da dignidade humana, contribuindo, poderosa e fundamentalmente, para a integridade e a incolumidade no processo da formação plena da cidadania.” (COSTA; RIBEIRO, 2019, p. 125).

⁵ A importância do afeto para as interações de formação humana há muito aparece na filosofia da educação, com enfoque em seu papel para os processos de cognição. Afetividade pode ser entendida, portanto, como “[...] um conjunto funcional que emerge do orgânico e adquire um status social na relação com o outro e que é uma dimensão fundante na formação da pessoa completa.” (FERREIRA; ACIOLY-RÉGNIER, 2010, p. 27). A afetividade parece, assim, projetar-se no plano intersubjetivo, de maneira que compreende os vínculos de afeição humana, acarretando repercussões para as escolhas que caracterizam a subjetividade.

respeita a sua racionalidade, sua estrutura, seus princípios e sua função).⁶ O referido ideal direciona os modelos normativos de direito civil ao fim imediato de promoção e de proteção da pessoa humana, atribuindo à estrutura formal do direito civil e à autonomia privada o caráter meramente contingente, com o desiderato de permitir que elementos externos à semântica originária dos significantes da normas – como o afeto – passem a ser levados em consideração para a adequação legislativa à realidade social, tanto no âmbito da justificação quanto para a prescrição.

Por consequência, o direito civil, visto na tradição jurídica como um sistema de normas objetivas e immanentemente inteligíveis, torna-se permeável, em alguma medida, às transformações, aos dissensos e às expectativas sociais. Isso porque, a subjetividade do afeto mitiga a força propulsora da vontade que constitui a autonomia privada e torna nebulosa a distinção entre as relações afetivas juridicamente relevantes e aquelas exógenas à percepção do sistema. Afinal, parece imperioso distinguir a relação afetiva de amizade e de cuidado não obrigacional daquela filiatória obrigacional. Por conseguinte, as normas relativas à filiação socioafetiva perdem nitidez e aqueles vínculos juridicamente despreziosos se tornam fonte de insegurança jurídica.

Para exemplificar, citam-se algumas premissas que podem ser extraídas dos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça na última década:⁷ o abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos pode ensejar a configuração de dano moral indenizável; é cabível a declaração de desconstituição da paternidade em caso no qual alguém, após o resultado do exame genético, rompe relações com os filhos registraes, ainda que após um longo período de convívio familiar afetivo; em ação negatória de paternidade, exige-se que seja demonstrada, a um só tempo, a inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação socioafetiva; é possível a cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica.

Esse panorama sugere situar o afeto no limiar de sua juridicização, de modo a reduzir o protagonismo da vontade nas relações filiatórias. Nesses termos, se, por um lado, o descumprimento de um eventual dever de cuidado oriundo da afetividade (se essa for entendida

⁶ Referência utilizada por Otavio Luiz Rodrigues Junior (2010) para defender a existência de uma racionalidade própria para o direito privado, oriunda da tradição *civil law* e pela qual deve ser conservada sua metodologia, seus princípios e suas funções.

⁷ As premissas citadas neste parágrafo foram extraídas do site oficial do Superior Tribunal de Justiça, pesquisando-se no banco de notícias e jurisprudências, de forma aleatória e não controlada, pelas palavras-chave: afeto, afetividade e socioafetividade. Este não é um trabalho empírico jurimétrico, tampouco de análise de conteúdo de decisões judiciais. Nessa medida, não é parte dos objetivos apresentar conexões causais precisas que tornam a mencionada insegurança jurídica irrefutável. Com efeito, os dados são colhidos e trazidos aleatoriamente, servindo de aparato qualitativo para ilustrar e justificar a plausibilidade do argumento justificativo.

como norma principiológica) pode ocasionar um ilícito indenizável ou produzir o efeito caducificante de aspectos caracterizadores da própria relação filiatória; por outro, a manifestação da afetividade (no plano ontológico) pode suscitar o reconhecimento de uma relação jurídica filiatória socioafetiva concomitante à filiação biológica. Em todos os casos, a expressão do afeto pode instituir variável suficiente à percepção da afetividade enquanto fator determinante da constituição do resultado jurídico no caso concreto.

Se o afeto está sendo utilizado pela jurisprudência como fundamento de ilicitude e/ou de existência das relações jurídicas conjugais⁸ e parentais ou aderindo a um conjunto de substantivos e adjetivos hiperbólicos como mera retórica, é uma questão que não é possível responder neste trabalho por raciocínio dedutivo, porque não se pretende empregar qualquer metodologia de análise de decisões. Não é ambicionado o delineamento da afetividade ou de sua natureza jurídica (enquanto fenômeno ou como norma principiológica). Apesar disso, há uma lacuna relevante para a qual a pesquisa pode contribuir: situar o afeto internamente ao direito civil, para, mediatamente, oferecer um argumento teórico-estrutural para o exame de seu papel na formatação da filiação socioafetiva.

Para tanto, este trabalho recorre à teoria dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda, conforme sistematizada por Marcos Bernardes de Mello (2013, p. 20), e adotada pelo Código Civil (BRASIL, 2022), para questionar: qual é o papel do afeto e da vontade na estruturação do(s) elemento(s) nucleares que compõe(m) o suporte fático da filiação socioafetiva?

Para responder à questão, as duas primeiras seções deste trabalho almejam expor a inteligência da literatura apontada, os pressupostos teóricos para a discussão sobre os dois dos elementos que possivelmente concorrem para o reconhecimento da filiação socioafetiva, quais sejam: o afeto e a vontade.

A seção subsequente, aproveitando-se daqueles resultados, anseia efetuar um exame da filiação socioafetiva por sobreposição da teoria dos fatos jurídicos, com a meta de identificar, em seu prisma, o que é exigido ou dispensado para a configuração dessa relação.

⁸ A aleatoriedade das razões que pautam e legitimam o recurso ao afeto nas decisões relacionadas aos pedidos de reconhecimento de entidades familiares é também perceptível. Para reforçar esse argumento, recorda-se que a afetividade utilizada como fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 (BRASIL, 2011), para conferir interpretação conforme à Constituição da República ao artigo 1.723, do Código Civil de 2002, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, a mesma afetividade não é analogicamente empregada em decisões e posturas posteriores, de modo a ser negado reconhecimento de famílias paralelas ou simultâneas (BRASIL, 2021), bem como de famílias constituídas por mais de duas pessoas (denominada poliafetiva), conforme consta na decisão do Conselho Nacional de Justiça proferida no Pedido de Providência n. 0001459-08.2016.2.00.0000, que impede os cartórios de lavrarem escritura pública de união estável desses arranjos de convivência.

A filiação socioafetiva, enquanto espécie de filiação civil, situa-se em uma das categorias de fatos jurídicos, a saber: fato jurídico em sentido estrito, ato-fato ou ato jurídico em sentido lato (ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico – uni ou bilateral). Mantém-se à margem do objetivo o tratamento do ato ilícito, haja vista não há de se cogitar ilicitude na filiação jurídica. O que há de definir o resultado da pesquisa é a eventual imprescindibilidade da vontade consciente para que se constitua a relação e o que lhe confere adesão à categoria jurídica da filiação socioafetiva.

A hipótese que está sendo considerada é que vontade e afeto integram, como elementos nucleares (cerne e completante, respectivamente), o suporte fático da norma, de maneira a acarretar a configuração da filiação socioafetiva como negócio jurídico extrapatrimonial bilateral.

Enquanto pesquisa social aplicada, este artigo filia-se à vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática, que pode oferecer expedientes argumentativos ao debate acerca da doutrina do afeto e de suas possíveis inconsistências e repercussões para a eventual constituição e desfazimento das relações conjugais e parentais.

2 O AFETO NA REPERSONALIZAÇÃO DA FILIAÇÃO JURÍDICA

O afeto na língua portuguesa representa um sentimento positivo de estima e de consideração que é possível desenvolver por algo ou por alguém. Juridicamente, o afeto está preenchendo o conteúdo do princípio da afetividade (LÔBO, 2002; 2004). A centralidade que a afetividade assume no direito de família brasileiro, com projeções doutrinárias e jurisprudenciais, é creditada à metodologia civil-constitucional e à repersonalização do direito de família que ela demanda (FACHIN, 1997; CALDERÓN, 2017). Para contribuir para compreensão desse fenômeno, esta seção tem o escopo de apresentar uma preleção literariamente estruturada, para que se possa elucidar o significado que vem sendo atribuído ao afeto e situar a sua emergência no direito das famílias como um dos expedientes que podem adjuvar à força da vontade como elemento propulsor de relações jurídicas.

A repersonalização da filiação integra um fenômeno mais amplo de personalização do direito civil, pela qual sua racionalidade formal e proeminentemente patrimonial, centrada na preservação da posição de igual liberdade entre os particulares,⁹ é tensionada contra as teorias

⁹Trata-se de característica central da justiça comutativa que expressa, nessa conjectura, as transações voluntárias e involuntárias entre os particulares, para as quais se volta o Direito Privado com a finalidade de preservar a igual liberdade entre eles. (LEITE, 2019, p. 12).

de funcionalização do direito e, em especial, contra a metodologia civil-constitucional que ascende no Brasil a partir dos trabalhos de Gustavo Tepedino (2004) e Maria Celina Bodin de Moraes (1993), no contexto de promulgação da Constituição da República (BRASIL, 1988), e que, nos rastros de Pietro Perlingieri (2001, p. 189), defende “a releitura do código civil e das leis especiais à luz da Constituição republicana”. O que se pretende é a funcionalização dos institutos de direito privado à realização dos princípios constitucionais.

Dentre esses princípios constitucionais, dois são considerados estruturais para integração entre a Constituição e o direito de família: a dignidade e a solidariedade (LÔBO, 2009, p. 327). Conjuntamente, esses princípios determinam que a função das situações jurídicas patrimoniais e existenciais deve ser relativa à finalidade de promoção substancial e proteção ampla e compartilhada para o livre desenvolvimento da pessoa humana (TEPEDINO; OLIVA, 2016, p. 230).

A aspiração de atribuir uma racionalidade funcional ao direito civil enseja a tentativa de estabelecer, *prima facie*, a preponderância da função sobre a forma, demandando a aplicação desse ramo jurídico em conformidade com vetores principiológicos que incorporam valores políticos e/ou morais não expressos na sua unidade normativa. A funcionalização é uma espécie de instrumentalização do direito civil e dos seus institutos que independe da coerência e da unidade formal das suas relações jurídicas.

A finalidade da família, nessa perspectiva, deixa de indicar tão somente uma figura especial de transmissão de propriedade satisfeita pela racionalidade estrutural do direito civil, deslocando-se da forma, que independe de considerações substantivas, para uma racionalidade centrada na satisfação de uma função externa ao direito, voltada à promoção da felicidade e do afeto nas relações conjugais e parentais. Por essa razão, Paulo Luiz Netto Lôbo (2004) afirma que: “[a] família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos.”

Assim, eclodem vezes no sentido de que função precípua da família é então a realização pessoal de afetividade para cada um dos seus membros (CALDERÓN, 2017, p. 34), afastando-se de um esboço preponderantemente patrimonial.

O referido deslocamento é relevante, porque diante do perfil funcional da situação jurídica,¹⁰ conclui-se que as situações jurídicas existenciais são função social, enquanto as

¹⁰ O perfil funcional analisa a finalidade das situações jurídicas pela sua relevância ante o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. O referido perfil é reunido com o perfil do interesse para identificação comparativa entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais. O perfil do interesse se presta a identificar qual o interesse

patrimoniais têm função social (PERLINGIERI, 2008, p. 107). O aludido perfil auxilia, ainda, a distinção qualitativa operada entre as relações patrimoniais e existenciais, pelo que se conclui por existencial a situação jurídica que cuja finalidade precípua e imediata consiste na promoção do livre desenvolvimento da personalidade do seu titular, e por patrimoniais as demais situações jurídicas que apenas de forma mediata servem ao mesmo fim (MEIRELES, 2009, p. 39).

Por essa distinção, é admissível colocar a família como uma relação jurídica existencial que apenas mediatemente serve ao propósito patrimonial. A filiação é então remodelada pela doutrina da repersonalização do direito civil como uma situação jurídica existencial cuja finalidade é o livre desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes em atenção à sua dignidade inerente, “[...] afinal a unidade familiar, assentada em relações de afeto, exerce importância fundamental no processo de formação da pessoa.” (MENEZES, 2018, p. 7).

A personalização do direito de família incorpora critérios axiológicos na racionalidade formal do direito civil com fundamento na dignidade da pessoa humana, (BRANDELLI, p. 6, 2002). Por essa razão, a filiação passa a ser compreendida como “[...] a relação de ascendência e descendência entre pessoas ligadas pelos vínculos biológicos, jurídicos e/ou socioafetivos” (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 382).

As filiações biológica (por consanguinidade) e civil por adoção não correspondem a um desdobramento da repersonalização do direito civil, embora sejam funcionalizadas por esse fenômeno. As filiações civis por socioafetividade ou por reprodução assistida heteróloga, por sua vez, são imediatamente nutridas por esse paradigma e refletem, em alguma medida, o vínculo afetivo existente ou expectável entre pessoas sem vínculo biológico ou jurídico por adoção.

O afeto, desse modo, transcende o mundo da vida e repousa (consistentemente ou não) no mundo dos fatos jurídicos, podendo ser causa de filiação civil com fundamento no artigo 1.593 do Código Civil, conforme interpretação conferida à expressão “outra origem” pelo enunciado n. 103 editado na I Jornada de Direito Civil¹¹ realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

A filiação jurídica, independentemente da origem, repercute de forma igualitária na aquisição de direitos e imposição de deveres, encontrando seu possível ponto de convergência

presente no núcleo de existência de determinada situação jurídica, que pode ser patrimonial, existencial ou conjugar características de ambas (PERLINGIERI, 2008, p. 106).

¹¹ O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

no princípio da afetividade que visa a justificar as múltiplas origens filiatórias. Nesse sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2010, p. 72) argumentou que a própria entidade familiar, em primeiro lugar, nutre-se pelo afeto ao ponderar que “[...] se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura [...]”

A defesa do afeto como elemento necessário à existência das relações familiares é realizada de forma decisiva por Rodrigo da Cunha Pereira, ao asseverar que:

Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o ‘afeto que conjuga’. E assim, o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como verdadeiro sustento do laço conjugal e da família. (PEREIRA, 2011, p. 194).

Se o afeto parece estar no plano de existência da filiação civil por socioafetividade, conforme sugere, ainda que não sistematicamente, a teoria da repersonalização, duas questões parecem relevantes: a primeira concerne ao procedimento de verificação do afeto para o reconhecimento da filiação socioafetiva. A segunda, mais ampla, cogita os efeitos da ausência de afeto e, por conseguinte, do descumprimento do caráter funcional da filiação, seja na sua origem ou supervenientemente.

A definição da segunda questão sujeita-se à conclusão acerca do afeto no plano de existência dos fatos jurídicos, motivo pelo qual ela é dependente dessa premissa e deve ser prorrogada para oportunidade futura de pesquisa. Ademais, não existem respostas prontas para um modelo de inquirição de ausência do afeto que possam ser referenciadas.

Por outro lado, há uma metodologia para apuração objetiva dessa conjuntura atrelada ao afeto, qual seja, a perscrutação da posse do estado de filho.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 510), “[...] a posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele, ou daqueles, que assume(m) o papel ou lugar de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos”.

A posse do estado de filiação é similarmente definida como um conjunto de circunstâncias fáticas que expressam a condição de filho por quem biologicamente não o é (GOMES, 1999, p. 324); pelo reconhecimento social dessa relação (NOGUEIRA, 2001, p. 113); ou ainda, de forma mais elaborada, pela ocorrência simultânea de três elementos entre os envolvidos: nome, tratamento e fama (FACHIN, 1996, p. 202).

Assim, é defensável que o afeto, na qualidade de sentimento que tende a ser substrato das relações familiares em geral, tenha um caráter subjetivo. Afinal, não há posse sem elemento anímico.

Em uma tentativa de objetivação da apuração da evidência do afeto, Ricardo Calderón alimenta uma distinção entre o amor, o afeto e a afetividade e socioafetividade:

O amor é estranho ao Direito (no seu formato atual). Há que se afastar qualquer confusão com o amor quando da significação da afetividade, posto ser o primeiro um sentimento subjetivo que escapa ao Direito, enquanto a afetividade se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizadora que é cognoscível juridicamente. (CALDERÓN, 2017, p. 152).

Diante disso, por considerar que os elementos de tratamento, nome e fama bem expressam condições objetivas mínimas para apuração da afetividade, eles são pressupostos quando mencionada a posse do estado de filho. Para esclarecer o seu alcance, tem-se que o tratamento representa o comportamento dos sujeitos envolvidos e deve indicar que eles se tratam, reciprocamente, como se respectivos filhos e pais fossem, incumbindo a esses últimos demonstrar sua assistência moral e material àqueles sob seu cuidado. O segundo elemento decorre da utilização pelo pretense filho do patronímico do pai ou da mãe.¹² E, por fim, o reconhecimento social daquela relação paterno ou materno-filial é também relevante para justificar o vínculo jurídico entre eles (ALMEIDA, 2015, p. 210-211).

A definição da posse do estado de filiação, como uma atividade concreta que exprime o afeto, pode sugerir que as manifestações de cuidado, ordinariamente apresentadas por companheiros ou cônjuges em relação aos filhos daqueles que com eles se relacionam, sejam sempre uma hipótese determinante para o reconhecimento da filiação socioafetiva, o que pode, inclusive, motivá-los a agir de forma preventiva, afastando-se dessas crianças e desses adolescentes, não obstante a manutenção do vínculo conjugal com suas mães e pais. A insegurança jurídica provocada pela definição da posse do estado de filho foi também observada por Renata Barbosa de Almeida (2015, p. 210), ao citar os malefícios da preterição da autonomia subjetiva nesses casos, ou seja, do *animus* filiatório.

A questão aqui é bastante simples. Faz sentido insistir na relevância do afeto se ele puder ser sobreposto à posse de estado de filho? São figuras sinônimas?

¹² Possibilidade juridicamente reconhecida desde 2009, com a promulgação da Lei 11.924 que alterou o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.

Fato é que o Provimento n. 63, editado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2017), que dispõe sobre o reconhecimento e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, exige a voluntariedade. E mais: exige prova do afeto, com a listagem de documentos e possibilidades probatórias para tal mister. Vale dizer, exige-se, além da exteriorização social da maternidade e/ou paternidade socioafetiva, a manifestação de vontade consciente das partes afetadas pelo vínculo filiatório, sem a qual ela não se concretiza.

A relevância da vontade para formação do vínculo intitulado socioafetivo já é evidenciada por Renata Barbosa de Almeida, quando ela firma que:

Para além da posse de estado, porém, entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquele que age como se genitor (a) fosse de ser ver juridicamente instituído pai ou mãe. Assim, porque nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, comportam, até mesmo, execução compulsória. Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena de – uma vez desmerecida a real vontade do pretense ascende – lhe suprimir a essência, qual seja, sua edificação espontânea e pura. (ALMEIDA, 2015, p. 210).

De fato, com o afunilamento da doutrina do afeto e da sua aproximação prática com a teoria da posse do estado de filiação, a socioafetividade pode insinuar um elo minguento com qualquer conotação subjetiva que possa ser atribuída ao sentimento de afeição, assim como com o romantismo subjacente ao seu advento no direito civil. Paralelamente, sem a vontade, parece não ser possível cogitar a existência de filiação de qualquer espécie, o que reafirma a relevância da volição que, nesse contexto, expressa também o reconhecimento do direito civil ao desenvolvimento livre da personalidade dos particulares que atuam, autonomamente, na formação dos seus vínculos familiares.

Diante disso, situado o embate entre o afeto e a vontade, antes de perquirir o enquadramento nos arquétipos próprios da tradicional teoria dos fatos jurídicos, cabe investigar a juridicização da vontade na formação e no desenvolvimento do direito civil e como produto da liberdade de planejamento familiar.

3 A VONTADE NA TEORIA DO FATO JURÍDICO E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A centralidade que a autonomia privada¹³ ocupa no desenvolvimento do direito civil justifica a estruturação argumentativa de base literária que se pretende nesta seção, para que, ao final, ela possa ter sua relevância demonstrada para o fito da compreensão da vontade e do afeto à luz da teoria dos fatos jurídicos, especialmente da filiação civil socioafetiva. Para explicar essa centralidade, destaca-se que a autonomia privada se relaciona com os institutos fundantes da parte geral do direito civil e pressupõe personalidade jurídica, capacidade de direito e de exercício diante de atos jurídicos volitivos, pois anuncia a aptidão da pessoa natural para formular, fazer inferências, revisar e concretizar posições e atos jurídicos de forma consciente, responsabilizando-se por eles.

Trata-se, portanto, de um poder jurídico de disposição e de criação de normas jurídicas que tem no negócio jurídico o seu correlato imediato (FERRI, 2001, p. 88; 246-253). Contudo, a vontade não é exclusividade dos negócios jurídicos, sendo igualmente capital para a formação do ato jurídico em sentido estrito.

Se não há afeto sem elemento anímico (eis que se trata, essencialmente, de um sentimento de afeição), a própria afetividade, enquanto panorama mais amplo aferível na dinâmica intersubjetiva, também sofre alguma influência da vontade. E isso não significa comprometer a sua comprovação, uma vez que, mesmo tendo cunho subjetivo, os vínculos de afeição não se tornam voláteis a ponto de não poderem ser demonstrados pelos meios admitidos em direito.

Logo, a aparência do afeto parece desempenhar uma atividade de redimensionamento semântico-prático para os caracterizadores da posse de estado de filho. Afinal, nome e fama são absolutamente verificáveis no campo objetivo da aparência da experiência social. Todavia, o tratamento exige maior atenção. Afinal, o tratamento é absolutamente vinculado ao elemento anímico, o que não impede a sua comprovação em juízo. A figura do tratamento, enquanto aspecto que colabora na definição da posse de estado de filho, não se confunde com a mera aparência de tratamento. A aparência de tratamento é a fama. Por conseguinte, o tratamento há de ser algo mais.

O que marca a distinção do tratamento em relação à fama é, exatamente, o alegórico do afeto, entendido como vínculo de afeição, ou seja, liame estabelecido entre prole e pai ou mãe,

¹³ A autonomia expressa uma capacidade pessoal de autodeterminação e autogoverno que é constantemente associada à liberdade individual e integra as concepções diversas e significativamente controversas nas construções teóricas filosóficas, políticas e críticas que recorreram a ela (SOUZA; LEITE; OLIVEIRA, 2021, p. 2). Dessa forma, a fim de oferecer uma delimitação conceitual, esclarece-se que o emprego do substantivo autonomia associado à partícula privada é empregado neste artigo para restringir o direito civil como seu âmbito de análise, no qual ela expressa tradicionalmente o poder de disposição conferido pela norma jurídica às pessoas, a fim de que estas criem as normas que irão reger as relações entre elas, reservando-lhes espaços de ação livre.

que faz emergir posturas de cuidado, de responsabilidade, de reconhecimento de autoridade. É um elo que se sedimenta no tempo, com a reiteração de comportamentos que, simultaneamente, evidenciam o tratamento (fama = evidência do tratamento) e efetuam o desenho subjetivo da relação (o tratamento propriamente dito, sublinhado pelo afeto, no plano ontológico).

Na posse de estado de filho, a inteligência do tratamento atrelado ao alegórico do afeto é o que faz com que não seja possível o reconhecimento da filiação apenas com os elementos da fama e do nome.

Portanto, o afeto, enquanto vínculo de afeição, depende do elemento anímico, em alguma medida. E se esse fator é o que determina o vínculo afetivo, o delineamento de seu papel na teoria dos fatos jurídicos é igualmente relevante, ainda que como caracterizador de um dos aspectos da posse de estado de filho, que, por sua vez, é parte proeminente do modelo da filiação civil socioafetiva.

Na teoria do fato jurídico, são os elementos nucleares que marcam a diferença entre as espécies desse gênero. Os fatos jurídicos em sentido estrito dispensam a conduta humana e a vontade. Os atos jurídicos, por sua vez, impescindem da conduta. (MELLO, 2013).

Na classe dos atos jurídicos amplamente considerados, os atos-fatos existem a partir da conduta humana, mas a vontade não desempenha nenhuma função para a sua concreção. Os atos jurídicos em sentido lato, a seu turno, apenas existem se é presente a vontade, independentemente de sua forma de exteriorização.

O ato-fato jurídico configura-se quando há previsão no suporte fático da norma de uma situação que se materializa por um ato humano omissivo ou comissivo, o qual é pressuposto avolitivo. O ato-fato jurídico compreende os atos reais, indenizativos e caducificantes (MELLO, 2013, p. 136). Os atos reais implicam condutas objetivas que, independentemente da vontade do particular, resultam em fatos jurídicos. Os atos indenizativos derivam de atos lícitos que, apesar disso, impõem ao seu responsável o dever de indenizar pelos eventuais danos causados, independente de sua vontade de causá-los. Por fim, são atos caducificantes aqueles nos quais tem-se a caducidade de determinado direito independentemente de ato culposo, não levam em consideração o elemento volitivo como determinante do ato omissivo do qual resultam (MELLO, 2013, p. 140).

Até aqui, pode-se entender, como consectário lógico do argumento tracejado, que, se o elemento anímico transparece entre a vontade e o afeto (no campo do tratamento), não faz sentido pensar a filiação civil socioafetiva como ato-fato. A procriação entre duas pessoas, pelos meios naturais, sem que haja coação ou condicionamento da conduta, pode configurar-se como ato-fato. De outro lado, quando a conduta é pautada em violência, por exemplo, nem mesmo a

filiação biológica se concretiza,¹⁴ diante da autorização legal para o aborto, que decorre da premissa máxima de que um vínculo familiar não pode surgir da ilicitude do ato para responsabilizar a vítima.

Ao trabalho, sobram dois estratos possivelmente úteis, que podem encampar a filiação civil socioafetiva. Trata-se do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico. A distinção havida na literatura jurídica fica por conta de dois critérios mais comuns: o da forma de expressão da vontade, conforme seja manifestação, declaração ou exteriorização (= ato ou omissão) material (COSTA, 2009, p. 111);¹⁵ ou a possibilidade de escolha da categoria jurídica, razão pela qual a manifestação acarreta repercussões eleitas pela pessoa ou, lado outro, preconizadas pela norma jurídica (MELLO, 2013, p. 199).

Ocorre que a constituição do vínculo de filiação socioafetiva resulta do direito constitucional ao livre planejamento familiar. Assim, a vontade consciente é fundamental no plano de existência dessa sorte de filiação, que é instrumentalizada pela autonomia privada.

Dispensar a vontade para o cerne do núcleo do suporte fático da filiação civil socioafetiva pode equivaler ao absurdo de reconhecer o vínculo entre pessoas que não desejam constituí-lo e que, sem qualquer afeição, nem mesmo se reconhecem enquanto familiares.

Por outro lado, nem toda expressão de vontade pode ser reivindicada com fundamento na autonomia privada. A autonomia privada designa parte da liberdade individual, mas nem toda expressão da liberdade individual pode ser objeto de disposição pela autonomia privada quando a lei assim não autoriza. Disso decorre a afirmação de que “[...] a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial” (PRATA, 2016, p.14-15).

Ainda em atenção à vontade, constata-se fenômeno interno ao direito civil que simultaneamente eclode em instâncias de liberdade e não liberdade aos particulares em suas

¹⁴ É amplo o debate nesse sentido. “A imposição de uma gestação não consentida é a tal ponto capaz de afetar os direitos humanos da mulher, que a legislação brasileira excetua a proibição do abortamento em caso de feto anencefálico e nas hipóteses em que há gravidez proveniente de estupro, mas se exime de tratar abertamente do ato voluntário, como se a ausência de regulamentação impedisse a prática do abortamento na realidade social.” (MENEZES; BELTRÃO, 2018, p. 334).

¹⁵ “A diferença fundamental entre essas espécies está em que os atos jurídicos *stricto sensu* não declaram vontade decisória, apenas manifestam ou declaram vontade assertórica. É dizer, trata-se de declaração de vontade em sentido débil. Mesmo quando declaram vontade, de conseguinte, o seu conteúdo não é decisório, mas emissão de enunciado assertórico. A vontade aí está em afirmar, dizer, clamar, proclamar, exortar, avisar, pedir, etc., sendo enunciada através de comunicação de vontade, comunicação de fato (inclusive de sentimento) e enunciação assertórica sobre fato (declaração em sentido débil, indicativa). Já o negócio jurídico unilateral, diferentemente, tem na vontade decisória ou dispositiva o seu elemento nuclear, seja por meio de declaração de vontade forte, é dizer, em que o declarar é um fazer, ex-pondo, pondo para fora claramente o que há de determinativo no animus ou, nalguns casos, através de exteriorização material de vontade decisória ou dispositiva.” (COSTA, 2015, p. 110).

relações jurídicas.¹⁶ O poder de ação livre oriundo da autonomia privada é limitado pelo próprio sistema jurídico que o constitui. Por essa razão, Bruno Torquato de Oliveira Naves afirma tratar-se de “[...] um poder atribuído aos particulares pelo Direito cujas manifestações de vontade encontram-se em conformidade com o ordenamento jurídico vigente e não um poder advindo da vontade e reconhecido pelo Direito” (NAVES, 2014, p. 96).¹⁷

Assim, ou a vontade é manifestada, ainda que de forma débil, no sentido de meramente comunicar a pré-existência do vínculo de afeição que têm o condão de orientar os efeitos do exercício; ou a vontade é exteriorizada para implementar um projeto familiar, ante a escolha expressa da categoria de negócio.

A essa altura, uma indagação relevante é a quem importa a manifestação de vontade. Dito de outra forma: incapazes podem manifestar vontade? Bem se sabe que a normativa acerca da capacidade civil (BRASIL, 2002; BRASIL, 2015) não tolhe o exercício de direitos existenciais aos incapazes de fato (incapacidade diz respeito apenas ao exercício de direitos de cunho patrimonial).

Logo, a interrogação deve ser articulada em outro giro: para o arranjo da filiação civil socioafetiva é possível escolher a categoria ou apenas cabe comunicar a vontade débil de reconhecer a sua existência? E mais: caso a escolha de categoria do negócio seja viável, a sua formação depende da reciprocidade da vontade?

4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS

Perspectivado o direito à filiação civil como produto integrante da liberdade individual, a autonomia privada, como dito, recai especificamente sobre a liberdade de planejamento familiar, com fundamento no parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição da República e no parágrafo 2º, do artigo 1.565, do Código Civil, permitindo que a decisão de ter ou não filhos; a quantidade e o momento para tê-los seja colocada em exercício pela autonomia privada.

A compreensão do direito civil, portanto, como imanentemente inteligível e erigido do princípio fundamental da autonomia privada, impõe a rejeição da ideia de que as relações familiares tenham qualquer função que torne o interesse dos seus membros secundários ou meramente instrumentais.

¹⁶ “Na família, essa liberdade se manifesta em diversas circunstâncias: na escolha do modelo de entidade familiar e do regime matrimonial de bens; na criação e educação dos filhos ou na opção por não tê-los; na opção dos cônjuges de terem domicílios próprios ao invés de domicílio comum; na adoção dos apelidos de família, dentre outros.”

¹⁷ Ver também: MEIRELES, 2009, p. 74; AMARAL NETO, 1989, p. 213; PRATA, 2016, p. 13.

Por certo, a autonomia privada nas relações familiares deve ser identificada pelo uso do predicativo existencial, a fim de indicar que essas relações estão sendo constituídas sobre direitos subjetivos de personalidade que, em última análise, fornecem o conteúdo sobre o qual recai a autonomia privada. A relevância desse tipo de recurso linguístico funda-se na necessidade de evidenciar, sempre que necessário, a experiência de um regime qualitativamente diverso para essas relações jurídicas, conforme proposto por Ana Carolina Brochado Teixeira (2018).

Rose Melo Venceslau Meireles destaca a importância da coexistência de regulações protetivas e promocionais para exercício das situações jurídicas existenciais:

A tutela positiva das situações jurídicas existenciais permite que a autonomia privada possa ser também instrumento de regulação de interesses existenciais, a fim de garantir o livre desenvolvimento de seu titular. É chamada positiva porque realizada mediante a autodeterminação do sujeito, muitas vezes, com colaboração de outrem; enquanto que a tutela negativa diz respeito a comportamentos omissivos gerais, os quais têm repercussão jurídica apenas depois da lesão. (MEIRELES, 2010, p. 57).

Dessa forma, é essencial que “[...] a ordem pública seja aberta a todas as manifestações de escolhas de vida que sejam merecedoras de tutela.” (TEIXEIRA, 2010, p. 102). Portanto, não é o motivo pelo qual as pessoas agem de uma forma ou de outra na regência dos seus planos de vida que deve ser utilizado para justificação e prescrição normativa. Uma relação comprometida de cuidado pode estar fundada no afeto tanto quanto uma relação eventual e descomprometida, esporádica. É a vontade admitida para a escolha da categoria do negócio (vínculo parental-filial, cuidado altruístico, guarda de fato etc.) que permite que uma delas ganhe configuração diversa de outra.

Nesse sentido, o afeto, por sua vez, não é o único aspecto a ser considerado na experiência humana para que se reconheça filiação civil socioafetiva. Além dele, enquanto parte da noção do tratamento para a concretização da posse de estado de filho, há ainda que se perquirir, com fundamento no livre planejamento familiar, a categoria relacional eleita a partir da vontade.

Isso coloca em pauta o fato de que a filiação denominada socioafetiva tem sido repercutida pela doutrina da repersonalização do direito civil como uma espécie de filiação civil demarcada pela verificação de relação afetiva materno ou paterno-filial entre pessoas não vinculadas por laços de consanguinidade, como similarmente ocorre com a filiação derivada do

processo voluntarista de adoção. A diferença é que a filiação socioafetiva é fruto de um relacionamento espontâneo que perdura, que se envolve no afeto, *ex ante*.¹⁸

Questionar a qualificação jurídica do afeto e da vontade no plano da existência dos fatos jurídicos significa discutir a sua relevância para a substancialização da filiação civil socioafetiva. Sobre o suporte fático, esclarece Marcos Bernardes de Mello que:

Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos. (MELLO, 2013, p. 57).

A depender do suporte fático da filiação socioafetiva, ela pode ser considerada como produto de um fato ou de uma conduta volitiva, conforme se conclua pela necessidade da vontade. Definir as alternativas é fundamental para esclarecer quando as relações sociais discutidas no âmbito do cuidado se tornam, de um lado, parentais, ou, noutra extremo, inexistentes. A vontade de manifestação pode ser aferida, reputada nula ou anulável pelos vícios de consentimento.

Para exame da espécie de fato jurídico que se modela como filiação civil socioafetiva é, então, fundamental retomar a discussão acerca do elemento nuclear do suporte fático para a sua existência¹⁹ no mundo jurídico. Para tanto, inicialmente, cabe delimitar a essencialidade (ou não) de um ato humano somado ao elemento volitivo para a composição do suporte fático suficiente da filiação dessa espécie.

Diante disso, o afeto – exteriorizado também pela posse do estado de filho – e a vontade são elementos cuja concreção é dependente de um ato humano, razão pela qual é a filiação socioafetiva, em qualquer hipótese, não pode ser tida como fato jurídico *stricto sensu*.²⁰

¹⁸ O elemento tempo está sendo considerado porque se o desejo de se tornar pai ou mãe de outrem é imediato à apresentação dos envolvidos, ter-se-ia hipótese que deveria ser conduzida pelo processo de adoção.

¹⁹ Antecedendo, por regra, qualquer ponderação acerca do plano de validade e eficácia do vínculo de parentesco.

²⁰ Ainda que seja defensável a ideia de que a filiação jurídica biológica possa enquadrar-se na categoria dos fatos jurídicos em sentido estrito, tal ideia parece não prosperar. Em todo caso de filiação, há de haver ação e o elemento anímico, até porque se trata de direito existencial para a qual a vontade dos incapazes tem guarida do ordenamento jurídico. Certamente, essa vontade pode ser invalidada. Logo, mesmo na filiação jurídica biológica, é essencial a vontade livre. Negar o papel da vontade para a filiação biológica seria o mesmo que reconhecer o vínculo decorrente do absurdo de uma parentalidade meramente biológica que se estabelece a partir de um furto de um biobanco de material humano voltado à reprodução. Igualmente absurdo seria o reconhecimento de parentalidade, sem nenhuma vontade, quando a gestação guarde relação com violência sexual praticada contra homem ou contra mulher, sem que jamais tenha havido a intenção da vítima na constituição de família. Por fim, vale destacar que não parece caber imputar a parentalidade à vítima de violência sexual em nome do interesse da criança. Afinal,

Dentre os atos jurídicos em sentido lato, a filiação civil socioafetiva também não se subsume à feição do ato-fato jurídico. Apesar das divergências doutrinárias acerca da pertinência da classe dos atos-fatos jurídicos, é certo que nessa não se inclui a filiação civil socioafetiva, eis que, como demonstrado, a volição é determinante desse desenho. No máximo a filiação jurídica biológica oriunda de reprodução humana não assistida e sem violência pode ser qualificada como ato-fato, se desconsiderada for a vontade para a concepção no ato da conjunção carnal.²¹

Ato jurídico *lato sensu* é espécie de “[...] fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível, (MELLO, 2013, p. 144). Os atos jurídicos *lato sensu* classificam-se em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. E, em todos os casos, são essenciais para sua verificação os seguintes elementos: ato humano volitivo, consciente e direcionado à obtenção de um resultado possível e não proibido pelo direito. A vontade que pode integrar o suporte fático da norma deve ser manifestada, de forma declarada ou não, conforme a espécie em análise.

Nesse sentido, concorda-se com Adriano Soares da Costa, segundo o qual a manifestação de vontade é gênero do qual a declaração de vontade e manifestação *stricto sensu* de vontade são espécies:

a) declaração de vontade, (b) manifestação adeclarativa de vontade - é dizer, manifestação de conhecimento, manifestação de vontade e enunciação assertórica de fato (declaração débil, não-decisória, indicativa) -, e (c) exteriorização material de vontade.[...] Manifesta-se vontade formalmente, declarando-a. É assim nos mais importantes negócios jurídicos bilaterais, de que são espécies os acordos, convênios e, sobretudo, os contratos. Manifesta-se vontade, também, sem declará-la, através de proposições com conteúdo volitivo diverso, como a comunicação de vontade, a comunicação de conhecimento (ou sentimento) e a enunciação assertórica sobre fato. Finalmente, manifesta-se vontade adeclarativa mediante a sua exteriorização material ilocucionariamente decisória ou dispositiva. (COSTA, 2015, p. 111).

Em todo caso, frisa-se que:

[...] somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de ato jurídico. A necessidade de que o elemento volitivo da conduta seja conhecido das pessoas constitui imperativo de ordem prática, vivencial, que o direito incorpora. A vontade que permanece interna, como acontece com a *reserva mental*,

ambas reclamam a proteção do Estado, sendo inviável exigir da vítima que cuide do fruto da violência por ela sofrida. Vale frisar: nesses casos, independentemente do interesse da criança e do adolescente, não há que se falar em filiação, seja ela socioafetiva ou biologicamente fundada.

²¹ Abre-se, aqui, uma divergência com a conclusão apresentada por Marcos Bernardes de Mello (2013, p. 160), de que a filiação biológica pode ser tida por espécie de ato jurídico *stricto sensu*.

não serve à composição de suporte fático do ato jurídico, pois que de difícil, senão impossível, apuração. (MELLO, 2013, p. 144).

A compreensão da vontade, nestes termos, não implica necessariamente a conclusão de que a filiação socioafetiva apenas se concretize quando a vontade é declarada por instrumento público ou particular, uma vez que a vontade pode ser exteriorizada também por simples manifestações. A declaração e a manifestação são formas distintas de exteriorizar a vontade.

A vontade exteriorizada e consciente – com *animus* de constituir filiação – está direcionada à concreção de uma situação protegida pelo direito civil, tornando o ato jurídico que dela decorre, um ato jurídico existente. Existente o ato jurídico, resta identificar, portanto, qual a sua espécie, se ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico, a fim de determinar o elemento cerne e eventual completante do seu suporte fático.

O ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico são estruturalmente distintos. Entretanto, a diferença central não é a bilateralização, haja vista que negócios jurídicos também podem ser unilaterais.

Marcos Bernardes de Mello (2013, p. 159-163), ao considerar as duas espécies, sugere que a distinção consiste no fato de que da manifestação unilateral de vontade somada a um fato, nasce o ato jurídico *stricto sensu*, cuja eficácia está predeterminada pela lei e se concretiza sem que a vontade possa atuar para modificá-la, para ampliá-la, restringi-la ou evitá-la. Por outro lado, a vontade manifestada ou declarada no negócio jurídico compõe o suporte fático de certa categoria jurídica, elegível pelo particular, com a finalidade direcionada à obtenção de determinados efeitos jurídicos, predeterminados ou não pelo sistema jurídico.

Ao analisar o poder de escolha da categoria jurídica como elemento distintivo basilar entre o suporte fático dos negócios e dos atos jurídicos *stricto sensu*, conforme adotado por Marcos Bernardes de Mello, Adriano Soares da Costa (2015) denuncia o equívoco de se recorrer ao plano da eficácia em detrimento da análise do conteúdo para operar a distinção entre os fatos jurídicos. Sucessivamente, como exposto outrora, ele recorre às espécies de exteriorização da vontade que compõem o núcleo do seu suporte fático para oferecer uma alternativa consistente com a taxionomia dos fatos jurídicos de Pontes de Miranda.

Assim, quando perspectivada a relevância da vontade nessas duas espécies, conclui-se que nos atos jurídicos *stricto sensu* a vontade é meramente assertórica e não decisória. Por outro lado, nos negócios jurídicos, mesmo unilaterais, a vontade decisória ou dispositiva constitui o seu elemento nuclear.

Diante disso, possível situar nas diferentes espécies de manifestação de vontade a diferença substancial entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico, uma vez que apenas

a manifestação adeclarativa, assertórica de fatos (sem conteúdo dispositivo) é relevante para o suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu*.²² Por outro lado, são os negócios jurídicos dependentes de manifestações de vontade formalmente declaradas ou materialmente exteriorizadas, ambas dotadas de força decisória. (COSTA, 2015, p. 111-112). É exatamente essa vontade de cunho material que é apta à escolha da categoria da relação, o que é característica própria dos negócios jurídicos.

Apresentada a distinção necessária entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, posto que ambos se originam de uma manifestação de vontade, é possível dar continuidade ao objetivo de classificar a filiação civil socioafetiva, sendo certo que a vontade se inclui como elemento cerne do suporte fático. Continua em aberto a forma de exteriorização da vontade a possibilidade de o afeto apresentar-se como elemento completante do núcleo.

A esse propósito, vale destacar que o reconhecimento da filiação socioafetiva, nos termos do Provimento nº 83 do CNJ, é uma forma qualificada de exteriorização da vontade. A manifestação e a declaração são, nesse sentido, relevantes para definição da concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica relacionada à filiação socioafetiva. A falta da vontade importa inexistência do vínculo, posto que a manifestação e a declaração:

[...] são dados que completam o núcleo, donde a sua presença constituir *elemento essencial à concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica*, portanto, à própria existência do ato jurídico. Daí decorre que, se a norma jurídica exige, como elemento do suporte fático de certo ato jurídico, que a vontade seja exteriorizada mediante *declaração*, a exteriorização por outra forma não bastará a que se possa considerá-lo existente; vale dizer: quando exigida pela norma jurídica, a falta da declaração acarreta a *inexistência* do ato jurídico, não somente a sua nulidade ou ineficácia. (MELLO, 2013, p. 145).

A vontade que está sendo exteriorizada, por declaração ou manifestação, deve ser ainda consciente. “[...] de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio” (MELLO, 2013, p. 146).

Assim, se alguém auxilia moral e materialmente o filho de outrem, a ponto de se configurar a posse de estado de filho, se não houver vontade para a formatação da parentalidade socioafetiva, não se constitui a categoria (categoria da filiação). Afinal, nome, fama e tratamento (ainda que alegorizado pelo afeto) podem descortinar cuidado despretenhioso,

²² No caso de filiação civil por reprodução humana heteróloga, trata-se de ato jurídico em sentido estrito não receptício. A vontade é cerne do suporte fático. Sem ela, não há filiação. É exatamente por isso que, no caso de doação de material genético, ainda que se esteja diante do direito de conhecimento da ancestralidade genética, não há filiação. Também é ato jurídico em sentido estrito o reconhecimento de paternidade ou maternidade não resultante de casamento. Isso porque quem declara a filiação apenas exterioriza o conhecimento de fato sem que haja qualquer escolha de categoria jurídica.

guarda de fato, dentre outras categorias. Vale dizer, a inexistência de vontade de categoria leva à inexistência da filiação socioafetiva.

Por outro lado, caso haja a vontade de categorização da relação como sendo filiação civil socioafetiva pretérita, exige-se também a existência da posse de estado de filho, que se expressa por fama, uso do nome e tratamento, este último de cunho subjetivo e pautado no afeto. Sem afeto, não há tratamento de parentidade-filiação. Sem tratamento, não há posse de estado. Sem posse de estado, mesmo que haja vontade de constituição da filiação civil socioafetiva, ela não se forma. Nesse sentido, por exemplo, mesmo que todos desejem, pode ser rechaçada a filiação socioafetiva em nome do melhor interesse da criança, para que ela não se vincule a uma pessoa em relação a qual inexistem laços de afeição (eis que o tratamento é diverso daquele existente entre pai ou mãe e filho). Para esse propósito, pode-se recorrer à adoção.

O afeto, a seu turno, é alegórico do tratamento, dentre os atributos da posse de estado de filho. Afinal, tratamentos podem ser muitos. Apenas o tratamento subjetivamente marcado pelo vínculo de afeição que liga mãe ou pai a seus filhos e filhas serve para a delimitação da posse de estado de filiação. O afeto é, pois, componente do suporte fático da filiação civil socioafetiva, enquanto elemento completante do núcleo. É esse vínculo de afeição subjetivamente sedimentado que dá feição à categoria do negócio firmado.

Tal conjectura permite concluir que a filiação civil socioafetiva possui natureza de negócio jurídico extrapatrimonial ou existencial. Assumir a filiação socioafetiva como espécie de negócio jurídico consiste em compreendê-la tal como o modelo que soma a vontade à posse de estado (marcada pelo afeto no âmbito do aspecto do tratamento). Trata-se, assim, de

[...] fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2013, p. 178).

No campo dos negócios jurídicos, ainda resta elucidar a bilateralidade da filiação civil socioafetiva.

No plano da satisfação dos interesses e carências humanas por meio de negócios jurídicos, há situações (a) em que o homem sozinho pode obtê-la e (b) outras em que somente é possível alcançá-la contando com a cooperação e a concordância de outro ou outros. (MELLO, 2016, p. 185)

Nesse contexto, distinguem-se os negócios jurídicos unilaterais (a) e bilaterais (b). Se a filiação socioafetiva for considerada proveniente de uma manifestação de vontade unilateral, essa manifestação seria suficiente à composição do seu suporte fático. Se assim fosse, pretensos pais e mães poderiam declarar-se em relação àqueles com os quais pretendem constituir o vínculo de filiação, independentemente de suas vontades, o que é incompatível com a prerrogativa de exercício de direitos de cunho existencial por pessoas, independentemente de suas capacidades de fato. A prole seria mero objeto do negócio jurídico unilateral firmado pela mãe ou pelo pai, instrumentalizada em função dos projetos familiares alheios. Essa hipótese é, intuitivamente, rejeitável. Sem o reconhecimento recíproco das próprias pessoas envolvidas, nem mesmo o decisor judicial pode declarar a filiação socioafetiva.

Ademais, aludindo brevemente ao plano de eficácia, recorda-se que os negócios jurídicos unilaterais, por não suporem nem provocarem reciprocidade ou correspectividade de manifestação de vontade, são regidos pelo princípio da incolumidade das esferas jurídicas, segundo o qual:

[...] o negócio jurídico unilateral somente pode interferir em esfera jurídica alheia para beneficiar, ou para formar negócio jurídico bilateral, quando possível (caso da *oferta* e *aceitação*). Se há interferência indevida que causa dano, existe contrariedade a direito e ilicitude. (MELLO, 2013, p. 188).

A filiação socioafetiva deve ser, portanto, considerada um negócio jurídico extrapatrimonial bilateral que nasce quando pretenso pai/mãe e filho materializam o *animus* (vontade) de constituir filiação.²³ Para o reconhecimento cartorário ou judicial, a vontade de categoria há de ser aferida juntamente com a posse do estado de filho, que se demarca, em parte, pelo afeto.

Sendo o reconhecimento voluntário diante do Cartório de Registro Civil, na forma do Provimento nº 83 do CNJ, pressupõe-se existente e desejável, pelos envolvidos, o exercício da posse de estado na espécie estudada, o que deve ser comprovado. Trata-se de negócio jurídico existencial bilateral solene (a solenidade que resulta da necessidade de registro civil, embora não lhe seja essencial à existência, é essencial à sua validade e eficácia).

Caso haja litígio entre as partes, ao magistrado, para declarar a filiação socioafetiva, cabe olhar ao passado para aferir se é possível comprovar a vontade recíproca manifestada conforme a categoria do negócio pretendido, bem como a posse de estado de filho.

²³ Por fim, no caso de adoção, verifica-se negócio jurídico existencial bilateral, haja vista que é mister a definição ostensiva da categoria da relação formada, qual seja, a de filiação civil, com manifestação correspectiva de vontade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manifestação da vontade, ou seja, do *animus* de constituir o vínculo paterno ou materno-filial, coloca-se crucial à configuração da categoria da relação de filiação civil socioafetiva pretendida pelas pessoas envolvidas. Isso faz com que a vontade componha, enquanto cerne, o núcleo do suporte fático da norma respectiva.

O afeto, experiência subjetiva e psíquica, tem a sua importância vinculada à posse do estado de filho, mais precisamente no que respeita ao atributo do tratamento. Se o afeto é determinante do reconhecimento recíproco da relação e das repercussões no plano da assistência material e moral, é fundante da natureza familiar do vínculo de filiação socioafetiva. Logo, pode ser enxergado no panorama dos elementos completantes do núcleo do suporte fático. Sem que haja o afeto, o tratamento cuidadoso não acarreta a percepção correspondente da filiação.

A filiação civil socioafetiva pode ser juridicamente compreendida na categoria dos negócios jurídicos existenciais bilaterais. Em todo caso, se uma das partes não desejar a categoria, a outra não pode ser forçada a subsumir-se ao exercício da vontade alheia, especialmente porque todas e todos são admitidos a manifestar vontade e a exercer direitos existenciais por si mesmos.

A ausência de elemento volitivo voltado à formação de relação específica implica não existir filiação civil dessa ordem, mesmo que esteja presente o afeto. Por outro lado, ainda que seja factual o *animus* de constituir o vínculo paterno ou materno-filial, sem que o afeto demarque a posse de estado de filho, não há que se cogitar da classe da socioafetividade (o que não impossibilita a formação da relação por outros meios, como o da adoção).

Por fim, registre-se que a vontade e o afeto podem provar-se pelos comportamentos que os ostentam socialmente. Vale dizer, a alegação da negativa da existência da vontade contemporânea ao eventual julgamento do pedido de reconhecimento de parentalidade civil socioafetiva não significa a impossibilidade de sua comprovação por atos de externalização socialmente aferíveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Filiação socioafetiva e sua desconstituição: uma análise crítica da decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. (Org.). **Direito das famílias: novas tendências**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 201-220.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRANDELLI, Leonardo. Atuação notarial em uma economia de mercado: a tutela do hipossuficiente. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 25, n. 52, jan./jun., 2002, p. 165–188.

BRASIL. Código Civil de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciados 103, da I, Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-iii-iv-e-v-jornadade-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000. Relator: Des. João Otávio de Noronha. Brasília, 26 de jun. de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, 7 de jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1916031/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. 3ª. Turma. Diário da Justiça Eletrônico, 05 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 05 maio 2011. Diário de Justiça eletrônico, 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 13 out. 2011.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Grupo GEN, 2017. 9788530977153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 30 out. 2022.

COSTA, Adriano Soares da. Distinção entre o ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico unilateral: breves anotações à margem de Pontes de Miranda. **Revista de Direito Privado**, v. 64, Ano 16, p. 105-115. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2015.

COSTA, Gizela Nunes da; RIBEIRO, José Edmar da Silva. Abandono e adoção como direito fundamental e adoção internacional como exceção no Nordeste brasileiro. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 17, n. 24, p. 123-144, jan. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1941>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai (estudo sobre o sentido e alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 586-587.

FERREIRA, Aurino Lima; ACIOLY-RÉGNIER, Nadja Maria. Contribuições de Henri Wallon à relação cognição e afetividade na educação. **Educar em Revista**, [S.l.], v. 26, n. 36, p. p. 21-38, maio 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/educar/article/view/17577>. Acesso em: 26 out. 2022.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

JORGE, Dilce Rizzo. Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil. **Revista Brasileira de Enfermagem**. 1975, v. 28, n. 2, p. 11-22. Disponível em: 10.1590/0034-716719750002000003. Acesso em: 06 out. 2022.

LEITE, Rafaela Fernandes. Constituição da sexualidade e autonomia das mulheres que se prostituem: contributos dos fundamentos de justiça e de liberdade para a ordenação das racionalidades estruturantes do direito privado. 2019. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 46, jan./mar. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. São Paulo: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza**, v. 23, n. 2, p. 1-13, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7990>. Acesso em: 30 out. 2022.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida; BELTRÃO, Silvio Romero. O direito à ancestralidade genética versus a prevenção ao abortamento e aos crimes contra os neonatos: análise com base no parto anônimo. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 16, n. 23, p. 331-347, jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2121>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MORAES, Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Rio de Janeiro, v.17,n.65,1993,p.21-32.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito na perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES J[UNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum (FUMEC)**, v. 5, p. 13-52, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de. A família e o idoso entre dois extremos: abandono e superproteção. **Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG)**, Belo Horizonte, v. 16, n. 31, p. 69-79, 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n31p69>. Acesso em: 02 nov. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. P.75-104.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Progresso, 2016. p. 227-248.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. 3.** ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VASCONCELOS, Ana Flávia Oliveira Aguiar. A reprodução humana assistida heteróloga e suas implicações no âmbito jurídico: o direito ao anonimato do doador versus o direito à identidade biológica. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 16, p. 88-120, 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p88>. Acesso em: 2 nov. 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

Submissão: 17/01/2023. Aprovação: 26/11/2023.