



FIDES



A erradicação do Trabalho Infantil



v. 9, n. 1, jan/jun., 2018

ISSN 2177-1383

FIDES, Natal, V. 9, n. 1, jan./jun. 2018.

ISSN 2177-1383

EDITORES GERAIS:

Alice Raquel Neves Ortiz, UFRN, Brasil

Brenda Borba dos Santos Neris, UFRN, Brasil

DIRETORIA DE EDITORAÇÃO

Beatriz Lodônio Dantas, UFRN, Brasil

Beatriz Moura Barbosa, UFRN, Brasil

Graciele de Araujo Dantas Targino, UFRN, Brasil

Khadja Vanessa Brito de Oliveira, UFRN, Brasil, UFRN, Brasil

Matheus Luiz da Silva Câmara, UFRN, Brasil

Milena da Silva Claudino, UFRN, Brasil

Sylvia Helena Cortez de Melo, UFRN, Brasil

Thayssa Meyrelles José, UFRN, Brasil

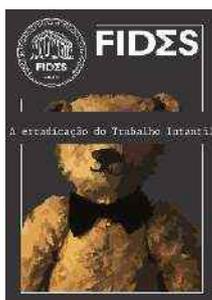
Victoria Louise e Silva Arboés Petronilo, UFRN, Brasil

PROFESSORES ORIENTADORES

Anderson Souza da Silva Lanzillo, UFRN, Brasil

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota, UFRN, Brasil

Zéu Palmeira Sobrinho, UFRN, Brasil



Edição da Capa

Khadja Oliveira

Diagramação: Brenda Neris

FIDES

Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade



EDITORIAL:

É com infinito entusiasmo que a Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES) lança mais uma edição. A 17ª edição conta com trabalhos advindos de todo o Brasil e Portugal. Honrando o compromisso de democratização do conhecimento, mais uma vez os artigos publicados procuraram manter a simplicidade, informalidade, e linguagem acessível a qualquer um que deseje ler.

Ademais, considerando o desafio de produzir ciência no Brasil, vale parabenizar a todos que pesquisam pela coragem e dedicação. Cumpre destacar, ainda, a qualidade e relevância dos temas que sustentaram as pesquisas dos autores que integram esta edição. A FIDES agradece a todos que escolheram a Revista como meio de publicação de seus trabalhos e assim contribuíram para mais um fluxo editorial do projeto.

Importa agradecer também a todos os membros do Conselho Editorial pelo empenho no trabalho de apoiar e caminhar junto aos autores durante essa jornada. Não obstante, imensurável gratidão aos professores que comporam o Conselho Científico desta edição, seja corrigindo artigos ou enviando seus trabalhos de enorme qualidade para a seção de artigos científicos convidados. Não seria possível materializar conhecimento algum sem o amparo de seus apontamentos.

Diante disso, o evento de lançamento da 17ª edição da Revista FIDES, optou com debater mais amplamente a questão da difícil labuta para a erradicação do trabalho infantil. Tema de extrema importância na atual conjuntura, onde se examina como tem-se tratado a proteção à essas crianças vulneráveis e que futuro se revela a elas. O evento é aberto ao público, sendo a participação livre ao interesse de cada um.

A FIDES deseja a todos uma excelente leitura.

Natal, 24 de maio de 2018.

Conselho Editorial.

CONSELHO CIENTÍFICO:

Adamo Perrucci (UFRN)

Adriana Valéria Pugliesi Gardino (FGV)

Ana Raquel Gonçalves Moniz (Universidade de Coimbra)

Alex Sander Xavier Pires (Universidade Autónoma de Lisboa)

Alexandre Libório Dias Pereira (Universidade de Coimbra)

Ana Beatriz Ferreira Rebello (UFRN)

Anderson Lanzillo (UFRN)

Anselmo Carvalho (UERN)

Artur Cortez (UFRN)

Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC)

Claudio Macedo de Souza (UFSC)

Cleanto Fortunato (UFRN)

Cledina Fernandes (UERN)

Cristina Manuela Araújo Dias (Universidade do Minho)

Demerval Nunes de Sousa Filho (UFPI)

Doris Ghilardi (UFSC)

Fabiana Dantas (UFRN)

Fernanda Holanda Fernandes (UFRN)

Fernando Eduardo Batista Conde Monteiro (Universidade do Minho)

Gudson Barbalho do Nascimento Leão (UFRN)

José Sérgio da Silva Cristóvam (UFSC)

Lauro Ericksen (TRT21)

Lucas Duarte de Medeiros (UFRN)

Miriam Cláudia Sousa Silva Afonso Brigas (Faculdade de Direito de Lisboa)

Patrícia Borba Vilar Guimarães (UFRN)

Ricardo Maurício Freire Soares (UFBA)

Sandra Tavares (Universidade Católica Portuguesa)

Úrsula Bezerra (UFRN)

Xisto Tiago de Medeiros Neto (UFRN)

Zéu Palmeira Sobrinho (UFRN)

ARTIGOS CIENTÍFICOS CONVIDADOS

- 8** **A CIÊNCIA E A CASA DE SALOMÃO: OBSERVAÇÃO E EXPERIÊNCIA COMO FUNDAMENTO BACONIANO NA NOVUM ATLANTIS**
ALEX SANDER XAVIER PIRES
- 31** **A GESTÃO DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL: UMA REFLEXÃO METODOLÓGICA**
CLÁUDIO MACEDO DE SOUZA
- 50** **A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A REALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS - BREVES CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DA REVOGAÇÃO DO “ENCONTRO RESTAURATIVO” PREVISTO NO ARTIGO 39.º DA LEI N.º 112/2009, DE 16 DE SETEMBRO**
MARGARIDA SANTOS
- 61** **NOTAS SOBRE A DIMENSÃO PÚBLICA DO CASAMENTO NA LEGISLAÇÃO DOS SÉCULOS XVII E XVIII. UMA PRIMEIRA ABORDAGEM**
MÍRIAM AFONSO BRIGAS
- 77** **PSICOPATIA, INFÂNCIA E (IR)REVERSIBILIDADE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DOS TRANSTORNOS DE CONDUTAS SOCIAIS**
LAURO ERICKSEN
MARIA CLAUDIA LEMOS MORAIS DO NASCIMENTO
- 101** **SOCIAL BUSINESS, OU EMPRESA SOCIAL**
ADRIANA VALÉRIA PUGLIESI
- 112** **TRABALHO INFANTIL: UM COMPLEXO DESAFIO POLÍTICO INTERCULTURAL**
ZÉU PALMEIRA SOBRINHO
- 139** **VIRTUDE, RAZÃO E CONFLITO: ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA, DO DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL PARA A CIDADE**
ANA CAROLINA GUILHERME COÊLHO

ARTIGOS CIENTÍFICOS

159

A TRANSGENERIDADE E O FEMINICÍDIO SOB UMA PERSPECTIVA REALEANA

ANNE HELOISE BARBOSA DO NASCIMENTO

ALICHELLY CARINA MACEDO VENTURA

178

DESMONTE DOS DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS POSTOS À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

CLARICE GOMES DE MEDEIROS MAIA

190

DOS EFEITOS DAS PENAS NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

DANIEL DAMASCENO LEITÃO

206

EFETIVAÇÃO DO PLURALISMO NO DIÁLOGO ENTRE REALIDADE ESCOLAR E SOCIAL

ALAN VICTOR NERES PAIXÃO

222

MEDIDAS DA CRIMINALIDADE: UMA APROXIMAÇÃO À CRIMINOLOGIA

CAMILA IGLESIAS

230

NOVOS CAMINHOS INCLUSIVOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA EM FACE DA LEI Nº 13.146/2015

AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA

RENAN RODRIGUES PESSOA

250

POLÍTICA, JUSTIÇA E PODER: O DESCRÉDITO NO LEGISLATIVO LEGITIMA UMA ATUAÇÃO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL?

ISABELA SANTOS DIAS

YAGO DA COSTA NUNES DOS SANTOS

- 268** **RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS**
LEONARDO ALBUQUERQUE MELO

LITERATURA E DIREITO

- 290** **A POLÍTICA DE ATENÇÃO À PESSOA LGBT NO ÂMBITO DO NÚCLEO DE JURÍDICA DA UFSC: A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NOS NÚCLEOS DE PRÁTICAS JURÍDICAS DO BRASIL**
CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO
DEISEMARA TURATTI LANGOSKI
- 298** **O CIBERESPAÇO E O DIREITO: BREVE REFLEXÃO**
ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA
- 300** **O DIREITO E A SÉTIMA ARTE: UM BREVE EXAME DO FILME 12 HOMENS E UMA SENTENÇA**
EDSON MATHEUS DANTAS VIEIRA
- 309** **O ESTATUTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: UM PASSO (EM) FALSO?**
PEDRO MIGUEL FREITAS
- 312** **O FILME LOVELESS: PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO DE FAMÍLIA**
MARIA PAULA BERTRAN
IARA PEREIRA RIBEIRO



A CIÊNCIA E A CASA DE SALOMÃO: OBSERVAÇÃO E EXPERIÊNCIA COMO FUNDAMENTO BACONIANO NA NOVUM ATLANTIS

Alex Sander Xavier Pires¹

RESUMO

O pensamento de Francis Bacon, ainda modernamente, é tema de reiterados debates, mormente quando se fala em ciência e técnica. Neste sentido, o presente artigo visa apresentar a síntese de sua proposta, partindo do binômio observação-experimentação em vias de perseguir o progresso científico tendo o homem como modificador da natureza. Para tanto, a obra Nova Atlântida – e, nesta, a Casa de Salomão – servirá como enredo de fundo para concretização da proposta.

Palavras-chave: Experimento. Ciência. Progresso. Nova Atlântida.

1 INTRODUÇÃO

Sucessor de Thomas More (1478/1535 d.C.) e contemporâneo de René Descartes (1596/1650 d.C.), Francis Bacon é um dos pilares de fundação² do que se convencionou

¹ Pós-Doutor em Direito (Portugal), Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas (Argentina), Doutor em Ciência Política (Brasil), Professor do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL/Portugal), Pesquisador/investigador do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (CEDIS/FD/UNL/Portugal), e Pesquisador/Investigador do Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas – Ratio Legis – da Universidade Autónoma de Lisboa (RL/UAL/Portugal).

chamar de Filosofia Moderna, cuja característica maior é a mudança do eixo de análise do conhecimento que, numa releitura da relação entre Deus, natureza e homem, intuiu as bases da virada científica assentada no reconhecimento da prevalência da racionalidade [humana] sobre a realidade das coisas³ que fez predominar "a idéia de conquista científica e técnica de toda a realidade, a partir da explicação mecânica e matemática do Universo e da invenção das máquinas, graças às experiências físicas e químicas" (Chauí, 2000, p. 57).

A base científica (contida especialmente na formulação do método indutivo⁴) e a virada crítica (desvelada na teoria dos ídolos⁵) da abordagem epistemológica sobre as coisas para distanciamento das falsas noções⁶, assentam as duas partes do que chamou de Grande Instauração – ou, Renovação –: a primeira, responde pelo que denominou de "parte construtiva"; e, a segunda, de "parte destrutiva"⁷.

Neste âmbito, pretende-se apenas a apresentação da razão final da construção que junte as duas partes numa bem assentada sociedade [utópica] que aceita e bem exerce a harmonia nas relações sociais pendendo para a felicidade, com notada base [de tolerância] religiosa e voltada ao progresso científico: a Nova Atlântida.

Portanto, quem pretender encontrar neste artigo um estudo aprofundado do pensamento baconiano ou um índice para compreensão de suas belas construções (ex vi, teoria dos ídolos, teoria da indução, etc.) ficará frustrado... Em verdade, a proposta que se inicia pretende, primeiramente, apresentar os fatos por detrás da construção de seu

² A que se soma: Descartes, Galileu, Pascal, Hobbes, Espinosa, Leibniz, Malebranche, Locke, Berkeley, Newton e Gassendi.

³ "A realidade, concebida como sistema racional de mecanismos físico-matemáticos, deu origem à ciência clássica, isto é, à mecânica, por meio da qual são descritos, explicados e interpretados todos os fatos da realidade: astronomia, física, química, psicologia, política, artes são disciplinas cujo conhecimento é de tipo mecânico, ou seja, de relações necessárias de causa e efeito entre um agente e um paciente" (Chauí, 2000, p. 56).

⁴ Dentre outras proposições: "XIV. O silogismo consta de proposições, as proposições de palavras, as palavras são o signo das noções. Pelo que, se as próprias noções (que constituem a base dos fatos) são confusas e temerariamente abstraídas das coisas, nada que delas depende pode pretender solidez. Aqui está por que a única esperança radica na verdadeira indução" (Bacon, 2005, p. 35).

⁵ "XXXIX. São de quatro gêneros os ídolos que bloqueiam a mente humana. Para melhor apresentá-los, lhes assinamos nomes, a saber: Ídolos da Tribo; Ídolos da Caverna; Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro" (Bacon, 2005, p. 40).

⁶ "XXXVIII. Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam" (Bacon, 2005, p. 39).

⁷ "A teoria dos 'ídolos', por sua riqueza e profundidade, subsiste como um dos aspectos mais fascinantes e de permanente interesse da filosofia baconiana. A ela se têm reportados os estudiosos dos assuntos de ideologia e, mais recentemente, dos problemas de comunicação. Contudo, dentro do projeto grandioso elaborado por Bacon, essa teoria ocupa apenas uma posição preliminar e constitui aquilo que ele mesmo chamou 'parte destrutiva' da Grande Instauração. A 'parte construtiva' começa com a formulação de um novo método de investigação da natureza, que permitiria um correto conhecimento dos fenômenos partindo-se dos fatos concretos, tais como se dão na experiência, ascende-se às formas gerais, que constituem suas leis e causas. Esse procedimento chama-se método indutivo" (Andrade, 2005, p. 13).

pensamento (influência do ceticismo moderno ou científico) que permita a compreensão das sutis – e brevíssimas – conexões com Descartes (racionalismo) e More (humanismo eclético que justificou a teoria política do socialismo utópico [Nasseti, 2006, p. 130]) que facilitem, num segundo momento, a abordagem sintética da sua obra póstuma: Nova Atlântida.

2 CONEXÕES: DERROCADA, DÚVIDA E DESVELAMENTO

A tomada de Constantinopla marca não só a queda do Império Bizantino, mas especialmente a derrocada do domínio dos dogmas e verdades levianas sobre a razão construídos pelas máximas de fé; e, isto, devido aos movimentos insurgentes que possibilitaram – em tom de exigência – uma nova construção social (fortalecimento dos burgos), comercial (renovação das práticas mercantis com a ascensão da burguesia), política (abertura do movimento expansionista culminando com a colonização de além-mar), econômica (acúmulo de riquezas pela burguesia – movimentação de divisas – e pelas Coroas – desvio de fontes naturais das novas colônias), militar (necessidade de proteção para o crescimento das cidades, proteção de fronteiras entre os Reinos, desenvolvimento para a armada e provimento bélico aos exércitos de dominação), religiosa (aversão aos santos domínios eclesiásticos romano-germânicos que culminou com a Reforma Protestante, entre outros movimentos), e, por fim, científica (afinal, as grandes navegações comprovaram que o mundo era "redondo").

Tais fatos puseram o homem no centro do debate e, com ele, a razão capaz de modificar a natureza em vias de dar respostas aos novos acontecimentos, mormente ao progresso científico que garantisse o melhor resultado possível das novas práticas (ex vi, as técnicas de navegação, os meios de extração de recursos naturais, os meios de produção de bens e serviços, etc.). Em síntese, os valores e verdades foram postos em dúvida; e, portanto, o conflito e a dúvida são as palavras de ordem.

1.1 Releitura Cética

Neste contexto de dúvidas e incertezas, a Europa renascentista (re)descobriu o ceticismo de Sexto Empírico e renovou-lhe os fundamentos⁸: não mais se aceitaria o simples

⁸ Em muito devido à tradução para o latim por H. Etienne, em 1562 (Empírico, 1997, p. 122).

desconstruir por desconstruir que conduziu a um mero criticar por criticar⁹; mas, ao contrário, praticar-se-ia um desconstruir para construir.

Um dos responsáveis (conjuntamente com o alemão Agrippa de Nettesheim [1487/1535] e o português Francisco Sanchez [1552/1632] – Pessanha, 2004, p.8) por este novo viés foi o francês Michel de Montaigne¹⁰ (1533/1592) que se preocupou com a questão envolvendo a relação natural entre homem e Deus pela óptica da razão, como transparece em sua Apologia a Raymond Sebond, sob interpretação de Marilena Chauí (2004, p. 13):

Montaigne parece concordar com todas essas idéias ao fazer a Apologia a Raymond Sebond. No entanto, logo se manifesta a intenção fundamental e o sentido irônico da obra. Trata-se de uma estranhíssima apologia. Na realidade, a pretexto de o defender e correr em auxílio das damas que se apegavam ao piedoso sacerdote Sebond, como rocha contra os ataques dos incrédulos, Montaigne desfere-lhe o mais rude golpe que um racionalista poderia receber, estabelece que a razão não é capaz de provar o que quer que seja.

Montaigne não se restringe a afirmação de que a razão nada pode provar. De concreto, "vai adiante e proclama que o homem nada sabe porque o homem não é nada. Que outra sábia solução lhe resta (...) senão a do ceticismo: a renúncia à certeza aparentemente inatingível?" (Pessanha, 2004, p. 8).

1.2 Desvelamento de René Descartes

Sob o manto do estado de incerteza e dúvida que fervilhava na sociedade europeia rompendo com a tradição, nasceu, em 1596, René Descartes que ainda na infância foi levado aos ensinamentos jesuítas de La Flèche e, mais tarde, às letras jurídicas de Poitiers, cujo resultado foi a marca pessoal de uma educação religiosa emoldurada na divina devoção cívica à monarquia, mas que experimentava a inquietação de perceber que as lições eram vazias de conteúdo racional que contribuísse para a vida (Pessanha, 2004, p. 10).

⁹ No Capítulo IV das Hipóteses Pirrônicas, Sexto Empírico define o ceticismo como "uma habilidade que opõe as coisas que aparecem e são pensadas de todos os modos possíveis, com o resultado de que devido à equipolência nesta oposição tanto no que diz respeito aos objetos quanto às explicações, somos levados inicialmente à suspensão e depois à tranquilidade" (Empírico, 1997, p. 116).

¹⁰ "Contudo, é possível extrair dos Ensaíes alguns esquemas básicos e compor um quadro mais ou menos coerente de idéias. Para isso a coordenada intelectual mais evidente que se propõe é o ceticismo, do qual Montaigne foi, sem dúvida, o maior representante renascentista" (Chauí, 2004, p. 11).

Irrequieto com as constatações, inspirado pelo ceticismo de Montaigne e decidido a encontrar seu método para as ciências que passaria pela matemática (Pessanha, 2004, p. 13), debuta na carreira militar se alistando nas linhas holandesas capitaneadas por Mauricio de Nassau que o leva a proximidade com o pensamento físico-matemático de Isaac Beeckman, as relações sócio-naturais observadas nas andanças pelo leste europeu e ao racionalismo científico da confraria Rosa-Cruz, cujo ápice se deu com a anunciação experimentada em sonho do dia 10 de novembro de 1619, em que chegava as razões de sua missão filosófica ao perceber a existência de um acordo fundamental entre as leis matemáticas e as da natureza, a ponto de concluir "que a ele cabe a tarefa de reviver e atualizar o antigo ideal pitagórico de desvelar a teia numérica que constitui a alma do mundo, abrindo a via para o conhecimento claro e seguro de todas as coisas" (Pessanha, 2004, p. 14).

Embevecido com a revelação, Descartes abandona definitivamente a carreira militar e imerge automaticamente nas investigações científica e filosófica. Dentre as suas obras, as *Meditações*¹¹ (1641) melhor se adequa a presente proposta, haja vista que contém o benefício da dúvida sobre a existência (inclusive de Deus¹² que se espraia até a Terceira Meditação) que converge a hipótese do malin génie¹³ (Primeira Meditação) preparatória para o fundamento da imortal sentença: "Penso, logo existo!"¹⁴ (cogito ergo sum).

¹¹ Publicada posteriormente ao Discurso do Método (1637).

¹² "Visto que não tenho razão alguma para crer que exista algum Deus que seja embusteiro, e mesmo que ainda não tenha considerado aquelas que provam que existe um Deus, a razão de duvidar que depende somente desta opinião é bastante frágil e, por assim dizer, metafísica. Porém, para poder afastá-la totalmente, devo analisar se existe um Deus, tão logo surja a oportunidade; e, se concluir que existe um, devo também analisar se Ele pode ser embusteiro (...)" (Descartes, 2004, p. 271).

¹³ Partindo do pressuposto de que todas as coisas são passíveis de se colocar em dúvida, mesmo porquê os sentidos podem nos enganar ou, em abstenção aos sentidos, a própria realidade, uma vez que não se consegue precisar se se está sonhando ou vivendo (e, mesmo, o que é a realidade?), constrói a idéia de um "gênio maligno, não menos astucioso e enganador do que poderoso, que dedicou todo o seu empenho em enganar-me. Pensarei que o céu, o ar, a terra, as cores, as figuras, os sons e todas as coisas exteriores que vemos não passam de ilusões e fraudes que Ele utiliza para surpreender minha credulidade" (Descartes, 2004, p. 255).

¹⁴ "Mas que sei eu, se não existe nenhuma outra coisa diferente das que acabo de considerar incertas, da qual não se possa ter a menor dúvida? Não existirá algum Deus, ou alguma outra potência, que me infunda tais pensamentos no espírito? Isso não é necessário, pois talvez eu tenha a capacidade de produzi-los por mim mesmo. Eu, então, ao menos, não serei alguma coisa? Mas já neguei que possuísse qualquer sentido ou qualquer corpo. Contudo, titubeio, pois o que resulta daí? Serei de tal maneira dependente do corpo e dos sentidos que não possa existir sem eles? Mas eu me convenci de que nada existia no mundo, que não havia céu algum, terra alguma, espíritos alguns, nem corpos alguns; logo, não me convenci também de que eu não existia? Com certeza, não; sem dúvida eu existia, se é que me convenci ou só pensei alguma coisa. Mas existe alguém, não sei quem enganador muito poderoso e astucioso, que dedica todo o seu empenho em enganar-me sempre. Não há, então, dúvida alguma de que existo, se ele me engana; e, por mais que me engane, nunca poderá fazer com que eu nada seja, enquanto eu pensar ser alguma coisa. De maneira que, depois de haver pensado bastante nisto e analisado cuidadosamente todas as coisas, se faz necessário concluir e ter por inalterável que esta proposição, eu sou, eu existo, é obrigatoriamente verdadeira todas as vezes que a enuncio ou que a concebo em meu espírito" (Descartes, 2004, p. 258).

Mas qual é a relação entre a abertura cartesiana e a proposta baconiana, ou seja, por que introduzir o estudo por Descartes que teve sua grande produção intelectual publicada após o falecimento de Bacon?

Em síntese, dir-se-ia que a contemporaneidade e a proximidade das proposições afastariam qualquer juízo temporal de valor – afinal, ambos vivenciaram o mesmo momento de abertura histórica e a releitura cética que conclamava à dúvida –, de sorte que o pensamento envereda pelo fato de que ambos foram idealizadores de teorias amparadas no erro e na verdade que contribuiram para o progresso científico (Bacon com sua "crítica dos ídolos" e o "método indutivo" que fundamentam o seu "empirismo experimental"; e Descartes com sua "dúvida metódica" que leva ao racionalismo), e, por conseguinte, ganharam justificadamente o título de pilares da Filosofia Moderna.

1.3 Utopia de Thomas More

Humanista típico, Thomas More sintetiza o paganismo do pensamento clássico grego com a concepção de vida do cristianismo. Por outro lado, a Utopia constitui expressão do desejo de reforma de toda a vida social, política e religiosa dos europeus do século XVI, época de profunda renovação. Foi esse o aspecto da Utopia que maior influência exerceu sobre os contemporâneos, tornando-a matriz de outras tentativas para retratar uma sociedade ideal, como A Cidade do Sol, de Tommaso Campanella (1568-1639), e A Nova Atlântida, de Francis Bacon (1561-1626) [Pessanha, 2004, p. 8].

A epígrafe, além de assentar os pontos importantes da construção do pensamento de Thomas More, permite tecer a ligação – ao menos ideológica – entre a Utopia e a Nova Atlântida. De concreto, More nasceu, no início de 1478, em Londres, e por influência de John Morton, arcebispo de Canterbury, ingressou na Universidade de Oxford para se dedicar, principalmente, aos estudos de Direito (como almejava seu pai); mas, em paralelo, enveredou pelas lições de teologia e de literatura greco-romana, cujo resultado foi a dedicação à vida pública iniciada com o ingresso no Parlamento que o fazia debutar no mundo da política de onde nunca mais se distanciou, haja vista que "o conhecimento das leis, aliado à maestria na eloquência em inglês e latim facilitaram-lhe a carreira" (Pessanha, 2004, p. 5).

Sua principal obra, *Utopia*¹⁵, foi publicada em latim em 1516 e congrega o senso crítico de More, com notada influência do pensamento reinante à época (a valorização do

¹⁵ A palavra "utopia" (ουτοπος) não foi posta por acaso como título da obra; e, tampouco, como nome da ilha. Em verdade, a palavra, etimologicamente, sugere uma sutileza pela sua origem grega que responderia pela

homem por intermédio do exercício da dúvida que esmorecia os dogmas como evidenciava o renascimento), sendo certo que o humanismo é a construção de mais fácil percepção.

Esta opção pelo humanismo é devido em muito à relação que teve com Erasmo de Roterdã ainda na juventude, o que ficou mais evidente com as influências de John Colet e de William Grocyn; afinal, "os humanistas se dispunham a repensar os filósofos antigos, de maneira a integrá-los na concepção cristã de vida, mas o faziam de maneira diferente da síntese realizada pela filosofia medieval" (Pessanha, 2004, p. 6).

Na Utopia, More aceita a releitura dos clássicos filosóficos de Platão (como, por exemplo, a imortalidade da alma¹⁶ e a inspiração na República) e de Aristóteles (ex vi, os domínios da natureza, ou, simplesmente, o naturalismo¹⁷), ao mesmo tempo que faz renascer o epicurismo (como havia realizado Erasmo em 1490, no Sobre o Desprezo e o Mundo) em comunhão com o estoicismo; o prazer em convívio com a busca das virtudes (Pessanha, 2004, p. 7): "Os Utopianos definem assim a virtude: 'viver conforme a natureza, e para isso Deus nos destinou" (More, 2006, p. 76); e prossegue, "Os utopianos distinguem diversas espécies de prazeres, uns referidos ao espírito e outros ao corpo. Incluem nos prazeres do espírito a inteligência e a alegria que advém da contemplação da verdade. Juntam-lhes também a recordação agradável de uma vida vivida na virtude" (More, 2006, p. 80).

Além das bases ideológicas que retratam os fundamentos de sua época, More envereda por críticas pessoais que ajudam na solução dos problemas em Utopia, como a aversão ao direito de propriedade, a insurgência contra o absolutismo (e demais formas tirânicas) e a oposição a intolerância religiosa.

Contra o direito de propriedade professa "uma sociedade ideal comunista" (Pessanha, 2004, p. 8) aonde a propriedade é coletiva e as necessidades são supridas pela coletividade, uma vez que as cinquenta e quatro cidades que compõem a Utopia seguem as mesmas regras e tem o mesmo tratamento, sendo certo que todas se contentam com o que têm e "nenhuma das cidades pretende aumentar os limites do seu território, pois se consideram mais propriamente bons rendeiros que proprietários do solo" (More, 2006, p. 54).

No plano individual, o sentimento é idêntico, haja vista que todos se dedicam à agricultura, como principal atividade; embora sejam estimulados a terem outro ofício (More, 2006, p. 59), sem se entregarem ao ócio (More, 2006, p. 60). Há que se destacar que a

junção de "u" (μη - no sentido de "não") e "topos" (τόπος - indicando "lugar"), o que seria traduzido como "não-lugar" ou "em lugar nenhum".

¹⁶ "Estes são os princípios que os regem: 'a alma é imortal e a bondade de Deus criou-a para a felicidade'. 'Depois da morte, as virtudes e boas ações têm a sua recompensa, e as más ações o seu castigo'" (More, 2006, p. 75).

¹⁷ "(...) a própria natureza nos leva a uma vida agradável, isto é, ao prazer como fim de todas as nossas ações. Os Utopianos definem a natureza como a vida conforme à lei natural" (More, 2006, p. 76).

produção não se exaure nas necessidades individuais que são repassadas do campo para as cidades. Em verdade, há o estímulo para que seja produzido um excedente que permita a partilha com as demais comunidades (More, 2006, p. 55).

Duas estruturas sociais chamam a atenção: os mercados e os hospitais.

O primeiro, o mercado, está situado no centro de cada bairro que, nas cidades, contam de quatro. Nestes locais as famílias encontram toda a sorte de produtos que são compartilhados por todos os responsáveis pela produção. "Aí, cada chefe de família vai buscar o que ele e os seus necessitam e leva-o sem precisar de pagar ou de dar algo em troca, de pedir ou de rogar favor algum" (More, 2006, p. 65).

O outro, o hospital, em número de quatro, são organizados, bem aparelhados e dotados de espaço necessário para dar conforto ao enfermo, ao mesmo tempo que permite o isolamento daqueles que exigem tal cuidado. Ademais, a organização e o pleno tratamento aos doentes que lhes são peculiares, além dos cuidados carinhosos dos médicos mais hábeis, levam ao ponto que "não sendo ninguém obrigado a utilizá-los contra sua vontade, não há ninguém, no entanto, que, em caso de doença, não prefira tratar-se no hospital a fazê-lo em sua própria casa" (More, 2006, p. 66).

A aversão ao absolutismo fica evidente, dentre outros mecanismos, pela simpatia focada nas práticas democráticas sintetizadas pelo processo eleitoral pautado no voto secreto garantido aos sifograntes (representantes escolhidos anualmente para representar um grupo de trinta famílias) que, dentre quatro candidatos previamente escolhidos pelo povo, elegem um para empossar como príncipe; e, daí, possa exercer por toda a vida o cargo, "a menos que o príncipe seja deposto por suspeita de tentar instaurar a tirania" (More, 2006, p. 58).

Os utopianos são tolerantes¹⁸ e livres quanto aos assuntos da religião, seja no campo ou nas cidades (More, 2006, p. 100). De concreto, todas as religiões são bem-vindas e os cultos permitidos, mesmo porquê, por ocasião da dominação, o rei Utopos (responsável pela fundação da Utopia) expediu um decreto que:

(...) declarava que cada homem podia seguir a religião que quisesse, e que poderia fazer todo o possível para conquistar a adesão dos outros, com a condição única de o fazer calmamente, com sobriedade e doçura, sem invectivas e desprezo por eles. Se não o conseguisse pelas palavras calmas e suaves, não deveria usar de violência ou de injúria. Quem o fizesse seria castigado com o exílio ou com a escravidão (More, 2006, p. 102).

¹⁸ Lembra Pessanha (2004, p. 9) que "apesar da tolerância religiosa da Utopia, Thomas More não foi um adepto da Reforma protestante".

Percebe-se, pois, que a Utopia de More propõe uma nova sociedade baseada em estruturas sociais, legais, jurídicas e políticas perfeitas¹⁹ (claro que em tom de crítica velada à sua contemporânea percepção da sociedade inglesa); e que, assim, as pessoas vivessem em harmonia e felicidade plenas. Para tanto, o caminho deveria passar pelos domínios da razão²⁰. Mas, qual a relação desta base com o pensamento baconiano?

2 ODE A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO DE FRANCIS BACON

A abertura político-social impulsionada pelo renascimento e intuída pelo ceticismo moderno (em especial a "ordem" para se desconfiar de tudo), bem como a renovação dos valores humanos com a releitura das escolas filosóficas clássicas que se desdobrou no Humanismo com o novo interesse em assentar o homem no eixo da discussão social, Londres viu nascer, em 22 de janeiro de 1561, um dos mais notáveis e polêmicos responsáveis pela virada do pensamento e da sedimentação dos novos rumos da ciência: Francis Bacon.

Nascido numa família de antagônicas premissas (seu pai e tio eram dedicados à vida pública e servidores da Coroa; enquanto sua mãe era detentora de admirável cultura que a moldara como religiosa convicta e puritana – como reflexo de sua dedicação às obras calvinistas que a conduziram a condição de servidora da religião), Bacon experimentou a árdua tarefa de conjugar, no dia-a-dia, a carreira diplomática e os afazeres públicos como ensinamentos paternos, com a rigidez moral e religiosa legada pela mãe. Eis o grande dilema pessoal: como conseguir o convívio harmônico, acaso possível, entre a vida política que nem sempre é moral quando se trata de atingir aos interesses públicos, e a prática religiosa que não aceita os desvios morais já que o fim único é a "pureza do espírito"²¹?

¹⁹ Sobre as ciências passa, em passant, e geralmente com olhar crítico sobre a escolástica, veja-se: "Até nossa chegada, os Utopianos não tinham nunca ouvido falar dos famosos filósofos do mundo que nós conhecemos. No entanto, na música, lógica, aritmética e geometria fizeram mais ou menos as mesmas descobertas que os nossos filósofos realizaram" (More, 2006, p. 74); ou, "(...) no que se refere ao curso dos astros e os movimentos das esferas celestes, são peritos excelentes e hábeis. Imaginaram inteligentemente mecanismos diversos que representam com exatidão os movimentos do sol, da lua e de todos os astros visíveis acima da linha de seu horizonte" (More, 2006, p. 75).

²⁰ "More faz severas críticas à sociedade inglesa e europeia, ao mesmo tempo que apresenta a ilha de Utopia como um lugar em que a sabedoria e a felicidade do povo decorrem de um sistema social, legal e político perfeito, guiado pela razão" (Nassetti, 2006, p. 121).

²¹ Ilustra José Aluysio (2005, p. 6): "(...) Desde muito cedo sofreu influências antagônicas. Seu pai desempenhava a importante função de guarda do Grande Selo e seu tio William Cecil, lorde Burghley, foi ministro da Rainha Elizabeth durante quarenta anos. Esse lado da família educou-o para a carreira diplomática e ensinou-lhe o comportamento mundano de um verdadeiro cortesão. Por outro lado, sua mãe, mulher de incomum

Esta profunda questão conduziu – ao menos ao que ficou gravado no curso da história – a uma constatação deveras avassaladora: "saber é poder", cuja "grande idéia" consistia "simplesmente em acreditar que o saber devia dar seus frutos na prática, que a ciência devia ser aplicável à indústria, que os homens tinham o sagrado dever de se organizar para melhorar e transformar suas condições de vida" (Reale; Antiseri, 1990, p. 324).

Esta "grande idéia" foi amadurecida desde os tempos da Trinity College of University of Cambridge quando, aos doze anos, dedicou-se aos estudos de filosofia antiga e escolástica, o que lhe permitiu o desvelamento da razão construído sobre uma notada aversão aos clássicos, especialmente Aristóteles²², Platão e seus influenciados, os escolásticos²³, os alquimistas e os empíricos "incipientes e grosseiros"²⁴.

Afastando-se de Cambridge, Bacon iniciou, aos quinze anos, sua instrução jurídica junto à Escola de Direito de Gray's Inn, sendo certo que abandonou, temporariamente, seus estudos para, aos dezesseis anos, ser enviado à França para seguir a carreira diplomática, o que lhe rendeu o debute na vida política que lhe acompanharia nos anos vindouros (alguns felizes²⁵, outros controvertidos²⁶), isto até 1579. No entanto, reveses econômicos forçaram seu breve regresso à Inglaterra e à Gray's Inn (de que mais tarde, em 1589, seria professor de Direito).

2.1 Magna opus

Renovando sua visão pessoal sobre o pensamento aristotélico que considerava despiciendo de método, o que se demonstrava inútil quanto ao progresso do homem (Reale; Antiseri, 1990, p. 324), publicou, em 1620, sua magna opus intitulada *Novum Organum* que propõe uma "releitura crítica" do *Organon* de Aristóteles; e que era parte de um projeto maior

cultura, tradutora de obras religiosas latinas, calvinista em teologia e puritana em moral, estimulou-o no sentido do zelo, da dedicação e da severidade. Mãe até certo ponto opressiva (...) a leitura da Bíblia era ato obrigatório, deixou marcas profundas até no estilo literário de Bacon. (...)".

²² "(...) não porque o autor carecesse de valor, uma vez que sempre lhe reconheceu as maiores qualidades, mas pela infecundidade do método (...)" (Andrade, 2005, p. 7).

²³ Via Platão, seus seguidores e os escolásticos como "aranhas que tecem teias maravilhosas, mas permanecem inteiramente alheios à realidade" (Andrade, 2005, p. 11).

²⁴ Guarda para os alquimistas e os empiristas desta condição a metáfora com "as formigas que acumulam material sem critério seletivo e o armazenam, sem introduzir modificações" (Andrade, 2005, p. 11).

²⁵ Como a primeira eleição para o parlamento inglês em 1584; a concessão do título de Cavaleiro de Jaime I em 1603; a ascensão ao posto de Procurador Geral em 1607; e a imputação dos títulos de Lorde Chanceler e Barão de Verulam em 1618.

²⁶ O concurso para a morte de seu protetor político – visto por alguns como traição –, Conde de Essex, que caíra em maus augúrios aos olhos da Rainha.

e mais ambicioso, dividido em seis partes, que deveria cuidar da Grande Instauração do Conhecimento Científico, mas que não se completou como idealizado²⁷.

Estruturada em dois livros divididos em aforismos, desde o prefácio deixa transparecer que sua preocupação vem da necessidade de criar um método²⁸ – que mais tarde vai definir como "indutivo" – que se assente num "empirismo científico"²⁹, cuja preocupação repouse em oposição aos pretensos difusores das experiências superficiais e obscuras (Bacon, 2005, p. 50). Daí propõe a divisão do método em dois caminhos: o primeiro, denominado "Antecipação da Mente" se preocupa com o cultivo das ciências; enquanto o segundo, chamado "Interpretação da Natureza", dedicar-se-ia à descoberta científica; como preleciona:

Que haja, finalmente, dois métodos, um destinado ao cultivo das ciências e outro destinado à descoberta científica. Aos que preferem o primeiro caminho, seja por impaciência, por injunções da vida civil, seja pela insegurança de suas mentes em compreender e abarcar a outra via (este será, de longe, o caso da maior parte dos homens), a eles auguramos sejam bem sucedidos no que escolheram e consigam alcançar aquilo que buscam. Mas aqueles dentre os mortais, mais animados e interessados, não no uso presente das descobertas já feitas, mas em ir mais além; que estejam preocupados, não com a vitória sobre os adversários por meio de argumentos, mas na vitória sobre a natureza, pela ação; não em emitir opiniões elegantes e prováveis, mas em conhecer a verdade de forma clara e manifesta; esses, como verdadeiros filhos da ciência, que se juntem a nós, para, deixando para trás os vestibulos das ciências, por tantos palmilhados sem resultado, penetrarmos em seus recônditos domínios. E, para sermos melhor atendidos e para maior familiaridade, queremos adiantar o sentido dos termos empregados. Chamaremos ao primeiro método ou caminho de Antecipação da Mente e ao segundo de Interpretação da Natureza" (Bacon, 2005, p. 29).

²⁷ "(...) a primeira era uma classificação completa das ciências existentes; a segunda, a apresentação dos princípios de um novo método para conduzir a busca da verdade; a terceira, a coleta de dados empíricos; a quarta, uma série de exemplos de aplicação do método; a quinta, uma lista de generalizações de suficiente interesse para mostrar o avanço permitido pelo novo método; a sexta, a nova filosofia que iria apresentar o resultado final, organizado num sistema completo de axiomas. (...) Este vasto e ambicioso plano não foi realizado inteiramente por Bacon. Dele restaram apenas a parte segunda, referente a metodologia, exposta em sua mais conhecida obra, o *Novum Organum* (...) o *De Dignitate et Augmentis Scientiarum* (...) indicado pelo autor como devendo representar a primeira parte da Grande Instauração, ou seja, a referente à divisão das ciências. Restou também uma *História Natural* (...)" (Andrade, 2005, p. 10).

²⁸ "Nosso método, contudo, é tão fácil de ser apresentado quanto difícil de se aplicar. Consiste no estabelecer graus de certeza, determinar o alcance exato dos sentidos e rejeitar, na maior parte dos casos, o labor da mente, calcado muito de perto sobre aqueles, abrindo e promovendo, assim, a nova e certa via da mente, que, de resto, provém das próprias percepções sensíveis" (Bacon, 2005, p. 27).

²⁹ É reconhecido como um dos notáveis empiristas ingleses, ao lado de Locke, Berkeley e Hume (Chaufí, 2000, p. 88; Reale; Antiseri, 1990, p. 177). Boa pista dá logo no primeiro aforismo do livro inaugural: " I. O homem, ministro e intérprete da natureza, faz e entende tanto quanto constata, pela observação dos fatos ou pelo trabalho da mente, sobre a ordem da natureza; não sabe nem pode mais" (Bacon, 2005, p. 33).

Eis o ponto que por agora interessa e permite a ligação com a Nova Atlântida: a busca do progresso via ciência em que o sujeito se valha da observação para conhecer os mecanismos de funcionamento da natureza, de sorte que "o homem deve despir-se de seus preconceitos, tornando-se 'uma criança diante da natureza'" (Marcondes, 1997, p. 179). Neste âmbito, ganha repercussão o aforismo CXXIX do Livro I que se espria pela Nova Atlântida:

Resta-nos dizer algumas palavras acerca da excelência do fim proposto. (...) Em primeiro lugar, parece-nos que a introdução de notáveis descobertas ocupa de longe o mais alto posto entre as ações humanas. (...) Pois, de fato, os benefícios dos inventos podem estender-se a todo o gênero humano, e os benefícios civis alcançam apenas algumas comunidades e estes duram poucas idades, enquanto que aqueles podem durar para sempre. Por outro lado, a reforma de um Estado dificilmente se cumpre sem violência e perturbação, mas os inventos trazem venturas e os seus benefícios a ninguém prejudicam ou amarguram. Além disso, os inventos são como criações e imitações das obras divinas, (...) E é digno de nota o exemplo de Salomão, eminente pelo império, pelo ouro, pela magnificência de suas obras, pela escolta e famulagem, pela sua frota, pela imensa admiração que provocava nos homens, e que nada dessas coisas elegeu para a sua glória, e em vez disso proclamou: 'A glória de Deus consiste em ocultar a coisa, a glória do rei em descobri-la'. (...) Considere-se ainda, se se quiser, quanta diferença há entre a vida humana de uma região das mais civilizadas da Europa e uma região das mais selvagens e bárbaras da Nova Índia. Ela parecerá tão grande que se poderá dizer que 'O homem é Deus para o homem', não só graças ao auxílio e benefício que ele pode prestar a outro homem, como também pela comparação das situações. E isso ocorre não devido ao solo, ao clima ou à constituição física. (...) Vale também recordar a força, a virtude e as conseqüências das coisas descobertas, o que em nada é tão manifesto quanto naquelas três descobertas que eram desconhecidas dos antigos e cujas origens, embora recentes, são obscuras e inglórias. Referimo-nos à arte da imprensa, à pólvora e à agulha de marear. Efetivamente essas três descobertas mudaram o aspecto e o estado das coisas em todo o mundo: a primeira nas letras, a segunda na arte militar e a terceira na navegação. Daí se seguiram inúmeras mudanças e essas foram de tal ordem que não consta que nenhum império, nenhuma seita, nenhum astro tenham tido maior poder e exercido maior influência sobre os assuntos humanos que esses três inventos mecânicos. A esta altura, não seria impróprio distinguirem-se três gêneros ou graus de ambição dos homens. O primeiro é o dos que aspiram ampliar seu próprio poder em sua pátria, gênero vulgar a aviltado; o segundo é o dos que ambicionam estender o poder e o domínio de sua pátria para todo o gênero humano, gênero sem dúvida mais digno, mas não menos

cúpido. Mas se alguém se dispõe a instaurar e estender o poder e o domínio do gênero humano sobre o universo, a sua ambição (se assim pode ser chamada) seria, sem dúvida, a mais sábia e a mais nobre de todas. Pois bem, o império do homem sobre as coisas se apóia unicamente nas artes e nas ciências. A natureza não se domina, senão obedecendo-lhe (Bacon, 2005, p. 96).

Observa-se que o mérito e, ao mesmo tempo, o ponto de ruptura com as construções científicas anteriores vem da proposta de conciliar a observação dos fenômenos naturais com a experiência³⁰.

3 NOVA ATLÂNTIDA

(...) aquilo que ele [Bacon] sonha é uma constituição na qual o favorecimento mais ilimitado e o interesse mais munificente, concedidos aos novos métodos da pesquisa científica e da experimentação aplicada a todos os ramos do cognoscível, permitam tal estado de florescimento e bem-estar que nunca mais falte a uma dor a sua cura apropriada, nem a um desejo humano a sua comedida satisfação (E. Bonaiuti). Mais especificamente, 'as páginas da Nova Atlântida que descrevem as funções científicas, os institutos de pesquisa, a atividade operosa e a fraterna colaboração entre doutos aparecem (...) como a expressão das esperanças mais elevadas de Francis Bacon, projetadas para o plano da utopia' (Paulo Rossi). (Reale; Antiseri, 1990, p. 327).

A harmonia entre as abstrações de E. Bonaiuti e Paulo Rossi capitaneadas por Reale e Antiseri permitem um panorama geral sobre a obra postumamente publicada de Bacon: a pesquisa e a experimentação voltadas para o desenvolvimento da sociedade tendo o homem como seu benfeitor altruísta e destinatário complacente: aquele que, a um só tempo, percebe, descobre, desenvolve, beneficia-se e repassa aos seus pares.

Em 1627, pouco após a morte de Bacon, William Rawley publicou a obra inacabada intitulada *Novum Atlantis* que traduzira do inglês, *New Atlantis*, para o latim; com a preocupação de esclarecer ao leitor que se tratava de uma fábula concebida pelas convicções

³⁰ "What distinguishes the new Baconian view of science (as presented most clearly in *The New Organon*) from that of his predecessors is, indeed, his clear commitment to the role of observation and experiment as a pre-requisite for the construction of scientific theory itself. Earlier scientists (and scientific near-contemporaries elsewhere in Europe) had thought of observation and experiment as demonstrating a conclusion anticipated by systematic deductive reasoning, or as determining a detail or filling in a gap, as required to extend an existing theory" (Jardine, 2003, p. XV).

peçoais de Bacon tendente a "apresentar um modelo ou a descrição de um colégio instituído para a interpretação da natureza e produção de grandes e maravilhosas obras para o benefício do homem" (Rawley, 2005, p. 221), modelo este chamado de Casa de Salomão.

Alerta que, se a intenção originária era de realizar uma obra que agregasse elementos sócio-políticos e jurídicos, como fizera More; a primazia dos elementos naturais sob a óptica da ciência falou mais alto³¹, a ponto de Rawley afirmar: "Nesta fábula pensou também Sua Senhoria em um corpo de leis ou no melhor dos Estados, ou em uma comunidade exemplar. Mas, prevendo tratar-se de empresa prolongada, desviou-o seu desejo de compilar a História Natural, colocada muitos graus antes desta obra" (Rawley, 2005, p. 221).

Tais linhas introdutórias servem a dois fins específicos: a um, que a Nova Atlântida se destina a apresentar uma sociedade pensada e construída (trata-se de uma divagação mental de Bacon fundada no propósito reto de busca de uma sociedade ideal apegada a cooperação científica e ao desenvolvimento ordenado das ciências) sob os pilares da busca da evolução [rectius, progresso] científica, cuja ênfase se assenta nas técnicas e nos métodos voltados às "descobertas"; e, a dois, que ele conhecia a obra anterior de Thomas More (Utopia), da qual se distancia pela proposta, como alertou Rawley, de enfatizar a ciência em detrimento das construções sociais e seu conseqüências.

Começando pela segunda assertiva, a sucessão temporal (Bacon nasceu a aproximadamente quarenta e cinco anos após More ter publicado a Utopia) e os fatos históricos (ambos eram londrinos, juristas, voltados às coisas públicas e defensores da persecução de novos caminhos) levam a certeza de seu fundamento. A corroborar estes argumentos, o próprio Bacon menciona a obra de More por ocasião dos debates acerca do casamento em Bensalém: "Li em um livro de um de vossos autores, concernentes a um Estado imaginário, que é concedida, aos dois futuros cônjuges, a licença de, antes do contrato nupcial, se verem nus um ao outro" (Bacon, 2005, p. 243).

Regressando a primeira assertiva, desde as primeiras linhas, a obra de Bacon se apegava ao diálogo entre o dogma³² e a razão³³; afinal, somente por providência divina que os

³¹ "A principal idéia dessa pequena obra inacabada de Bacon é a de que a harmonia e o bem-estar dos homens repousam no controle científico alcançado sobre a natureza e a conseqüente facilitação da vida em geral. A Casa de Salomão orientaria e dirigiria a vida dos cidadãos no sentido da felicidade e do progresso dos habitantes da Nova Atlântida, suas preocupações estariam centralizadas muito mais nos domínios da técnica e da ciência do que nos problemas econômicos e sociais. Mais importante seria dominar a natureza do que governar os homens" (Andrade, 2005, p. 17).

³² Veja-se o renascimento moral do povo após as revelações do mensageiro Bartolomeu apegadas a difusão das palavras sagradas contidas no Antigo e Novo Testamentos que uniram e pacificaram as diferenças entre os diversos povos que habitavam a ilha, o que foi alçado a condição de "grande milagre" (Bacon, 2005, p. 231).

³³ Uma passagem em especial aguça a discussão entre o binômio dogma-razão na obra: vindo o governador da casa dos estrangeiros (função política assumida por ofício) e sacerdote cristão (função religiosa aceita por

viajantes foram salvos da morte certa para serem conduzidos a libertação do corpo (provisões de comida e água)³⁴ e da mente (progresso científico)³⁵.

Outro ponto de relevância vem da construção social apegada a docilidade, o bem-estar e a busca da felicidade entre os nativos, cujos fundamentos foram semeados desde a fundação de Bensalém por Solamona, o legislador da nação (Bacon, 2005, p. 235); ao que contam os antigos que, dentre suas leis, foi determinada a restrição de entrada de estrangeiros no país, especificamente pelo temor de que os costumes que se manifestavam no convívio harmônico, na felicidade e no bem-estar social, fossem esmorecidos pelo intercâmbio freqüente de pessoas naqueles anos. Esclarece-se que a lei, diferentemente do que possa aparentar³⁶, foi idealizada sob rígidos parâmetros humanitários que conferia desde o dever de ajudar aos debilitados que adentrassem legitimamente ao território até a concessão do amparo estatal para que ali permanecessem, ad eternum, aqueles que não quisessem deixar a ilha³⁷.

O respeito³⁸ constitui um outro sólido pilar daquela sociedade (ao mesmo tempo em que permeia a obra e garante o espírito de emulsão sobre as inovações que lhes serão apresentadas); não só no que se refere ao semelhante³⁹, mas às instituições⁴⁰ e aos costumes⁴¹. No âmbito do respeito e dos costumes, destaca-se o tratamento de tolerância religiosa pelo

vocação), a ter com os visitantes por serem estrangeiros e principalmente cristãos, ofereceu-lhes a condução e a orientação em Bensalém, cujo discurso se encerrava no dever de conservar em mistério as verdades e os seus costumes (inclusive a própria existência). (Bacon, 2005, p. 228).

³⁴ "(...) A essa altura, as provisões nos faltaram, embora delas tivéssemos boa reserva. Ao nos encontrarmos em meio à maior vastidão de água do mundo, desprovidos, demo-nos por perdidos e preparamo-nos para a morte. Entretanto, elevamos nossos corações e vozes a Deus (...)" (Bacon, 2005, p. 221).

³⁵ "(...) só Deus sabe se voltaremos a ver a Europa. Uma espécie de milagre nos trouxe aqui e só algo semelhante nos pode levar de volta. Portanto, considerando nossa libertação passada e nosso perigo presente e futuro, elevemos nossos olhos a Deus e reflitamos sobre nossa conduta. (...)" (Bacon, 2005, p. 227).

³⁶ Num sentido mais intimista, descreve Bacon (2005, p. 236) que o método usado foi o oposto daquele realizado pelos chineses que viam na força e na segregação o instrumento hábil à proibição da entrada de estrangeiros.

³⁷ "Esse rei, desejando também unir a humanidade à prudência política (...) ordenou que todos os estrangeiros aos quais fosse permitido aportar que poderiam partir quando quisessem; mas aqueles que quisessem ficar, que lhes fossem fornecidas muito boas condições e recursos para viverem às custas do Estado" (Bacon, 2005, p. 236).

³⁸ De início, "(...) descobrir que o povo dominava várias línguas e era tão tomado de humanidade nos deu algum conforto. E, sobretudo, o sinal da cruz naquele documento nos trouxe grande alegria, como se fosse seguro presságio de bonança" (Bacon, 2005, p. 224); e prossegue, "(...) havia pessoas reunidas, de ambos os lados da rua, colocadas em fila, mas com aparência muito cortês, como se ali estivessem não para nos admirar mas para nos dar boas-vindas" (Bacon, 2005, p. 226).

³⁹ A garantia universal de liberdade e igualdade a todos, nativos e visitantes que prestem o compromisso. Como se vê em: "(...) considerávamo-nos agora homens livres (...) na cidade e adjacências (...) travamos conhecimentos com muitas pessoas importantes da cidade, e no seu trato encontramos tal humanidade e liberdade, e tanta boa vontade no acolhimento de estrangeiros que foram suficientes para nos fazer esquecer tudo o que nos era caro em nossos países" (Bacon, 2005, p. 238).

⁴⁰ A rigidez e o acolhimento das peças de poder como os gestores públicos, os encarregados e, em última instância, os destinados a cuidar do saber arquivado na Casa de Salomão.

⁴¹ Dentre tantos, como aquele de recolhimento dos estrangeiros em acomodações, próprias e confortáveis, a título de quarentena: "(...) Deveis saber que os costumes da terra estabelecem que, depois dos dias de hoje e de amanhã (...), deveis permanecer por três dias. Mas não vos preocupeis ou penseis que se trata de restringir a vossa liberdade, pois a medida visa ao vosso descanso e bem-estar" (Bacon, 2005, p. 227).

qual cada um pode escolher a religião que pretende seguir – e é respeitado pela opção –, aliada a consagração com a ciência que convive harmonicamente com os dogmas, sem obstar, dificultar, induzir ou maquiar os resultados dos experimentos⁴².

Quando o assunto é a experimentação, Bacon não deixa dúvidas que a observação pessoal e a difusão do pensamento constituem os pilares da experiência. Afinal, quem "viaja a um país estranho em geral aprende mais através da vista que aquele que permanece em casa, fazendo-o através dos relatos dos viajantes, mas ambos os meios são suficientes para promover o mútuo conhecimento, em certo grau, a ambas as partes" (Bacon, 2005, p. 232).

3.1. Casa de Salomão⁴³

A Casa de Salomão⁴⁴ ou Colégio dos Seis dias⁴⁵ é uma instituição ou fundação social antiga, voltada às pesquisas científicas, tendo como objeto de experimentação "a investigação da verdadeira natureza de todas as coisas" (Bacon, 2005, p. 237), cuja fundação se confunde com a própria formação sócio-política da ilha, haja vista que a revelação de Bartolomeu, o mensageiro divino, foi feita a um dos sábios daquela instituição (Bacon, 2005, p. 230); ao mesmo passo em que o grande legislador da nação sancionou, em complemento à restrição das navegações para preservação dos costumes, um regulamento antevendo [rectius, determinando] o comércio do esclarecimento, via persecução da luz⁴⁶ hábil a baixar sobre os nativos o conhecimento do que levou ao "desenvolvimento de todas as partes do mundo" (Bacon, 2005, p. 237). Eis a síntese da norma:

(...) cada doze anos seriam enviados para fora do reino dois navios, para várias viagens; que em cada um deles fosse uma comissão de três dos membros ou irmãos da Casa de Salomão, cuja missão seria apenas a de nos dar a conhecer os assuntos e o estado, naqueles países para os quais fossem enviados, especialmente das ciências, artes, manufaturas e invenções de todo o mundo; e também trazer livros, instrumentos e modelos de toda espécie; que os barcos retornassem uma vez desembarcados os irmãos, que permaneceriam, por sua vez, no exterior até a

⁴² Várias passagens corroboram esta afirmação, inclusive a de Joabin que, embora judeu em diálogo com um cristão, fora reconhecido como "sábio e douto, de afável trato e emérito conhecedor das leis e dos costumes da nação" (Bacon, 2005, p. 241).

⁴³ Afinal, a Casa de Salomão é "a verdadeira menina dos olhos deste reino" (Bacon, 2005, p. 230).

⁴⁴ Trata-se de uma "ordem ou sociedade (...) que consideramos a mais nobre fundação que jamais houve sobre a terra, e é o farol deste reino. É dedicada às obras e criaturas de Deus (...) leva a denominação do rei dos hebreus" (Bacon, 2005, p. 236).

⁴⁵ Outra denominação dada à Casa de Salomão em referência ao fato religioso de que Deus criou a natureza em seis dias, como conta o Antigo Testamento.

⁴⁶ Em reminiscência a consagração bíblica de criação do mundo: fiat lux.

chegada de nova missão. Tais navios são carregados com víveres e grande quantidade de ouro para que os irmãos possam comprar coisas e recompensar pessoas, segundo as conveniências (Bacon, 2005, p. 237).

A parte final (lembra-se que é uma obra póstuma inacabada) cuida da organização, em que Bacon a esmiúça em quatro partes que permitem a compreensão da estrutura: a primeira, voltada à finalidade; a segunda, destinada aos preparativos e aos instrumentos de trabalho; a terceira, aos encargos e ofícios dos discípulos; e, por fim, a questão dos ritos.

Quanto à primeira, determina que "o fim da instituição é o conhecimento das causas e dos segredos dos movimentos das coisas e a ampliação dos limites do império humano para a realização de todas as coisas que forem possíveis" (Bacon, 2005, p. 245).

No que concerne à segunda, os preparativos e os instrumentos, praticavam, cultivavam, exploravam e desenvolviam, técnicas e meios hábeis à realização de experiências tendentes ao progresso humano em respeito à natureza, tais como as cavernas cuidadosamente escavadas em grande profundidade que deram origem às regiões profundas⁴⁷; as torres engenhosamente planejadas sobre as mais altas montanhas que se desdobraram nas regiões superiores⁴⁸; as fossas planejadas⁴⁹; e, os mananciais e reservatórios de água, doce e salgada, que abrigavam os experimentos no meio aquoso⁵⁰ que se desdobravam, inclusive, sobre os poços e as fontes artificiais⁵¹.

Construíram, ainda, casas, câmaras e banhos para testes de fenômenos naturais e de estudos patológicos⁵² (Bacon, 2005, p. 247); além de conservarem pomares e jardins destinados às observações e desenvolvimento de espécies vegetais que garantissem a contribuição da botânica (Bacon, 2005, p. 247); e parques voltados aos experimentos com animais em vias de perquirir melhor qualidade e prolongamento da vida humana⁵³, cuja técnica se espalhava pelos tanques de peixe (Bacon, 2005, p. 248) e respingava sobre os viveiros de conservação de espécies que tinham alguma utilidade, tais como os insetos e vermes (Bacon, 2005, p. 248).

⁴⁷ Local destinado aos experimentos com a refrigeração e conservação de corpos. (Bacon, 2005, p. 245).

⁴⁸ Construções voltadas, principalmente, para a observação e experimentação atmosférica. (Bacon, 2005, p. 246).

⁴⁹ De diversas formas e tamanhos, além de cavadas em distintos terrenos que permitem variadas experimentações sobre tipos de cimento e porcelana (Bacon, 2005, p. 246).

⁵⁰ O que se destacam, em comunhão, são os mecanismos de dessalinização da água do mar e salinização da água dos rios e lagos, bem como os de controle eólico (Bacon, 2005, p. 246).

⁵¹ Destacam-se as águas do paraíso que se destinam a saúde e o prolongamento da vida (Bacon, 2005, p. 246).

⁵² Por força dos experimentos, conservavam dispensários e farmácias para a distribuição da imensa variedade de drogas, ervas medicinais e outros ingredientes (Bacon, 2005, p. 249).

⁵³ Chama a atenção a antevisão de Bacon sobre as questões envolvendo a sobrevivência, a regeneração de membros, órgãos e tecidos; bem como os estudos genéticos que alterem o curso natural da espécie (Bacon, 2005, p. 247).

Sobre as descobertas, vangloriavam-se de deter as técnicas de conservação de alimentos e bebidas⁵⁴ que, a um só tempo, conjugavam a conservação prolongada com o alto teor de nutrientes e outros compostos de extrema valia para a saúde (Bacon, 2005, p. 248); bem como aquelas de origem mecânica que permitiam o beneficiamento de bens de consumo indispensáveis (ex vi, linho, papel, seda, tecidos, etc.)⁵⁵ e as de origem intangível (apegada aos sentidos básicos e inatos) que pesquisavam nas casas de perspectiva (como as cores as luzes e as radiações)⁵⁶, nas casas do som (como a harmonia, as notas e os instrumentos musicais, os sinos e timbres, etc.)⁵⁷, ou nas casas dos perfumes (em vias de elaboração e reprodução de odores e sabores [Bacon, 2005, p. 251]).

Em anteposição às casas de origem nos sentidos, conservavam as casas voltadas às ilusões, cujo fim em si mesmo era a produção de mecanismos que pudessem falsear, enganar ou desvirtuar os sentidos; meramente para que se aprendesse a como não fazer para atentar contra a verdade. Afinal, são avessos as mentiras e aos excessos que pudessem constituir mistérios (Bacon, 2005, p. 251).

Contavam, ainda, com as casas de máquinas dedicadas ao implemento, desenvolvimento e produção de máquinas voltadas aos movimentos (p. ex. aumento do poder de alcance de um mosquete ou outra máquina de guerra, fogos de artifício e pólvora para fins militares e civis, máquinas que permitiam o vôo ou facilitassem a navegação, etc.) e da casa de matemática vinculada ao múnus de guardar, produzir e desenvolver os instrumentos indispensáveis à geometria e à astronomia (Bacon, 2005, p. 251).

A terceira manifestação da verdadeira organização da Casa de Salomão se assenta nos encargos e ofícios, de sorte que os discípulos exerciam suas funções, de forma especializada, para a consecução de um fim específico, contadas em número de nove, a quem se somavam os noviços e os aprendizes que sucederiam os discípulos, conservando a seqüência ininterrupta das atividades; e, ainda, serventes e atendentes para realização dos serviços acessórios (Bacon, 2005, p. 253).

A primeira função era a de mercador da luz, em que doze membros se engajavam na empreitada de correr o mundo, disfarçadamente, para apurar, aprender e selecionar o

⁵⁴ Os alimentos, principalmente, são conseguidos com o uso de fornos que usam tecnologia de vanguarda (Bacon, 2005, p. 249), bem como são distribuídos em lojas (Bacon, 2005, p. 249).

⁵⁵ Interessante que Bacon renova, neste ponto, o estado da técnica quando deixa claro que os detinham técnicas inovadoras e, portanto, desconhecidas dos estrangeiros sobre as artes mecânicas (Bacon, 2005, p. 249).

⁵⁶ Mantém a idéia de detenção de técnicas inovadoras imperceptíveis aos estrangeiros que garantem a tecnologia para construção e elaboração de óculos, espelhos reflexivos e lentes de todo tipo (Bacon, 2005, p. 249).

⁵⁷ Guardam, para si, a técnica de construção de aparelhos que auxiliam na audição, além daqueles voltados a produção e mistura de sons (Bacon, 2005, p. 250).

conhecimento atual de outras nações; e, retornavam a Bensalém com livros, sùmulas e modelos de experimentos (Bacon, 2005, p. 251).

A seleção dos temas, das técnicas e dos métodos, era feita, cada uma, por um grupo de três discípulos, a saber: os depredadores, encarregados da análise dos livros; os homens de mistério, responsáveis pela análise das artes mecânicas, das ciências liberais e da prática que ainda não se havia incorporado a arte; e os pioneiros ou mineiros, voltados aos novos experimentos de utilidade (Bacon, 2005, p. 252).

Superada a seleção, o resultado e a produção eram distribuídos para dois novos grupos, também formados por três discípulos, cada: os compiladores, responsáveis pela ordenação do que se apurou pelos outros grupos, em vias de garantir a organização em "títulos e tábuas, para levar luz à dedução das observações e axiomas deles extraídos" (Bacon, 2005, p. 252); e os doadores ou benfeitores, voltados às observações dos demais discípulos no que concernia aos experimentos, tendentes a extrair-lhes "coisas de utilidade para a vida humana, para a ciência, não apenas tendo em vista as obras como também para uma plena demonstração das causas e meios de adivinhação natural, e o rápido e claro descobrimento das virtudes e partes dos corpos" (Bacon, 2005, p. 252).

Ultrapassada a fase de seleção, análise e organização, bem como a de extensos debates e profundas discussões, as conclusões eram enviadas aos luminares (também em número de três) que se encarregavam de "orientar novos experimentos, estabelecidos a partir dos precedentes" (Bacon, 2005, p. 252), uma vez que eles eram "dotados de um grau mais alto de luzes para penetrarem mais a fundo na natureza" (Bacon, 2005, p. 252).

Diante da luz posta sobre os rumos a serem seguidos nas pesquisas, iniciavam os inoculadores (para manter a proporção, em número de três) a sua função de realizar os experimentos como foram determinados; para, após, serem remetidas aos três intérpretes da natureza que respondiam pela síntese das "descobertas anteriores, feitas por experimentos, em observações, axiomas e aforismos de maior generalidade" (Bacon, 2005, p. 252).

Renovando o compromisso com a verdade científica construída sobre as bases dos bons costumes e da felicidade social, lembra Bacon (2005, p. 253) que eram realizadas consultas esporádicas para decisão sobre quais inovações deveriam ser tornadas públicas, e eram prestados os juramentos de sigilo sobre o que devesse ser resguardado em segredo.

Por fim, os ritos cabiam para lembrar e imortalizar aquilo e aqueles que se destacavam e contribuía para o progresso científico, de sorte que duas galerias guarneciam o que era digno de honra: uma voltada às grandes descobertas; e, outra, dedicada aos grandes inventores, pensadores, cientistas e descobridores.

Ademais, cumprindo seu dever de harmonia, felicidade social e integridade para o bem-estar social, realizavam rotineiras peregrinações para ensinar, divulgar e informar as principais cidades sobre as novidades, tudo diante e sobre as graças e bênçãos de Deus.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, desde as linhas inaugurais, não teve o condão de discutir a plenitude do pensamento de Francis Bacon; tampouco debater o polêmico enfrentamento das questões por detrás da Grande Instauração. Em verdade, a proposta foi a de apresentar, em tom de descrição, a aplicação "prática" do método indutivo proposto quanto ao binômio observação-experimentação na busca do progresso científico tanto quanto vislumbrado na Nova Atlântida e, nesta, a organização da Casa de Salomão.

Para a consecução da tarefa, iniciou-se a análise pela síntese das entrelinhas do momento histórico que acolheu Bacon, com ênfase nos pontos nevrálgicos e correlatos, cujo início se deu com o assentamento das questões pontuais advindas da derrocada definitiva do Império Romano que trouxe a releitura religiosa e, com ela, o (re)descobrimento do ceticismo [moderno] apegado a conclamação da dúvida construtiva sobre as verdades dogmáticas.

Nesta seara, adentrou-se a brevíssima apresentação do racionalismo cartesiano, sob a óptica da concisão, da influência cética (principalmente de Montaigne) e em remissão a sua "dúvida metódica" que ancora as *Meditações*. Em concreto, preocupou-se com o esclarecimento sobre a menção a René Descartes em virtude da proximidade das proposições com Bacon que afastariam qualquer juízo temporal de valor – afinal, ambos vivenciaram o mesmo momento de abertura histórica e a releitura cética que conclamava à dúvida –, de sorte que o pensamento envereda pelo fato de que ambos foram idealizadores de teorias amparadas no erro e na verdade que contribuíram para o progresso científico (Bacon com sua "crítica dos ídolos" e o "método indutivo" que fundamentam o seu "empirismo experimental"; e Descartes com sua "dúvida metódica" que leva ao racionalismo), e, por conseguinte, ganharam justificadamente o título de pilares da Filosofia Moderna.

Preparado o ambiente propício, analisou-se os fatos por detrás de Thomas More com ênfase em sua obra principal (*Utopia*), que foi lida e serviu de inspiração à Bacon, cuja assertiva pode ser recrudescida por, ao menos, dois fundamentos: a sucessão temporal (Bacon nasceu a aproximadamente quarenta e cinco anos após More ter publicado a *Utopia*) e os fatos históricos (ambos eram londrinos, juristas, voltados às coisas públicas e defensores da

persecução de novos caminhos). Ademais, o próprio Bacon menciona por ocasião da descrição sobre os valores do casamento na ilha de Bensalém que tinha aversão aos costumes dos Utopianos dos nubentes terem o direito de se admirarem desnudos antes das núpcias.

Daí mergulhou-se no pensamento puro de Bacon. Primeiramente, para assentamento dos fatos pessoais que incidiram em seu pensamento e levaram a elaboração de sua magna opus, *Novum Organum*, sendo certo que a análise superficial foi sua tônica, mas permitiu a convergência dos argumentos de ligação, mormente a defesa da observação e da experimentação na busca do progresso científico que vê no homem e sua razão, aquele capaz de controlar a natureza.

Solidificadas as bases, adentrou-se à leitura da *Novum Atlantis*, já pela redação dada por Rawley (justamente por ser uma obra póstuma inacabada) e, nesta, destacou-se os valores básicos que preparam toda a organização da Casa de Salomão que mereceu um pouco mais de atenção, o que se fez por quatro linhas, desde a fundação e a sua finalidade, passando pelos instrumentos e pelos ofícios dos discípulos, para chegar aos ritos e toda a mística e cientificidade por detrás.

Como não era da essência do artigo a análise, senão a descrição; a presente conclusão seria melhor trabalhada sob os auspícios de nota final, haja vista que não cuida de um assentamento crítico, mas, apenas, da convergência de uma linha argumentativa aos moldes do que se finda.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Aluysio Reis de. **Francis Bacon - Vida e Obra**. Em, Os Pensadores - Francis Bacon. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 5-18.

BACON, Francis. **Nova Atlântida**. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores - Francis Bacon. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 219-254.

_____. **Novum Organum**. Em, Os Pensadores - Francis Bacon. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 23-218.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **Michel de Montaigne - Vida e Obra**. Em, Os Pensadores - Montaigne. v.1. São Paulo: Nova Cultural, 2004, pp. 5-20.

DESCARTES, René. **Meditações**. Tradução: Enrico Corvisieri. Em, Os Pensadores - Descartes. São Paulo: Nova Cultural, 2004, pp. 235-334.

EMPÍRICO, SEXTO. **Hipotíposes Pirrônicas**. Tradução: Danilo Marcondes. Em, O que nos faz Pensar. Rev. nº 12. set. 1997, pp. 115-122.

JARDINE, Lisa. **Introduction [to the New Organon]**. Em, BACON, Francis. New Organon. Melbourne: Cambridge University Press, 2003, pp. I-XXVIII.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 8 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1997.

MORE, Thomas. **Utopia**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

NASSETTI, Pietro. **Sobre o Autor e a Obra**. Em, MORE, Thomas. Utopia. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006, pp. 129-130.

PESSANHA, José Americo Motta. **Descartes - Vida e Obra**. Em, Os Pensadores - Descartes. São Paulo: Nova Cultural, 2004, pp. 5-28.

_____. **Thomas More - Vida e Obra**. Em, MORE, Thomas. OS Pensadores - More. Tradução: José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Nova Cultural, 2004, pp. 5-11.

RAWLEY, William. **Ao Leitor**. Em, BACON, Francis. Nova Atlântida. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. Os Pensadores - Francis Bacon. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do Humanismo a Kant**. São Paulo: Paulus, 1990.

SCIENCE AND THE SOLOMON HOUSE: OBSERVATION AND EXPERIENCE AS A BACONIAN GROUNDWORK AT NOVUM ATLANTIS

ABSTRACT

Nowadays, The Bacon's thought yet is the basis of the often discussions, especially, when we're talking about the science and the techniques. At this way, we'll present the synthesis of his propose, always based on the two-way observation-experimentation to persecute the scientific's progress founded at the man who changes the nature. For both, his book New Atlantis – especially the Solomon's House – will serve as the foundation to make this propose.

Keywords: Experiment. Science. Progress. New Atlantis.



A GESTÃO DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL: UMA REFLEXÃO METODOLÓGICA.

Cláudio Macedo de Souza¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo debater a metodologia de combate ao crime transnacional, a partir da ideia de risco construída pela Lei Penal Brasileira 12.850 de 2013 que define a organização criminosa. Nesta premissa, está incluído o dever de prestar uma rápida e eficiente gestão do crime. Atento a essa situação, indagou-se: “Em que se fundamenta a gestão do crime transnacional enquanto metodologia adotada pelo Brasil na esfera internacional?” Supôs-se, assim, que a ideia de risco construída a partir da definição legal de organização criminosa pode apresentar o fundamento necessário para a compreensão da metodologia de combate ao crime transnacional.

Palavras-chave: Gestão do Crime organizado. Prevenção do risco. Direito penal internacional. Crime transnacional.

1 INTRODUÇÃO

¹ Professor adjunto da UFSC. Coordenador do grupo de pesquisa em direito penal internacional. Doutor em direito pela UFMG. Representante da UFSC no comitê nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Ministério da Justiça.

Este artigo tem como objetivo debater a metodologia de combate ao crime transnacional, a partir da ideia de risco construída pela Lei Penal Brasileira 12.850 de 2013 que define a organização criminosa. O Direito Penal Internacional é na sua essência preventivo, porque está sendo construído para combater o crime organizado transnacional, o qual carrega a ideia do risco. Assim sendo, o Direito Penal Internacional é uma espécie de prevenção do risco, porque é responsável pela gestão do crime organizado transnacional. Portanto, a definição legal de crime organizado² está justificada no interesse do Brasil em combater o risco por meio da prevenção. Neste aspecto, a edição legislativa evidencia os compromissos assumidos pelo Brasil via Tratados e/ou Convenções Internacionais³.

A Lei 12.850/13 atribuiu nova dimensão à denominada *organização criminosa*, passando a exigir não apenas sua revisão conceitual, mas, principalmente, sua adequação político-criminal no compromisso de fazer prevenção do crime na esfera internacional. Com isso, a Lei redefiniu a organização criminosa, adotando as terminologias: *crime transnacional* e, *crime transnacional previsto em Tratado ou em Convenção Internacional*. Neste cenário, o compromisso de prevenir tornou-se determinante para o combate ao crime organizado transnacional intensificado, sobretudo, pelo surgimento das novas tecnologias de informação e de comunicação.

A finalidade de enfrentar a criminalidade transnacional, organização essencialmente perigosa, contribui para a existência de métodos preventivos. Esta afirmação sugere uma reconfiguração da dogmática jurídico-penal e da própria Teoria do Crime para o seu enfrentamento. Nesta direção, a tendência é responsabilizar penalmente, não apenas a pessoa física; mas, sobretudo, a pessoa jurídica capaz de produzir situações de risco.

Este panorama é, também, responsável pela criminalização do perigo abstrato, ao invés da ofensa ao bem jurídico relevante; pela ampliação dos tipos penais de omissão e, também, pela exasperação das posições de garantia por meio das quais certas pessoas têm o dever de combater o crime organizado transnacional⁴. Ainda que o termo “crime organizado transnacional” não seja preciso, acentua-se que a teoria da sociedade de risco, formulada por

² O advento da Lei n. 12.694/2012 passou a definir no artigo 2º a organização criminosa no Brasil. Entretanto, essa definição não se consolidou, porque o legislador brasileiro editou em seguida a Lei 12.850/2013 redefinindo organização criminosa, revogando o artigo 2º da Lei 12.694/2012 e revogando a Lei n. 9.034/1995.

³ Carta da ONU. Artigo 1º Os propósitos das Nações Unidas são: 3. Para conseguir a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

⁴ Além dos processos de criminalização, há também mecanismos extrapenais para combater o crime transnacional de forma preventiva, como por exemplo, o *Compliance*, previsto na Lei 9.613/98 de Lavagem de Capitais.

Beck⁵, é bastante útil para explicar o início desta nova era do Direito Penal. Em que pese a definição legal de crime organizado, a dimensão imprevisível de suas conseqüências gera temor, pois os riscos desencadeados são ameaças em níveis desconhecidos.

Assim, a lógica extraída deste pensamento leva ao raciocínio de que a gestão do crime transnacional é construída na idéia da situação de risco, em razão da criminalidade organizada que ocasiona perigos desconhecidos ou imprevisíveis impulsionados pelos progressos científicos e tecnológicos. Nesse novo cenário, o progresso da tecnologia disponível a todos que recorrem, por exemplo, ao sistema bancário globalizado, cedeu lugar aos avanços da criminalidade transnacional, no tocante à lavagem de dinheiro, cujos reflexos econômicos, por exemplo, somente serão vivenciados em longo prazo.

Portanto, para lidar com o risco atrelado ao dinamismo das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas, não são suficientes as estruturas tradicionais do Direito Penal. Se o problema atual direciona-se para o risco, uma metodologia de gestão do crime transnacional passa a ser necessária na esfera internacional. Implica dizer que, a gestão da criminalidade tem sido realizada por meio da aproximação da ordem jurídica nacional à ordem internacional, por força de Tratados ou Convenções.

Neste caso, a legislação que conceitua a organização criminosa transnacional foi pensada numa perspectiva de aproximação à ordem jurídica internacional. A aproximação legislativa encontra apoio no artigo 1º, parágrafo 3º da Carta das Nações Unidas e na Resolução 2625 na qual está prevista a Declaração de Princípios de Direito Internacional referentes às relações de cooperação entre os Estados⁶. Cite-se, como exemplo de aproximação legislativa, o Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991 com o qual o Brasil ratificou a "*Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas*", que havia sido aprovada em Viena em 20 de dezembro de 1988. Desta forma, o Brasil assumiu, nos termos da Convenção, compromisso de direito internacional, ratificado em 1991, de tipificar penalmente o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico em nível transnacional.

Entretanto, a despeito do Brasil ter assumido o compromisso internacional de tipificar penalmente algumas modalidades de criminalidade organizada; ainda, são desconhecidas as razões que fundamentam a metodologia adotada de combate ao crime transnacional. Respaldo e atento a essa situação, indaga-se: “Em que se fundamenta a

⁵ A obra “Sociedade de Risco” foi lançada em 1986 na Alemanha. Além de Beck, o inglês Anthony Giddens escreveu em 1988 sobre o risco na sociedade moderna.

⁶ A Constituição Federal brasileira prevê, no artigo 4º inciso XI, que o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

gestão do crime transnacional enquanto metodologia adotada pelo Brasil na esfera internacional?” Supôs-se, assim, que a ideia de risco construída a partir da definição legal de organização criminosa pode apresentar o fundamento necessário para a compreensão da metodologia preventiva de combate ao crime transnacional.

Com base na lei penal, cumpre a nós destacar que, o risco faz parte da essência da organização criminosa. Ou seja, além de se constituírem em crimes transnacionais que *visam à obtenção de vantagem de qualquer natureza*, a definição de organização criminosa⁷, inclui a *estrutura ordenada como garantia da prática de crimes* e, também, *a divisão de tarefas (colaboração) entre os seus integrantes*. Ou seja, a estrutura ordenada e a divisão de tarefas são conseqüências da própria essência da organização voltada para a prática de uma série de crimes com a *finalidade específica* de obter vantagem.

Para alcançar o objetivo geral proposto, este artigo parte do pressuposto de que a gestão do crime transnacional é construída a partir da ideia do risco presente na definição de crime organizado, conforme a Lei 12.850/13. Com isso, tornou-se possível constatar que o método de prevenção do risco se fundamenta na própria definição legal de crime organizado.

Esta análise ocorreu em duas etapas. Na primeira etapa, o texto empreendeu uma abordagem em que considerou o compromisso de cooperar para o combate do crime organizado transnacional como ponto de partida para a compreensão das razões, nas quais se fundamenta a metodologia de prevenção. Em decorrência deste compromisso, tornou-se imperativo que o Direito Penal na esfera internacional se realizasse por meio da gestão. Defendeu-se que, no contexto internacional, a gestão do crime é uma forma de prevenir o risco que integra a definição legal de organização criminosa.

Nesta linha de raciocínio, afirmou-se que o risco está alinhado à vantagem de qualquer natureza que os integrantes da organização desejam obter. O risco está representado não apenas na garantia da existência da estrutura ordenada da organização; mas, sobretudo, na certeza de que a divisão de tarefas será estabelecida de acordo com a vantagem que se pretende obter com a prática do crime transnacional. Pois bem, qualquer que seja o crime transnacional eleito pelos seus integrantes, sempre haverá uma estrutura ordenada e uma adequada divisão de tarefas que vise ao propósito da organização. Diante do perigo representado pela organização criminosa transnacional, o Direito Penal se antecipa por meio da gestão do risco ao assumir o compromisso de cooperar na esfera internacional.

⁷A organização criminosa sem transnacionalidade é uma associação de 04 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos. Esta distinção decorre da precisão conceitual do texto da Lei 12.850/13.

Em uma segunda etapa, a partir do raciocínio de que as específicas características da organização⁸ presentes na sua definição legal configuram o risco, foram discutidas algumas políticas criminais focadas na prevenção. Nesta direção, afirmou-se que iniciativas legislativas comprometidas em combater a criminalidade transnacional são políticas alinhadas à gestão de risco.

2 A GESTÃO DE RISCO CONSTRUÍDA A PARTIR DA DEFINIÇÃO LEGAL DE CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.

Ao adotar a terminologia *crime organizado transnacional*, a Lei 12.850/13 definiu organização criminosa na esfera internacional. O parágrafo 1º do artigo 1º da legislação apresenta duas espécies de organização criminosa. Na primeira parte do dispositivo legal está a organização criminosa *sem transnacionalidade*; e, na segunda parte está a organização criminosa *com transnacionalidade*. A organização criminosa transnacional contida *in fine* do dispositivo legal refere-se à associação de pessoas para a prática de crimes no Brasil com resultado no exterior ou vice-versa.

Já, a redação contida nos incisos I e II, do parágrafo 2º do artigo 1º tem como objetivo estender a aplicação da Lei aos crimes transnacionais previstos em Tratados e em Convenções internacionais. Em outros termos, define a transnacionalidade a partir das infrações penais previstas em Tratados e em Convenções internacionais da qual faz parte, por exemplo, o crime de lavagem de dinheiro⁹ e o tráfico internacional de drogas¹⁰. De acordo com os referidos incisos, a organização criminosa, relacionada aos atos executórios que se

⁸ Neste ponto, fica sepultada de uma vez por todas a polêmica sobre a semelhança ou a identificação com a associação criminosa do artigo 288 do Código Penal. É preciso destacar que a associação criminosa é uma reunião de 03 (três) ou mais pessoas para a prática de crimes que não requer a ordenação estrutural e, tampouco se caracteriza pela divisão de tarefas.

⁹ A Lei 9.613/1998, no parágrafo 4º do artigo 1º, determina o aumento da pena se a lavagem de dinheiro ocorrer por meio de organização criminosa. Essa previsão de aumento da pena revela que a lavagem de dinheiro poderá ocorrer, também, por meio da organização criminosa. Ademais, a redação do artigo 8º da Lei reforça a existência de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa transnacional; ao afirmar que o juiz, por solicitação de autoridade estrangeira, determinará medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes praticados no exterior e com lavagem no Brasil. A lavagem de dinheiro (em si mesma, sem considerar qualquer dos delitos antecedentes) é crime previsto em Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a saber: as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003) promulgada pelo Decreto 5.687/2006; e, contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000); promulgada pelo Decreto 5.015/2004.

¹⁰ Para combater o crime de tráfico de drogas, existem várias convenções internacionais, dentre as quais: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, aprovada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991; a Convenção das Nações Unidas sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972; e, a Convenção Única das Nações Unidas de 1961 sobre os Entorpecentes - Decreto Legislativo nº 5, de 1964.

iniciaram em um país e ao resultado que tenha ou devesse ter ocorrido em outro país estrangeiro, requer que os crimes transnacionais estejam contidos em instrumentos internacionais.

No âmbito internacional, segundo a Lei 12.850/13, tanto os crimes previstos em Tratados ou em Convenções internacionais quanto aqueles não previstos possuem transnacionalidade¹¹ e, quaisquer deles são realizados por meio de organização criminosa. E, embora nem todo crime organizado seja um crime transnacional, é possível afirmar que todo crime transnacional se realiza por meio de organizações criminosas. De acordo com a Lei, sabe-se que o crime organizado pode ter transnacionalidade ou não ter transnacionalidade. Já a transnacionalidade da organização criminosa se subdivide entre aquela prevista em Tratados ou em Convenções Internacionais e aquela não prevista.

Em suma, o crime que interessa aos propósitos deste artigo é a organização criminosa transnacional, tendo em vista que sua definição legal oferece as condições que irão subsidiar a metodologia de prevenção. Sob o império da Lei 12.850/13, a estrutura central do “crime de organização criminosa” reside na vontade e consciência dos seus integrantes *organizarem-se de forma ordenada* e com clara *divisão de tarefas*, com o *fim especial de obter vantagem de qualquer natureza*, mediante a prática de *crimes transnacionais*.

Portanto, o dado importante contemplado na sua definição legal é o compartilhamento das atividades por diversos lugares, expressado na determinação de que haja divisão de tarefas, servindo assim para fortalecer a estrutura ordenada, o que, a bem da verdade, revela a ideia do risco. Cumpre afirmar que, essas características da organização criminosa transnacional são elementares constitutivas da sua definição legal, as quais por exigência dogmática são objeto do artigo 1º.

Convém que se destaque, desde logo, que na definição de organização criminosa surge um aspecto penal relevante. O texto legal declara que a organização pratica crimes com *o fim especial de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza*. Percebe-se, pois, que a prática de crimes transnacionais constitui meio pelo qual se busca a obtenção dessa vantagem. Torna-se, portanto, relevante definir que a natureza da vantagem pretendida, pode ser econômico-financeira ou outra. Significa dizer que, a locução “qualquer vantagem”, elementar do crime, não precisa ser necessariamente de natureza econômico-financeira, tendo em vista que o legislador não quis restringir o seu alcance.

¹¹ A espécie de crimes transnacionais previstos em Tratados ou em Convenções Internacionais está registrada no inciso V, do artigo 109 da Constituição Federal brasileira. Essa espécie de transnacionalidade atrai a competência para a Justiça Federal.

No âmbito da organização criminosa, a busca pela vantagem de qualquer natureza é uma situação de risco a ser considerada pelo Direito Penal. O risco é, pois, característica de qualquer organização criminosa que mediante a prática de crimes transnacionais, busca obter vantagem econômico-financeira ou, não. Enquanto instrumento de combate ao crime organizado transnacional, o Direito Penal Internacional se constitui na regulação do risco.

Em que pese a lei penal exigir pelo menos quatro pessoas, é preciso ressaltar que a organização criminosa não se caracteriza pelo número de agentes; mas, pela estrutura, hierarquia, divisão de tarefas e com o fim específico de cometer crimes. As características específicas da *estabilidade e da permanência* devem preexistir à prática de crimes e representam risco porque são identificadoras da organização. Na verdade, o risco decorrente da estabilidade e da permanência é fundamental para a existência de uma organização estruturalmente ordenada e compartimentada com divisão de tarefas.

Além disso, a leitura que se deve fazer da expressão “*fim específico de cometer crimes transnacionais*” consolida a exigência da estabilidade e durabilidade para a associação. No âmbito da atividade econômico-financeira, também, é possível a prática de crimes transnacionais. Ou seja, a organização criminosa pode utilizar-se de empresas. É claro que, essa modalidade só estará presente quando se puder comprovar que a atividade econômico-financeira é uma forma de mascarar práticas habituais criminosas; pois caracteriza um empreendimento de fachada para a lavagem de capitais.

Uma associação ordenada e estruturada para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes transnacionais não se confunde com uma instituição financeira ou com uma entidade empresarial. Regra geral, nessas associações financeiras e empresariais a finalidade específica não é praticar crimes transnacionais. Entretanto, pode haver organização criminosa quando, por exemplo, a empresa é constituída regularmente para a prática mascarada de atividades ilícitas. Pode haver, também, organização criminosa quando determinada empresa, há muito tempo regularmente constituída, resolve misturar sua atividade econômica lícita com realização habitual de atos ilícitos. Ou seja, temos uma atividade declarada no contrato social efetivamente realizada; e, a prática habitual de atos ilícitos na outra ponta.

Aliás, é exatamente a finalidade específica de praticar crimes transnacionais que atribui a característica de “risco” para a organização criminosa. Assim sendo, a prevenção do risco é princípio que norteia a produção legislativa nacional de combate à criminalidade transnacional. Portanto, atualmente, orientado pela contenção do *risco*, tornou-se fundamental para o Direito Penal agir preventivamente na esfera internacional. Nesta perspectiva, a

clássica idéia de *ultima ratio* é dispensável, porque a intervenção imediata do Direito Penal é vista como *prima ratio* na regulação desses novos e complexos conflitos sociais. Ou seja, torna-se a única alternativa para o controle de condutas que produzem situações de risco.

Com efeito, por exigência legal, a divisão de tarefas (distribuição de funções e obrigações), a estrutura ordenada (organização hierárquica estável e permanente), o fim especial de obter vantagem de qualquer natureza e a transnacionalidade são características da organização criminosa que a configura no ambiente do risco. Diante do perigo representado pela organização criminosa transnacional e da assunção do compromisso de fazer a sua prevenção, é preciso antecipar-se ao risco. E, da necessidade de antecipar-se ao risco, surgem políticas legislativas para o combate da criminalidade transnacional.

3 POLÍTICAS CRIMINAIS ALINHADAS À GESTÃO DO RISCO

Construído sobre o princípio da prevenção da criminalidade organizada transnacional, o Direito Penal na esfera internacional é uma forma de gestão dos riscos. Nesta perspectiva, as políticas criminais pressupõem reação ao crime por meio da prevenção do risco. Por isso, a discussão em torno das políticas criminais deve ser metodológica. Nesse sentido, iniciativas legislativas de combate à criminalidade transnacional devem ser consideradas políticas alinhadas à metodologia da prevenção do risco. Com isso, afirma-se que o combate ao crime organizado transnacional reúne um conjunto de políticas que se antecipam ao risco.

No amplo leque de políticas, pareceu-nos conveniente mencionar, em primeiro plano, a responsabilidade penal das empresas. A Constituição Federal se abre para essa possibilidade, na medida em que deixa ao sabor da evolução dogmática penal esta discussão. Com a ascensão da questão ambiental na esfera internacional, a responsabilidade penal das empresas não escapou da política de proteção ao meio ambiente. O plano internacional sempre esteve em estreita relação com o direito ambiental. Esta política prevista na Lei dos crimes ambientais, na qual as empresas também são chamadas para o compartilhamento de responsabilidade com as pessoas físicas, está alinhada à gestão de riscos porque se fundamenta na prevenção.

O tema ambiental é objeto de diversos acordos internacionais, o que evidencia a natureza global da matéria. Cabe aqui mencionar os mais relevantes Tratados Internacionais os quais demonstram a estreita relação entre a tutela do direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado e o compromisso de prevenir o crime. A Conferência de Estocolmo (1972), convocada pela Organização das Nações Unidas, figurou como o primeiro evento com enfoque predominantemente ambiental. Este fato estabeleceu um marco no alerta da sociedade global ao problema do meio ambiente gerado pela atividade humana. Como resultado da Conferência, a Convenção da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano foi firmada.

Seguiram-se as tratativas de outros ajustes na esfera internacional, contemplando diferentes aspectos da proteção ao meio ambiente. Destacam-se a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES (1973), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Esgotam a Camada de Ozônio (1987), a Convenção sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos (Convenção da Basileia, 1989).

Dentre outras iniciativas, verifica-se que a temática ambiental tem sido objeto de constante abordagem em Tratados Internacionais. O princípio 24 da Declaração de Estocolmo reconhece a importância do tema na seara internacional e preceitua que *"a cooperação através de convênios multilaterais ou bilaterais (...) é essencial para efetivamente controlar, prevenir, reduzir e eliminar os efeitos desfavoráveis ao meio ambiente (...)"*. Portanto, o compromisso de prevenir por meio de acordos internacionais é indispensável para o efetivo combate ao crime transnacional.

Exemplo de política preventiva, o tipo penal do artigo 56 da Lei penal brasileira 9.605/98 pune quem importar ou exportar produto ou substância tóxica ao meio ambiente em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou em regulamentos. Este tipo penal refere-se ao movimento transfronteiriço de resíduos perigosos e de outros resíduos considerado ilícito como resultado de atuação por parte do exportador ou do produtor, previsto no artigo 9º da norma internacional prevista na *Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e outros resíduos e seu depósito*¹². A legislação penal brasileira deve assegurar, portanto, que as pessoas envolvidas na gestão de resíduos perigosos dêem os passos necessários na prevenção à poluição.

O tráfico ilegal de resíduos perigosos é considerado crime pelos países signatários da Convenção e, por isso, cada Estado-parte deverá adotar legislação nacional para combater o

¹² Conforme o número 5 do artigo 9º da Convenção da Basileia, “Cada Parte aplicará legislação nacional própria para prevenir e punir o tráfico ilícito. As Partes cooperarão com vista a cumprir os objetivos deste artigo.”

tráfico. Ademais, o movimento transfronteiriço se caracteriza como tráfico ilegal quando as condutas do exportador, do importador, do encarregado do depósito ou do gerador de resíduos ocorrerem sem notificação para os Estados interessados; sem o consentimento do Estado interessado; com o consentimento obtido por falsificação ou outra fraude, que não esteja materialmente em conformidade com os documentos.

Outro documento com enfoque na prevenção de crimes na esfera internacional é a CITES - *Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção*. Esta normativa tem como objetivo regulamentar e restringir o comércio internacional de espécies que estejam ameaçadas de extinção ou que corram risco de se tornarem ameaçadas se o seu comércio não for controlado. Para atingir seus objetivos, a CITES obriga as partes a criarem sanções penais. O tipo penal do artigo 29, inciso III da Lei 9.605/98 pune, por exemplo, quem exporta ou adquire espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. Percebe-se que, a exigência de autorização é a garantia de que todo o espécime vivo será acondicionado e transportado de forma a evitar os riscos de ferimentos, doença, maltrato ou morte.

Desde a elaboração da Convenção de Viena em 1988 até os dias atuais, diversos Tratados e Convenções internacionais trataram do combate à lavagem de capitais. Entre eles, destacam-se a Convenção de Estrasburgo, de 1990; a Convenção de Palermo, de 2000; e a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas para a Corrupção), de 2003. Observa-se que o combate à lavagem de capitais torna-se indispensável, pois é crime de forte dimensão transnacional, sendo a principal atividade do crime organizado, movimentando o PIB mundial de forma clandestina.

Diversos setores criminosos estão diretamente envolvidos com a lavagem de capitais, como o narcotráfico, o contrabando de armas, o terrorismo, as grandes fraudes, roubos, extorsões, evasão fiscal, crimes financeiros e, especialmente, a corrupção. Neste aspecto, políticas e práticas de prevenção aos crimes antecedentes à lavagem de capitais são princípios que fazem parte de Tratados e de Convenções Internacionais e, que, portanto, norteiam as medidas adotadas pelos Estados signatários por meio das suas legislações penais. Por exemplo, antes que ocorra o crime de lavagem de capitais, é preciso que políticas e práticas de prevenção da corrupção sejam criadas. A prevenção do crime antecedente é, também, uma maneira de combater a lavagem de capitais. Nesta perspectiva, o enfrentamento do crime pressupõe metodologia baseada na prevenção.

Em outros termos, para combater com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente faz-se necessária a prevenção dos crimes antecedentes. Cite-

se, por exemplo, a *Convenção das Nações Unidas para a Corrupção* (2003), promulgada pelo Decreto n. 5.687 de 31/01/2006 instrumento no qual a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional. Esta constatação tornou necessária a adoção de medidas para preveni-la. Neste caso, a prevenção da corrupção passou a ser responsabilidade de todos os Estados, os quais devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes.

Ademais, o artigo 26 da Convenção dispõe que cada Estado-parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos. As medidas adotadas servirão para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos crimes qualificados (Suborno de funcionários públicos nacionais; Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas; Tráfico de influências; dentre outros) de acordo com a referida Convenção. E que a responsabilidade das empresas existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os crimes.

No Brasil, a previsão do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É sabido que a idéia de responsabilidade penal das empresas foi incorporada à Lei 9.605/98, por força de Tratados e Convenções em defesa do meio ambiente e da ratificação do Brasil ao princípio da precaução. A adoção de medidas legislativas nesta direção torna possível legitimá-las como políticas de prevenção. Observa-se que, a nova fórmula de prevenção ao crime contra o meio ambiente está simbolizada pelas políticas de responsabilidade penal. Essa nova fórmula baseia-se na idéia de que as empresas representam risco, tendo em vista que passaram a ter participação direta nas questões ligadas à criminalidade econômico-financeira. Na verdade, não foram razões jurídicas, mas necessidades políticas, que determinaram a reaparição do debate sobre a punibilidade das empresas no século XXI¹³.

Atualmente, a técnica legislativa e o clássico instrumental dogmático-penal ideologicamente condicionado e pautado pelos princípios da responsabilidade pessoal e da responsabilidade subjetiva têm sido considerados obstáculos à responsabilização da pessoa

¹³ Apenas na idade média, quando as corporações começam a ter maior importância, tanto na esfera econômica quanto política, entra em pauta o debate sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

jurídica. Entretanto, afirma-se que o debate a respeito desse tema não pode ter início pela dogmática penal clássica, porque a atual prática – interpretação e aplicação – do Direito Penal baseia-se na tradicional Teoria do Crime. Com isso, o debate deve gravitar em torno dos ajustes na Teoria do Crime os quais deverão modificar a dogmática penal clássica. A justificativa para os ajustes na Teoria do Crime decorre de uma opção eminentemente política. Diante desse fato, a responsabilidade penal não poderá ser entendida na forma tradicional.

Com base na ideia do risco, supõe-se que a justificativa para a responsabilização da pessoa jurídica atende a dois pontos. O primeiro deles está ligado à utilização de empresas por pessoas físicas não apenas para lesar, mas, sobretudo para colocar em perigo o meio ambiente. O segundo ponto, como consequência do primeiro, consiste no fato de que as empresas tomam parte nas ações criminosas, tendo em vista suas atividades econômico-financeiras. O efeito disso produz uma alteração ao paradigma de apuração das infrações, tornando também responsabilidade das empresas o zelo pela preservação do meio ambiente. Por certo, não se pretende mediante esse raciocínio esvaziar a responsabilidade penal da pessoa física; muito pelo contrário. Na verdade, a legislação revela que ambos são convocados a agir preventivamente ao risco.

Essa forma especial de agir pode estar diretamente vinculada à omissão ao dever de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, previsto no § 3º, do artigo 54; e, também, à omissão ao dever de obedecer às normas legais e regulamentares pertinentes, por exemplo, para a instalação de serviços potencialmente poluidores, conforme artigo 60, todos da Lei 9.605/98.¹⁴ Sendo a conduta por omissão, o fato é que o dolo/culpa é de perigo abstrato.

O crime de perigo abstrato constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. O perigo não aparece como elemento do tipo objetivo. Não é necessária a demonstração da existência do perigo, bastando a simples comprovação de uma atividade finalista. Neste caso, o perigo é inerente à ação, não sendo preciso verificar se a situação de perigo para o bem jurídico protegido realmente ocorreu ou não, pois esta é presumida pelo legislador. Diferentemente do perigo concreto cuja existência se relaciona com o modo de agir do agente, do objeto material atacado e/ou dos meios selecionados para o ataque.

¹⁴ § 3 do artigo 54 reza que: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.” “Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização de órgãos ambientais competentes ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.”

Significa dizer que, a crescente tendência em criminalizar comportamentos abstratamente perigosos é política que escapa da idéia de repressão às condutas ofensivas aos bens jurídicos relevantes. Além de distanciar-se dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi* estatal, essa espécie de política interfere na Teoria do Crime e altera a dogmática jurídico-penal.

Essa política criminal preventiva pode ser oportuna quando se trata do crime organizado transnacional. No entanto, a preocupação deve ir além da prevenção do crime organizado. A preocupação reside no fato de que o uso indiscriminado da prevenção não poderá servir de justificativa para a punição de condutas omissivas como se comissivas fossem. Citem-se, mais uma vez, o § 3º, do artigo 54 que impõe a aplicação da mesma pena do crime comissivo para o crime omissivo (dolo de perigo abstrato).

Na Lei 9.613/98 de combate à lavagem de capitais, o *especial dever legal de agir* da pessoa física e da pessoa jurídica para evitar o resultado decorre dos artigos 10 e 11. Esse *especial dever de agir* para evitar a ocorrência da lavagem de dinheiro é chamado de *compliance*. O *compliance* se sustenta na ideia de conformidade normativa como valor fundamental, buscando zelar pela reputação da organização empresarial e pelas práticas de governança interna, submetendo o próprio ente fictício a um controle o mais abrangente possível. Reinterpretando-o no contexto do Direito Penal Internacional, o instituto apresenta-se como um conjunto de mecanismos internos de gestão para detectar e prevenir condutas criminosas que venham a ocorrer dentro da corporação.

As fontes do *especial dever de agir* podem provir de lei, de convenção ou de situação anterior (lícita ou ilícita) criada pelo próprio agente, conforme previstas, respectivamente, nas alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 13, §2º do Código Penal que fundamentam a responsabilidade do garantidor pelo resultado que não evitar. No entanto, os sujeitos ativos obrigados do art. 9º da Lei 9.613/98 são garantidores no sentido do artigo 13, §2º, alínea “a” do Código Penal e, assim, poderão cometer o crime de lavagem de capitais na forma omissiva imprópria.

O combate à criminalidade transnacional, sobretudo, daquela que se utiliza dos aparatos tecnológicos, tem requerido como solução do problema a prevenção de riscos. Diante deste fato, o crescente número de crimes omissivos parece ser uma tendência bastante aceitável. Dentro da parcela da atividade humana que o Direito Penal valoriza negativamente, como conduta indesejada, estão os crimes omissivos impróprios. Nesses crimes, a norma penal vai impor ao sujeito ativo o dever de agir para evitar o resultado.

Pela dogmática tradicional, um fato típico de crime omissivo impróprio ocorre quando ao sujeito ativo é conferida uma obrigação de realizar um comportamento positivo de

modo a evitar que um bem jurídico seja atingido. Deixando de realizar a ação exigida e, em consequência dessa inação, ocorrendo o resultado, o sujeito que podia e devia agir responde pelo evento, como se o tivesse cometido. Na verdade, está obrigado a agir para impedir que o resultado aconteça. Se não impede o resultado, responde como se tivesse dado causa a ele. É essa a norma penal.

Contudo, quando o assunto envolve o Direito Penal Internacional, é preciso compreender os limites da responsabilidade a fim de que os atores envolvidos não respondam pelo resultado produzido. Por isso, defende-se que a punição da omissão imprópria deverá obedecer aos critérios da prevenção de resultados, tendo em vista tratar-se da metodologia adotada na esfera internacional. Ou seja, os garantidores devem estar obrigados, por lei, a agirem apenas para a prevenção do resultado e não para evitá-lo.

Na Lei 9.613/98, os artigos 10 e 11 descrevem comportamentos omissivos impróprios. O §2º do artigo 13 do Código Penal estabelece que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” Ou seja, as pessoas (os garantidores) estão obrigadas a agir para evitar que o resultado ocorra. É claro que só se pode considerar o resultado do ponto de vista normativo, por força da norma, e não do ponto de vista físico. Portanto, os garantidores têm o dever de agir para evitar o resultado jurídico.

Todavia, na esfera internacional, o especial dever de agir não deverá ser para evitar o resultado jurídico, senão que para a sua prevenção. O Direito Penal Internacional é na sua essência preventivo, porque é construído com base no conceito de crime organizado transnacional. Portanto, a omissão penalmente relevante deverá exigir do sujeito ativo apenas que, podendo agir, aja visando evitar o resultado. Ou seja, não poderá ser exigível do sujeito ativo que efetivamente evite o resultado; caso contrário, haverá uma excessiva responsabilidade penal.

Neste caso, não se pode ignorar que essa tendência introduzida pelos dispositivos da Lei 9.613/98 está alinhada à prevenção de resultados jurídicos. Significa que é preciso regular a figura do garantidor na perspectiva da prevenção do resultado jurídico, isto é, *da ideia de que o Direito Penal Internacional é gestão do risco*. E o que é gestão de risco no contexto do Direito Penal Internacional? Gestão de risco é o conceito de combate ao crime que está sendo desenvolvido na esfera internacional.

De acordo com a Teoria da Imputação Objetiva, o resultado produzido será penalmente relevante se o sujeito ativo criou com sua omissão um risco juridicamente desaprovado que se consubstanciou naquele. Sobre esse nexo de causalidade incide a responsabilidade penal. Entretanto, na esfera internacional, criar com sua omissão um risco

juridicamente desaprovado não deve significar omitir-se diante do risco ocorrido, não obtendo êxito no impedimento do resultado; *senão que, omitir-se diante da possibilidade, mesmo que remota, do surgimento do risco, não conseguindo êxito na prevenção do resultado.*

Com base nesta lógica, é verdade que o garantidor não pode esperar que o risco se instale. Significa dizer que, ele deverá agir antes da instalação do risco. Ou seja, deverá agir antes da ocorrência do risco para fazer a prevenção do resultado. Podendo agir e agindo para a prevenção do resultado jurídico, ele estará isento de responsabilidade penal. Ora, se a lógica de enfrentamento ao crime se baseia na metodologia da prevenção do risco, então a responsabilidade penal do garantidor também deverá seguir esta lógica. Ou seja, a sua responsabilidade não pode ultrapassar o dever de prevenir.

Cite-se, por exemplo, o dever legal das pessoas físicas e jurídicas de identificarem seus clientes e de manterem o cadastro atualizado previsto no inciso I, do artigo 10 da Lei 9.613/98. Este dispositivo precisa ser traduzido como sendo o *dever de agir para a prevenção do crime* de lavagem de capitais. Portanto, com a ocorrência do crime de lavagem de capitais não se pode responsabilizar penalmente o garantidor; *senão que indagar a respeito da existência de um nexos de causalidade entre a omissão do sujeito ativo e o resultado produzido, levando-se em consideração o dever de agir para a prevenção do risco.*

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Este artigo se propôs a debater a metodologia de combate ao crime transnacional, a partir da ideia de risco construída pela Lei Penal Brasileira 12.850 de 2013 que define a organização criminosa. Na medida em que a tecnologia e a ciência progridem, a criminalidade transnacional avança. Neste cenário de risco, a definição de crime organizado transnacional foi construída pela Lei 12.850/2013.

Sabe-se que o Brasil se comprometeu a cooperar na esfera internacional com a finalidade de combater o crime organizado transnacional. Com essa constatação, o artigo afirmou que o Direito Penal Internacional fundamentou sua metodologia da prevenção na ideia de risco presente na definição legal de crime organizado transnacional. Nessa linha de construção, sustenta-se que essa metodologia tem sido indispensável para a concretização do combate ao crime organizado transnacional na esfera internacional.

A criminalidade transnacional avança para a produção de novos riscos, especialmente, lesivos à coletividade. No contexto do risco, a sociedade que vive na

insegurança, requer cada vez mais a presença do Direito Penal. Por isso, não é difícil constatar a tendência claramente dominante de expansão do Direito Penal para a prevenção de riscos. Implica dizer que a atual política criminal baseia-se na prevenção de condutas de risco como forma de enfrentar a criminalidade transnacional.

Na perspectiva do risco, a essência da definição de “organização criminosa transnacional” reside na prática de crimes mediante associação organizada de pessoas com o objetivo de obter, diretamente ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. O núcleo de definição repousa, portanto, na associação organizada de pessoas. Assim sendo, é necessária a reunião de pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo informalmente, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes em territórios de países diversos.

Positivado e expresso em Tratados e Convenções, o compromisso de prevenir para combater a criminalidade transnacional representa um importante referencial para as políticas criminais de reação ao risco. Entretanto, este compromisso não pode significar a negação dos direitos e das garantias constitucionais. Ou seja, a política criminal, como expressão de Tratados e Convenções Internacionais, não pode estar imune aos questionamentos e às revisões judiciais. Nessa linha de construção, começa-se a sustentar abertamente, a necessidade de um Direito Penal funcional na esfera internacional. Ou seja, abandono de garantias dogmáticas e aumento da sua capacidade funcional para lidar com a criminalidade transnacional.

A crescente tendência em criminalizar comportamentos abstratamente perigosos é política criminal que escapa da idéia de repressão às condutas ofensivas aos bens jurídicos relevantes. Por isso, diante Direito Penal que surge no contexto internacional, a política criminal sustenta uma mudança semântico-dogmática: *risco ao invés de ofensa efetiva ao bem jurídico*. Nesta direção, o texto afirmou que essa espécie de política interfere na Teoria do Crime, altera a dogmática jurídico-penal e, que se distancia dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi* estatal. Observando-se mais atentamente, não é difícil concluir que nesse contexto, há produção de políticas criminais descontextualizadas do perfil garantista da Constituição.

O Direito Penal Internacional tem foco na prevenção, porque o crime transnacional representa risco. Neste sentido, o combate à criminalidade transnacional se realiza por meio da gestão do risco. Nesta direção, as medidas adotadas pelos Estados (signatários de Tratados e de Convenções Internacionais) em relação à criminalidade transnacional são políticas

preventivas. Concluiu-se, portanto, que as iniciativas infraconstitucionais de relacionadas à criminalidade transnacional são políticas alinhadas à gestão do risco.

O texto considerou, ainda, que a metodologia de prevenção de riscos é o objeto de investigação quando o debate envolve a criminalidade transnacional. Pois bem, atestou que compreender o Direito Penal Internacional é conhecer a sua metodologia preventiva; mas, também, concluiu que é preciso debater a respeito dos limites da responsabilidade penal dos atores que são chamados para fazerem a prevenção dos riscos.

Para debater os limites da responsabilidade penal, citou-se o *Criminal Compliance* enquanto política para a prevenção da lavagem de capitais. Discutiu, no entanto, que a adoção dessa política traz modificações de ordem dogmática, pois a omissão relevante em relação aos deveres de *compliance* poderá gerar excessiva responsabilidade penal em função da ideia de garantidor, preceituada pelos crimes omissivos impróprios.

Em razão disto, sugeriu a necessidade de uma mudança de postura, principalmente, no campo da atribuição da responsabilidade penal. Ademais, considerou a possibilidade de aplicação da Teoria da Imputação Objetiva como importante ferramenta para a análise da atribuição da responsabilidade penal, já que se baseia em conceitos abertos, que se compatibilizam com a realidade concreta dos fatos.

A despeito de algumas críticas apontadas a ela, o debate penal na esfera internacional pode se aprofundar com base em seus postulados teóricos. Enfim, para discutir o crime organizado transnacional que ofende bens jurídicos difusos e coletivos, a Teoria da Imputação Objetiva mostra-se relevante. Nesta seara, dada a essencialidade do Direito Penal Internacional no combate ao crime organizado transnacional, sobreleva a importância do estudo indispensável dos instrumentos internacionais, como os Tratados e Acordos bilaterais ou multilaterais que conformam o Regime Global de proibição.

REFERÊNCIAS

CARTA DA ONU. <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 15/04/2017.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm Acesso em 10/05/2017.

CONVENÇÃO DE BASILEIA. <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/convencao-de-basileia> Acesso em 15/0/4/2017.

CONVENÇÃO SOBRE COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ESPÉCIES DE FLORA E FAUNA SELVAGENS EM PERIGO DE EXTINÇÃO.

http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cites/legislacao/convencao_citesconf1115.pdf
Acesso em 15/05/2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Tratado de direito penal – parte geral 1.** São Paulo: Saraiva. 2008.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.** São Paulo: LiberArs. 2015.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal.** Tradución de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 490p.

SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal no MERCOSUL: uma metodologia de harmonização.** Mandamentos: Belo Horizonte. 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo.** Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

THE MANAGEMENT OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME: A METHODOLOGICAL REFLECTION.

ABSTRACT

This article aims to discuss the risk methodology to combat transnational crime, based on Brazilian Criminal Law number 12.850

of 2013 that defines the criminal organization. In this premise, it is included the duty of efficient and prompt crime management. And attentive to this situation, it was asked: "In which the methodology of transnational crime management adopted by Brazil in the international sphere is legitimized?" It was assumed, therefore, that a risk idea constructed from the legal definition of the Criminal organization can present the necessary basis for an understanding of the methodology to combat transnational crime.

Keywords: Manegement organized crime. Risk prevention. International criminal law. Transnational crime.



A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A REALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS - BREVES CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DA REVOGAÇÃO DO “ENCONTRO RESTAURATIVO” PREVISTO NO ARTIGO 39º DA LEI N.º 112/2009, DE 16 DE SETEMBRO

Margarida Santos¹

RESUMO

A Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, procedeu à revogação do artigo 39.º (*Encontro restaurativo*) da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas). O presente texto tem como objetivo tecer um apontamento crítico a propósito desta opção legislativa, indagando-se em torno da (im)possibilidade de serem realizadas práticas restaurativas no contexto do crime de violência doméstica. Pretende-se, ainda, sumariamente, compreender as implicações da Convenção de Istambul neste âmbito, apurando se o texto desta Convenção impunha a revogação operada pelo legislador português.

Palavras-chave: Violência doméstica. “Encontro restaurativo”. Implicações da Convenção de Istambul.

¹ Doutora em Direito, na especialidade de Ciências Jurídicas Públicas; Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho, Membro Integrado do Centro de Investigação de Justiça e Governação - JusGov (Universidade do Minho) e da Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento (ISMAI)

1 INTRODUÇÃO

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, designada por Convenção de Istambul², estabelece uma visão transversal da proteção da mulher contra a violência. Com efeito, a Convenção compreende diferentes âmbitos, abarcando, desde logo, as matérias da prevenção, proteção e apoio, direito civil e penal, direito processual e medidas de proteção, migração e asilo, prevendo, igualmente, um mecanismo de monitorização.

A Convenção impulsionou relevantes alterações na legislação portuguesa, que visaram adequar o ordenamento jurídico português a este instrumento internacional, que importa sumariamente dar conta, dando-se especial atenção às alterações oriundas da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro. Neste âmbito, tecer-se-á um apontamento crítico relativamente à revogação operada por esta lei do artigo 39.º (*Encontro restaurativo*) da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas).

2 IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

Com efeito, de forma a conformar o ordenamento jurídico português com o disposto na Convenção de Istambul foram publicadas, desde logo, no que diz respeito ao direito penal substantivo, as Leis n.º 83/2015, de 5 de agosto³, e n.º 103/2015, de 24 de agosto (esta última não o refere explicitamente, mas podemos compreendê-la como inserida neste contexto⁴).

Ademais, neste âmbito, assume também importância um outro conjunto de legislação, a que importa atender: a Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, que altera a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas); a Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, a qual

² A Convenção foi aprovada a 11 de maio de 2011, tendo sido ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro, e entrado em vigor a 1 de agosto de 2014. Para uma visão panorâmica da Convenção de Istambul, ver SANTOS, 2017.

³ Desde logo, a Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, autonomizou o crime de mutilação genital feminina, criou os crimes de perseguição e casamento forçado e alterou os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual.

⁴ Assim, ver também Âgra, Cândido da, *et al*, 2015 p. 21, nota 5.

transpõe a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, e que deve ser interpretada em sintonia com as disposições da Convenção de Istambul com relevância nesta matéria⁵; a Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro que aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e altera a Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil e, ainda, a Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, que altera o Código Civil⁶ promovendo a regulação urgente das responsabilidades parentais em situações de violência doméstica, altera a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro⁷, o Código de Processo Penal⁸ e o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro.

Foram inúmeras as alterações oriundas da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro. Pela importância desta lei para o nosso objeto de estudo importa dar conta sumariamente das principais modificações legislativas. Além de serem modificados vários normativos legais⁹, foram aditados os artigos 4.º-A (*Análise retrospectiva de situações de homicídio em violência doméstica*), 27.º-A (*Intervenção dos órgãos de polícia criminal*), 29.º-A (*Medidas de proteção à vítima*), 34.º-A (*Avaliação de risco da vítima na fase de julgamento*) e 34.º-B (*Suspensão da execução da pena de prisão*), 37.º-A (*Base de Dados de Violência Doméstica*), 37.º-B (*Comunicação obrigatória de decisões judiciais*), 53.º-A (*Articulação no âmbito da rede e com outros intervenientes*), 58.º-A (*Competências do Instituto da Segurança Social, I. P.*) e 61.º-A (*Respostas de acolhimento de emergência*). Foram, ainda, revogados o artigo 39.º; os n.ºs 4 a 7 do artigo 53.º; o artigo 75.º e o n.º 2 do artigo 81.º.

⁵ Para uma leitura sobre estas alterações, ver SANTOS/CERQUEIRA, 2017.

⁶ Pela sua relevância importa sublinhar que foi aditado ao Código Civil o artigo 1906.º - A (*Regulação das responsabilidades parentais no âmbito de crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto família*): “Para efeitos do n.º 2 do artigo anterior, considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças”.

⁷ Foi aditado o n.º 4 ao artigo 31.º (*Medidas de coação urgentes*): “4 - A medida ou medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre progenitores são imediatamente comunicadas ao representante do Ministério Público que exerce funções no tribunal competente, para efeitos de instauração, com carácter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais”. Foi igualmente revogado o artigo 37.º - B (*Comunicação obrigatória de decisões judiciais*).

⁸ Foi aditado ao artigo 200.º do Código de Processo Penal (*Proibição e imposição de condutas*) o n.º 4: “A aplicação de obrigação ou obrigações que impliquem a restrição de contacto entre progenitores são imediatamente comunicadas ao representante do Ministério Público que exerce funções no tribunal competente, para efeitos de instauração, com carácter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais”.

⁹ Foram alterados os artigos 2.º, 3.º, 11.º, 14.º, 15.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 26.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 37.º, 42.º, 45.º, 46.º, 48.º, 53.º, 55.º, 58.º, 59.º, 61.º, 62.º, 64.º, 65.º, 66.º, 68.º, 73.º, 74.º e 83.º.

Neste âmbito, uma nota crítica se impõe aqui deixar quanto à revogação do artigo 39.º (*Encontro restaurativo*), na medida em que entendemos que esta opção legislativa carecia de ter sido sustentada num debate mais aprofundado.

Cumpre também confessar que se dúvidas existissem acerca da motivação subjacente a esta revogação, as mesmas foram dissipadas desde logo com a publicação do Relatório de Portugal entregue ao GREVIO¹⁰, onde se refere que as obrigações decorrentes do artigo 48.º da Convenção se afiguram cumpridas desde a revogação do artigo 39.º.

Ora, de acordo com a letra do artigo 48.º da Convenção (*Proibição de processos alternativos de resolução de conflitos ou de pronúncia de sentença obrigatórios*): “As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para proibir os processos alternativos de resolução de conflitos obrigatórios, incluindo a mediação e a conciliação em relação a todas as formas de violência abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção”. Nesta medida, se compreendemos a Convenção como um instrumento essencial para a proteção da vítima (mulher), numa perspetiva holística, o certo é que não nos parece que daquele texto legal decorra esta imposição que motivou a alteração de rumo assumida pelo legislador português.

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A REALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS – BREVES CONSIDERAÇÕES

Na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que introduziu a mediação penal de adultos no ordenamento jurídico português, excluiu-se do seu âmbito material de aplicação os crimes de violência doméstica, desde logo na medida em que se optou por restringir-se a possibilidade de mediação a (um conjunto de) crimes particulares *lato sensu*. Ainda assim, na referida Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas), previa-se a possibilidade de realização de um “encontro restaurativo”. Nos termos daquele artigo 39.º, estipulava-se que “Durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena *pode ser promovido, nos termos a regulamentar*, um encontro entre o agente do crime e a vítima, *obtido o*

¹⁰ Cf. o Relatório Português (Report submitted by Portugal pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, recebido pelo GREVIO em 8 de setembro de 2017 e publicado em 8 de setembro de 2017, encontrando-se disponível em <https://rm.coe.int/portugal-state-report/168074173e> (última consulta a 3-10-2017).

consentimento expresse de ambos, com vista a restaurar a paz social, tendo em conta os legítimos interesses da vítima, garantidas que estejam as condições de segurança necessárias e a presença de um mediador penal credenciado para o efeito” (destacado nosso).

Ou seja, no âmbito daquele artigo 39.º, afigura-se, *rectius* afigurava-se, necessário, o preenchimento dos seguintes pressupostos cumulativos: que houvesse o consentimento expresse da vítima e do arguido, que o encontro restaurativo atendesse aos legítimos interesses da vítima e que estivessem garantidas condições de segurança e estivesse assegurada a presença de um mediador penal, num determinado momento processual, ou seja, durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena (ao contrário do que sucede no regime da mediação penal - Lei n.º 21/2007, de 12 de junho - onde, na esteira do seu artigo 3.º, a fase de inquérito é o único momento processual onde a mediação poderá atuar). Numa palavra, além de pressupor o consentimento da vítima e do arguido, para que o encontro tivesse lugar tinha de existir uma prévia intervenção da justiça penal.

Nesta medida, numa leitura geral, e descomprometida do caso concreto (que não desconsideramos que pode ser insuficiente), cremos que não existe entrave à realização deste “tímido” exemplo de práticas restaurativas que a versão primitiva da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas), permitia.

Importa, contudo, reforçar que as especificidades do fenómeno subjacente ao crime de violência doméstico, assente *grosso modo* numa especial relação de intimidade/solidariedade (presente ou passada) entre os sujeitos envolvidos, requer especiais cautelas na utilização da justiça restaurativa, que não obliteramos. Como, de resto, se estabelece no considerando n.º 46 da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012:

Os serviços de justiça restaurativa, nomeadamente a mediação entre a vítima e o autor do crime, conferências em grupo familiar e círculos de sentença, podem ser de grande benefício para as vítimas, mas exigem precauções para evitar a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação. Por conseguinte, esses serviços deverão atribuir prioridade aos interesses e às necessidades da vítima, à reparação dos danos causados e à prevenção de novos danos. Ao atribuir um processo aos serviços de justiça restaurativa, bem como durante a respetiva tramitação, devem ter-se em consideração fatores como a natureza e a gravidade do crime, o nível do traumatismo causado, a violação repetida da integridade física, sexual ou psicológica da vítima, o desequilíbrio de forças e a idade, maturidade e capacidade intelectual da

vítima, suscetíveis de limitar ou reduzir a sua capacidade de decidir com conhecimento de causa ou de comprometer um resultado positivo a favor da vítima...

Não obstante, cremos que esta possibilidade poderia assumir virtualidades, que acabaram por não ter sido potencializadas. Na verdade, como sintetiza Catarina Fernandes, “[n]ão há notícia de que este mecanismo de justiça restaurativa tenha sido efetivamente utilizado, devido à falta de concretização legal e às muitas reservas que suscitou a sua utilização (FERNANDES, 2016, p. 221).

Efetivamente, a violência doméstica afigura-se um “exemplo paradigmático da controvérsia em redor da utilização ou não da mediação relativamente a determinados crimes” (MOYANO MARQUES/LÁZARO, 2005, p. 31).

Com efeito, apesar de termos consciência da complexidade da temática, das críticas que em concreto a arquitetura do “encontro restaurativo” encerra¹¹ e dos argumentos de peso utilizados por aqueles que se opõem à realização destas práticas no contexto do fenómeno subjacente à violência doméstica - associados à ideia de inexistência de um “empoderamento” do conflito por parte da vítima do conflito -, estamos com aqueles Autores¹² que entendem que as práticas restaurativas merecem uma atenção acrescida, desde que rodeadas de especiais cuidados. Na verdade, cremos que estas práticas, em determinadas situações (e não em todas!), podem mesmo configurar um *plus* no âmbito da prevenção da violência doméstica, nomeadamente nos casos onde não houve rutura da relação entre o agressor e a vítima (FERNANDES, 2016, p. 221).

Neste âmbito, vincando a ideia de que este especial contexto requer especiais cautelas e reservas, e socorrendo-nos da síntese de Cláudia Cruz Santos (2014, p. 747), importa sublinhar três ideias principais:

... nem sempre as práticas restaurativas serão possíveis no âmbito da violência doméstica (nomeadamente quando algum dos intervenientes no conflito estiver numa situação de fragilidade inultrapassável e/ou quando o conflito estiver de tal modo solidificado que se tornou estrutural e já não incidental); ou, *sendo possíveis, não deverão existir por não serem desejadas*; e, mesmo quando possíveis e

¹¹ Ver a síntese de SANTOS, 2010, p. 69 e pp. 75-76.

¹² Assim, ver, entre outros, SANTOS, 2014, em especial pp. 725 e ss; SANTOS, 2010, em especial pp. 70 e ss. Se bem entendemos, em sentido favorável, na medida em que defende, de *iure condendo*, a violência doméstica como um delito público atípico, em que a vontade do ofendido deve ser atendida para efeitos quer da não prosseguibilidade da ação penal, quer para efeitos de resolução alternativa de litígios, no caso de mediação penal, LEITE, 2010, p. 64.

desejadas, *não têm de excluir sempre algum funcionamento da justiça penal* (grifo nosso).

Entendemos que aquela possibilidade (a prevista no citado artigo 39.º) constituiu uma efetiva tomada de posição nesta matéria, significando um “reconhecimento, aliás louvável, por banda do legislador, da primacial relevância do conflito interpessoal no crime de violência doméstica, ao qual importa acudir” (NEVES, 2010, p. 6).

Neste sentido, apesar das críticas, esta norma apresenta[va] vantagens. Como bem aponta Cláudia Cruz Santos (2010, p. 75), desde logo,

“... contraria-se a ideia de que o encontro restaurativo entre a vítima do crime de violência doméstica e o seu agente é necessariamente desvalioso para a primeira. Abandona-se, assim, a imagem da vítima indefesa, aterrorizada e incapaz de tomar nas mãos o seu próprio destino que surgia recorrentemente como obstáculo à mediação penal na violência doméstica”.

Com efeito, como sublinha a Autora (2010, p. 75) “... esta norma tem o valor simbólico de abrir as portas, *em outros momentos do processo penal*, a soluções restaurativas”. Numa palavra, “[o] legislador, ao cunhar esta norma, pressupõe que há vítimas de violência doméstica que querem encontrar-se com o seu agressor porque acham que essa é uma solução boa para elas” (Santos, 2010, p. 75).

Neste sentido, entendemos que a opção legislativa de suprimir a possibilidade de realização de um “encontro restaurativo”, mesmo antes da publicação da respetiva regulamentação, e sem estar associada de um debate sério e profundo da temática, se afigura desadequada.

Se compreendemos que a proteção – integral – da vítima (mulher), em *muitas* situações, poderá ser incompatível com a realização de práticas restaurativas, existirão situações que reúnem os requisitos para que o “saudável” encontro se realize e concretize a efetiva *reparação*.

Nesta medida, e retomando a crítica de Cláudia Cruz Santos (2010, p. 76), a propósito da forma como foi consagrado o “encontro restaurativo”, parece-nos que permanece na *mens legislatoris* o “receio de transmitir uma imagem de tolerância político-criminal face à violência doméstica”. Importa, pois, retomar o debate, compreendo que reunir esforços na repressão e prevenção deste grave atentado aos direitos humanos pode incluir igualmente a realização de práticas restaurativas, se o caso concreto assim o reclamar para melhor alcançar

a reparação da vítima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, procedeu à revogação do artigo 39.º (*Encontro restaurativo*) da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas).

Para haver lugar ao “encontro restaurativo” era necessário que houvesse o consentimento expresso da vítima e do arguido, que o encontro restaurativo atendesse aos legítimos interesses da vítima e que estivessem garantidas condições de segurança e estivesse assegurada a presença de um mediador penal, durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena (ao contrário do que sucede no regime da mediação penal - Lei n.º 21/2007, de 12 de junho).

Em síntese apertada, para que o “encontro restaurativo” tivesse lugar além de pressupor o consentimento da vítima e do arguido, tinha de existir uma prévia intervenção da justiça penal.

Apesar das críticas que o formato deste mecanismo tem merecido e das dificuldades que se associam à realização, em geral, da justiça restaurativa no âmbito do crime de violência doméstica, cremos que foram desconsideradas as (eventuais) vantagens para a reparação da vítima (e para a pacificação social).

Se as especificidades associadas à especial relação de intimidade/solidariedade (presente ou passada) entre os sujeitos envolvidos requerem especiais cuidados nesta matéria, estas mesmas especificidades poderão reclamar, em determinadas situações, *outras* formas de olhar o conflito criminal. E no caso, a outra forma era complementar à justiça criminal, na medida em que apenas teria lugar durante a suspensão provisória do processo ou durante a execução da pena.

É hora, pois, de relançar o debate e de reunir esforços na repressão e prevenção da violência doméstica, que se revela um grave atentado aos direitos humanos. É hora, nesta medida, de não ter medo de enfrentar que a ideia político-criminal de tolerância zero relativamente à violência doméstica pode significar olhar *para dentro* do conflito e verificar de que forma melhor se alcançaria a reparação da vítima, em todos os cenários possíveis.

REFERÊNCIAS

SANTOS, Margarida. A Convenção de Istambul e a proteção das Mulheres contra a violência: uma visão panorâmica. In: ROCHA, Maria Elizabeth, COSTA, Marli M. Moraes da e HERMANY, Ricardo (org.). **O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos. 4.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC – Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul / RS. 2017. Disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/e-book_lusofonia. Acesso em: 2 de mar. 2018.

ÂGRA, Cândido da (Coord.) *et al.* **Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. 2015.

SANTOS, Margarida/ CERQUEIRA, Magda. Um novo olhar jurídico-penal em torno da vítima: considerações a partir das implicações da Convenção de Istambul e da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012. In: SANTOS, Margarida, GRANGEIA, Helena (Coord.). **Os novos desafios em torno da proteção da vítima – uma visão interdisciplinar**. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho. 2017, disponível em: <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/novos-desafios-em-torno-da-protecao-da-vitima-uma-perspetiva-multidisciplinar/>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

FERNANDES, Catarina. Encontro Restaurativo. In GUERRA, Paulo / GAGO, Lucília (Coord.). **Violência doméstica – implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno, Manual Pluridisciplinar**. Centro de Estudos Judiciários/ Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. 2016, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf. Acesso em: 2 de mar. 2018.

MOYANO MARQUES, Frederico / LÁZARO, João. A mediação vítima-agressor e os direitos e interesses das vítimas”. In **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**, Coimbra: Almedina. 2005.

SANTOS, Cláudia Cruz. Violência Doméstica e Mediação Penal: uma convivência possível. **Revista Julgar**. N.º 12 (especial). Novembro de 2010, p. 69 e pp. 75-76

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa – um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?**, Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

LEITE, André Lamas. A Violência Íntima: Reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. **Revista Julgar**. N.º 12 (especial). 2010.

NEVES, J. F. Moreira das. **Violência Doméstica – Sobre a Lei de Prevenção, Protecção e Assistência às Vítimas**. Agosto, 2010. Disponível em
<https://www.verbojuridico.net/doutrina/2010/jmoreiraneves_violenciadomestica.pdf>.
Acesso em: 2 de mar. 2018.

BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. **A mediação Penal em Portugal**. Coimbra: Almedina. 2012.

**DOMESTIC VIOLENCE AND THE EXECUTION OF RESTORATIVE PRACTICES
- BRIEF CONSIDERATIONS REGARDING THE REPEAL OF THE
"RESTORATIVE MEETING" PROVIDED FOR IN ARTICLE 39 OF LAW 112/2009,
OF SEPTEMBER 16**

ABSTRACT

The law 129/2015, of September 3, repealed article 39 (Restorative Meeting) of Law 112/2009, of September 16 (Legal regime applicable to the prevention of domestic violence, protection and assistance of victims). The present paper aims to provide a word of criticism about this legislative option, investigating the (im)possibility of restorative practices being carried out in the context of the crime of domestic violence. It is also intended to summarily understand the implications of the Istanbul Convention in this context, ascertaining whether the text of this Convention imposed the repeal by the Portuguese legislator.

Keywords: Domestic violence. "Restorative meeting". Implications of the Istanbul Convention.



NOTAS SOBRE A DIMENSÃO PÚBLICA DO CASAMENTO NA LEGISLAÇÃO DOS SÉCULOS XVII E XVIII: UMA PRIMEIRA ABORDAGEM.

Míriam Afonso Brigas¹

RESUMO

Visa-se com o presente artigo, analisar como uma parte significativa da legislação dos séculos XVII e XVIII, em Portugal, concebeu o casamento enquanto instituição pública e/ou privada. Considerando a relevância atribuída pelo monarca a esta instituição, analisam-se aspetos do regime jurídico do casamento, facto que terá justificado a sua intervenção como elemento autorizador/fiscalizador para a realização das uniões. Do estudo realizado, procura-se ainda perceber se o legislador, através da legislação criada, tem subjacente um determinado entendimento acerca da função do casamento, e se este entendimento sofreu alterações no período cronológico delimitado.

Palavras-chave: Casamento. Património. Intervenção pública. Privado. Licença régia.

¹Professora Auxiliar do Grupo de Ciências Histórico-Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Membro do Conselho Científico e do Conselho Pedagógico da mesma Faculdade. Investigadora integrada do Centro de Investigação Teoria e História do Direito (THD - ULisboa) e Membro da "Rede Internacional de Investigadores em Direito e Justiça" (RIIDJ).

Visa-se com o presente artigo, efetuar uma primeira análise sobre parte importante da legislação aplicável em matéria de casamento nos séculos XVII e XVIII, procurando clarificar a *vertente pública* presente nesta instituição. O casamento, enquanto contrato com relevo social, foi objeto de interesse de vários manuais de civilidade, como sucedeu em 1782 com as *Instruções ás Senhoras Casadas para viverem em paz e quietação com seus maridos* (Ferreira 1783), onde se alertava para a possibilidade de o marido corrigir a mulher, devendo esta mostrar-se agradecida "a seu bom afecto" (Ferreira id, 4), recebendo "a correcção com humildade, sem por isso o aborrecer, porque diz a Sagrada Escritura que quem aborrece a correcção sentirá os males que lhe virão por sua altivez e soberba" (Ferreira id., 5). Várias obras associadas à literatura de conselho procuraram analisar o casamento como base da estrutura familiar, alertando para a importância dos modelos de conduta a observar nas relações entre os cônjuges. Referimo-nos ao *Espelho de Casados* (Barros 1540), ao *Casamento Perfeito* (Andrade 2008) e à *Carta de Guia de Casados* (Melo s/data), só para destacar algumas das obras mais relevantes nesta matéria. O contributo da literatura espanhola não pode igualmente ser esquecido, como nos atestam o *Reloj de Principes* (Guevara 1529) e as *Epistolas Familiares* (Guevara 1600) de Guevara ou a *Instrucción de la Mujer Cristiana* (Vives 1535) de Vives.

Também o direito canónico contribuiu para a definição do casamento enquanto instituição relevante, especialmente após o Concílio de Trento, reunião na qual se estabeleceu um conjunto de princípios em matéria de *casamentos clandestinos*, reconhecendo a validade destes casamentos, embora se exigisse que as futuras celebrações contassem com a presença de três testemunhas, entre outras estipulações importantes. Igualmente nos *Manuais de Confessores* encontramos preocupação com as matérias matrimoniais, designadamente com a confissão dos esposos (Almeida 1988).

Jayme de Corella na sua *Practica del Confessionario y explicacion de las proposiciones condenadas por la Santidad de N. S. P. Inocencio XI y Alexandro VII* analisa os termos da confissão, demorando-se no comportamento dos esposos face à vida conjugal. O estudo efetuado pelos teólogos justificou, aliás, o entendimento posterior destas matérias, centrado nos deveres conjugais e na proximidade do casamento com o estado de perfeição advogado na vida religiosa, como efetua Santo Agostinho (Agostinho 1955: 153 e 154).

Encontramos nas obras indicadas a análise do casamento centrado nos papéis assumidos pelos elementos da relação conjugal, aspeto especialmente visível em matéria de deveres conjugais. É, assim, frequente a existência de uma hierarquia, na qual a mulher assumia um papel de cuidadora obediente perante a autoridade masculina. Recordemos que já

as Ordenações Filipinas haviam abordado o casamento enquanto instituição, essencialmente na sua vertente patrimonial, regulando, com particular cuidado, as restrições existentes em matéria de alienação de bens (Ordenações Filipinas, Livro IV, Títulos LC e ss). No período posterior a 1750, encontramos o tratamento do casamento e do poder paternal como instituições merecedoras de regime jurídico relevante, como se comprova na significativa legislação produzida a este respeito (Brigas 2016).

Mais recentemente, na literatura nacional, Nuno Espinosa Gomes da Silva analisou esta instituição na sua *História do Casamento em Portugal* (Silva 2013; Xavier 2000), procurando estudar a evolução histórico-jurídica ocorrida neste importante instrumento de continuidade familiar (Merêa 1913, 1948, 1952). Igualmente Nuno Salter Cid abordou a temática do casamento na sua tese de doutoramento, analisando essencialmente a comunhão de vida existente à margem desta instituição, mas cujos fundamentos implicaram uma investigação profunda sobre os antecedentes do casamento enquanto realidade jurídico-privada (Cid 2005; Monteiro 1998; Mattoso 2010; Duby/Ariès 1990; Xavier 2000; Pinheiro 2004)².

O nosso estudo irá centrar-se nas Leis de 23 de novembro de 1616 e 29 de janeiro de 1639, relativas ao casamento de membros da nobreza (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052 e 1053) na Lei de 6 de outubro de 1784, relativa aos esponsais como momento prévio à celebração do casamento, bem como às querelas de estupro, e na Lei de 29 de novembro de 1775, aplicável às situações de recusa de consentimento paterno para o casamento dos filhos menores. Destacamos estes diplomas por entendermos que são representativos do tratamento que a matéria do casamento recebeu neste período, permitindo igualmente a identificação da ruptura operada nestas matérias a partir de 1750. Não nos debruçaremos na análise específica do regime substantivo definido nos diplomas em referência, procurando estudar a crescente importância dada pelo legislador acerca da dimensão pública que o casamento enquanto instituição representou no período identificado. Naturalmente que outros diplomas podiam ser referidos em complemento da nossa investigação, mas abordaremos, sempre que entendermos conveniente, a demais legislação complementar aplicável. Não é, portanto, com propósitos de descrição de regimes que iniciamos o presente estudo, mas efetuando o que entendemos ser uma primeira abordagem acerca da vertente pública assumida por esta instituição, tendência que veio posteriormente a

² Naturalmente que existe doutrina abundante sobre o tema que não indicamos no texto, mas na qual é possível analisar o interesse que estas matérias mereceram nos últimos anos, em vários domínios de investigação. Destacamos, a este respeito, os trabalhos existentes na área da História e da Sociologia, onde o casamento tem sido tratado como instituição cujos antecedentes histórico-jurídicos são relevantes.

ser alterada com a publicação do Código Civil de 1867, reconduzindo o casamento à sua natureza de ato privado.

De realçar que o elemento que utilizamos para destacar a vertente pública associada ao casamento não se apoia em nenhum critério específico que permita, na atualidade, destringir a vertente pública e/ou privada de determinada instituição (Pinheiro id.: 44), mas no reconhecimento que a atuação régia assumia para a validade de uma instituição como o casamento. Como veremos, é através da atuação do monarca ou de um dos seus representantes que se permite a realização do casamento ou o suprimento de determinada vontade. Para nós, estes elementos são muito importantes para a compreensão do que simbolizava o casamento enquanto instituição reguladora de interesses sociais e políticos.

Alertamos ainda para o facto de entendermos que para o período delimitado nesta investigação não deverem ser aplicados os conceitos de *direito de família* ou *direito de famílias*, uma vez que a autonomização científica/dogmática das matérias que associamos a este direito ainda não existia. Preferimos, por isso, a utilização de conceitos mais abrangentes e descomprometidos para catalogar as relações jurídicas de direito privado que abrangem sujeitos da família (Brigas id.: 173). Igualmente não se perfilha nenhum entendimento específico a propósito da natureza pública ou privada do direito da família para este período em concreto, o que bem se compreenderá pela afirmação primeiramente efetuada (Xavier 2008: 60; Corte-Real 2011: 116 e 117; Pinheiro id.: 47).

Importa esclarecer que com os diplomas identificados abrangemos períodos diferentes na forma de entender a família como instituição jurídica. Isto é, se no que se refere aos primeiros diplomas (1616 e 1639) encontramos uma preocupação específica com os casamentos dos membros da nobreza que tenham bens da Coroa, justificada pela inexistência de uma política autónoma em matéria de casamento, a fundamentação da legislação posterior é diferente. O legislador seiscentista procura controlar a celebração de uniões que possam resultar em prejuízo direto para o monarca, não apresentando, no entanto, uma filosofia clara acerca dos requisitos/pressupostos de aplicação de um determinado regime. A existência de um tipo específico de património é o denominador que justifica a regulação jurídica. Veja-se que relativamente às demais classes sociais encontramos igualmente referências várias à gestão dos patrimónios uma vez celebrada a união, mas não uma salvaguarda face ao momento anterior à celebração. Esta preocupação do monarca demonstra que o casamento assumia contornos que o distanciavam de um puro ato privado, podendo um sujeito exterior decidir acerca da sua eventual celebração. Este é, aliás, um aspeto que merece destaque. O legislador não admitiu a interferência régia como um dos elementos justificativos do

casamento, mas como o elemento determinante da celebração. Na realidade, embora se faça referência à necessidade de estarem reunidos vários requisitos para a celebração do casamento, designadamente o consentimento dos progenitores (Ordenações Filipinas, Livro IV, 1052), será a licença régia o pressuposto que admite a realização efetiva do matrimónio.

Repare-se que o legislador tem o cuidado de justificar a sua intervenção, alegando acerca da *conveniência* do casamento perante *pessoas indignas*. Não deixa de ser curioso que o legislador não qualifique o que entende com esta designação, mas depreende-se da leitura do diploma que o monarca receia as uniões em que possa existir desigualdade (patrimonial) entre os cônjuges, o que, a admitir-se a transmissão de patrimónios por sucessão, permitiria que as pessoas indignas beneficiassem de bens da Coroa:

"e se esperar dos que conservão o esplendor da Nobreza que herdarão de seus maiores, que não farão cousa, que não corresponda à obrigação, em que seu nascimento os põem: Mandei tratar por pessoas do meu Conselho e outras de Letras e experiencia, do remedio, que se poderia dar neste caso, para que os que com as ditas pessoas casassem, não poderem succeder em bens da minha Coroa, nem os que delles descenderem" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052).

Isto é, são os efeitos decorrentes de uma união em que a comunhão de patrimónios surge como um elemento essencial que habilita a intervenção do monarca. Registe-se que a autoridade do monarca tem como consequência afastar o princípio estabelecido no Livro IV, Título XCIV, que enuncia que havendo falecimento de um dos cônjuges, o sobrevivente é o respetivo herdeiro universal (Ordenações Filipinas, Livro IV, 947).

Qual a legitimidade da intervenção régia?

Temos sérias dúvidas que o regime criado para a nobreza e beneficiários de bens da Coroa por serviços prestados ao monarca altere a natureza subjacente ao casamento no período em análise. Como já tivemos oportunidade de referir (Brigas id.), são factores de natureza patrimonial que justificam a atuação régia, aspeto que assume maior relevância perante bens da Coroa. Os efeitos previstos no diploma para todos os que celebrem casamento contrariando os requisitos enunciados demonstram que o monarca utiliza a sua autoridade para sujeitar os cônjuges infractores a uma *pena*, uma vez que comina com a incapacidade de "haver bens da Coroa, e privados dos que já tiverem, de que desde logo os privo, e a todos os

seus descendentes" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052). Afastamos, por isso, o entendimento de que o monarca, através da legislação produzida no século XVII, visasse alterar a natureza do casamento enquanto instituição. Como veremos, será só mais tarde, no período posterior a 1750, que o caráter privado deste ato jurídico é mais evidente, objeto de "manipulação" régia quando conveniente. O próprio monarca não sentiu necessidade de fundamentar a sua atuação, uma vez que invoca apenas a "afronta em seus descendentes" (Ordenações Filipinas, id.) para justificar a legislação produzida, depreendendo-se, portanto, que considera que os fins inerentes à sua atuação justificam o regime jurídico criado.

A Lei de 29 de janeiro de 1639 continua o referido acima, uma vez que o monarca reitera a proibição de casamento dos membros da nobreza que casam sem a licença régia, bem como que "continuem a dar os tratamentos acima declarados a qualquer das pessoas referidas (...) como também aos filhos e filhas, que do seu matrimónio provierem" (Ordenações Filipinas, Livro IV, 832). O princípio já expresso na legislação de 1616 de estender as limitações em matéria de casamento aos herdeiros dos sujeitos "indignos" que casam com membros da nobreza demonstra que o monarca receava os efeitos patrimoniais dos casamentos que, no seu entendimento, podiam contaminar a dignidade e reputação dos cônjuges nobilitados.

Igualmente o casamento entre pessoas de diferentes credos justificou a intervenção do monarca, como nos atesta a Carta Régia de 16 de dezembro de 1614 (Silva 1854-1859: 206 e 207), na qual se estabeleceu a obrigatoriedade de licença régia para os casamentos entre nobres e cristãos novos, restringindo a sua celebração. O monarca intervém diretamente, condicionando a celebração do casamento pelos interesses patrimoniais existentes. Em consequência, o monarca apenas autoriza a celebração dos casamentos mediante a verificação de um conjunto de requisitos. Caso ocorra a violação dos princípios mencionados, o monarca considera os cônjuges incapazes para a aquisição de bens da Coroa, aplicando retroativamente o diploma.

O casamento enquanto ato jurídico fora já objeto de preocupação em legislação anterior, como nos refere Nuno Espinosa Gomes da Silva (Silva 2013) e José Duarte Nogueira (Nogueira 2006: 331). Não podemos, aliás, deixar de destacar, pelo relevo evidente para a temática em análise, a Lei de 7 de dezembro de 1352, relativa ao registo dos casamentos, que estabelece, ainda que com controvérsia (Merêa 1960: 277-286; Herculano 1865: 52-56; Gama 1881: 134), a obrigatoriedade de registo dos casamentos celebrados. Elemento essencial neste diploma diz respeito ao facto de haver a consciência da relevância do casamento pelos efeitos

que esta instituição produzia na vida familiar dos seus protagonistas e na demais estrutura social. Evitar os casamentos clandestinos era um dos principais objetivos da lei, na opinião de Herculano. Araújo e Gama responde à posição assumida por Herculano, entendendo que o combate aos casamentos clandestinos não foi a única preocupação justificativa do diploma. Na realidade, o monarca repete ao longo do texto a necessidade absoluta da publicidade dos casamentos celebrados, o que permite concluir que a própria natureza do contrato celebrado justificava a exigência agora estabelecida.

A Lei de 29 de novembro de 1775 inaugura um novo entendimento acerca da vertente pública do casamento, admitindo a intervenção de uma entidade judicial na matéria em causa. Estabelece este diploma a possibilidade de os filhos cujos pais tenham recusado o seu consentimento para o casamento, sendo este exigível, poderem recorrer ao tribunal ou a uma entidade judicial para suprir o mesmo, atendendo ao "notorio prejuizo das famílias e da povoação de que depende a principal força dos Estados" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052). É muito interessante o facto de o legislador assumir os fundamentos da sua atuação, reconhecendo que da não autorização para casamento resultam consequências que extravasam o âmbito familiar. Será, aliás, esta a razão que justifica o preâmbulo do diploma, no qual se contextualiza o seu aparecimento e se denuncia o comportamento lesivo dos progenitores:

"tinha muito pelo contrario mostrado a experiencia, que esquecidos até daquelles affectos, que inspirão os notissimos principios do Direito Natural a todos os Pais, para promoverem os interesses de seus filhos, lhe negavão absoluta e obstidamente os consentimentos ainda para os Matrimonios mais uteis, correspondentes ás suas qualidades: erigindo no seu particular e domestico poder, um despotismo, para impedirem os mesmos Matrimónios, em notorio prejuizo das familias, e da povoação de que depende a principal força do Estado" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052).

Registe-se a referência ao poder dos progenitores como *particular e doméstico*, o que nos permitiria considerar que o monarca reconhecia a vertente privada associada ao poder paternal. No entanto, facilmente se conclui que esta referência não ocorre no seu sentido técnico-jurídico, uma vez que o monarca considera que a *utilidade do Estado* legitima a sua intervenção na esfera familiar, substituindo a ação paterna.

O legislador invoca ainda o disposto na Lei de 23 de novembro de 1616 e na Lei de 29 de janeiro de 1739, já mencionadas, para justificar o diploma agora produzido. Isto é,

recorrendo ao disposto nos diplomas analisados, o monarca considera que já não é apenas a matéria patrimonial que justifica a sua atuação ao nível matrimonial. Na realidade, invoca a natureza moderadora do seu poder para reprimir as "tyrannias do poder particular" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052). Este aspeto reveste, a nosso ver, muita relevância, já que denuncia a motivação do legislador. Visa-se agora alterar o regime jurídico subjacente à autorização para casamento, afastando a exclusividade das motivações patrimoniais anteriores. O monarca considera que poderá intervir sempre que o poder paterno se afaste do que devem ser as suas reais motivações.

Neste sentido, duas causas podem legitimar a intervenção régia: a) quando ocorrer abuso ou tirania do poder paterno, situação que o legislador nunca concretiza ou tipifica para clareza do intérprete, e b) sempre que estivermos perante uma causa de natureza geral, já que se refere como competência privativa do monarca o conhecimento das causas e razões por que os pais negam licença para o casamento dos filhos menores. Esta referência é muito clara na expressão do entendimento do monarca, já que denuncia o pré conceito existente perante a intervenção matrimonial. O monarca considera que, independentemente dos interesses presentes na celebração de um casamento, é a entidade competente para garantir/legitimar a sua celebração, caso os progenitores se oponham à sua realização. O monarca concretiza o seu entendimento quando refere ser da sua competência "fazer conter o poder paterno nos seus justos e racionáveis limites" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1052). Isto é, embora as Ordenações Filipinas se referissem à necessidade de autorização paterna para o casamento dos filhos menores, podendo a falta deste requisito gerar a deserção por parte dos progenitores, o monarca entende que os limites de aferição deste poder são da sua competência (Ordenações Filipinas, Livro IV, 927).

Esta conceção é inovadora face ao analisado nos primeiros diplomas porque reconhece a competência do monarca para todos os casamentos, não restringindo esta prerrogativa perante os casamentos dos membros da nobreza possuidores de bens da Coroa. Os efeitos decorrentes do suprimento da licença de casamento recusada pelos progenitores são igualmente importantes, uma vez que permitem a substituição da autorização paterna, visto que o legislador refere que nas situações em que o suprimento tenha ocorrido pode o mesmo ser apresentado "como se para elles interviesse expresso consentimento dos pais, mãis, Tutores, ou Curadores" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1053). Significa assim, que a validade da atuação régia pode ser equiparada àquela que teria lugar caso os progenitores tivessem autorizado o casamento dos filhos menores. Esta equiparação

demonstra que a conceção existente acerca do casamento reconhece a atuação régia nos precisos termos em que teria lugar a atuação dos pais do/da menor.

A Lei de 6 de outubro de 1784 fornece iguais elementos para a densificação do casamento como instituição com crescente relevo público, pese embora sedimente a privacidade associada ao casamento. O diploma em análise reporta-se à matéria dos esponsais, momento prévio à celebração do casamento, estabelecendo um enunciado de pressupostos para a sua validade, dos quais destacamos a obrigatoriedade de escritura pública lavrada por tabelião, assinada pelos contraentes e pelos pais ou respectivos representantes (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1029). O monarca justifica a sua intervenção no momento prévio à celebração do casamento, considerando ser indispensável regular a forma como a manifestação de vontade dos nubentes ocorre:

"sendo-me presentes os muitos, e gravissimos abusos, que se praticão na celebração do contrato esponsalicio (...) vendo-se por isso nascer a obrigação esponsalicia no seio do vicio, da precipitação, e do engano, e ser o fecundo princípio de innumeraveis desordens, dissensões, e escandalos, que perturbão a paz interior das familias, arruinão as casas, pervertem os costumes e impedem o feliz exito dos matrimonios, com grave e consideravel prejuizo do bem publico" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1029).

Registe-se que, de entre as várias causas invocadas para justificar a legislação, o monarca refere novamente o conceito de *abuso* em matéria de celebração de esponsais, identificando razões de natureza privada, como o escândalo que perturba a paz das famílias, considerando que este facto acaba por provocar um dano maior, como sucede com o *bem público*. Seria interessante que o legislador tivesse dado mais indicações acerca deste conceito, uma vez que da leitura do diploma parece que o mesmo é omnicompreensivo para justificar a atuação régia. Havendo vários valores a proteger, o monarca considera que o bem público justifica a legislação produzida, acautelando através da exigência especial de escritura pública, a autenticidade da vontade manifestada, uma vez cumpridos os pressupostos para a sua exteriorização, como sucede em matéria de autorização dos progenitores para a realização do casamento.

A dignidade inerente ao casamento enquanto instituição merecedora de credibilidade social é especialmente visível no diploma em análise, uma vez que o monarca invoca que os requisitos agora estabelecidos visam acautelar que o casamento resulta do "acerto, religião e decencia que pede esta santa e importante alliança" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao

Livro IV, 1029). A forma estabelecida visa, assim, garantir que, de forma pública, se atestava a presença de todos os pressupostos estabelecidos para a validade do casamento, fiscalizados com a intervenção de um agente judicial como o tabelião das respetivas comarcas. Veja-se que esta fiscalização é evidente em matéria de impedimentos para a realização do casamento, uma vez que, havendo ligação familiar entre os nubentes, se refere obrigatoriamente o grau de parentesco "declarando que se obriga debaixo da condição de lhes ser concedida a dispensa legitima" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1030). Novamente a intervenção pública para controlar a relação existente entre os contraentes, no caso, os nubentes, evitando, em nome do interesse público, uniões consideradas reprováveis. O elemento público está indiscutivelmente presente, ora como factor restritivo face aos abusos cometidos, ou como elemento fiscalizador, garantístico do bem público.

Estabelece-se novamente a aplicação do disposto na Lei de 29 de novembro de 1775 atrás mencionada, admitindo-se assim, que a falta de consentimento paterno para a celebração do esponsais possa ser suprida pela autorização régia, nos termos preceituados no diploma.

No Parágrafo 5.º da citada lei, estabelece-se um normativo que acautela a natureza privada das matérias em análise, uma vez que o legislador salvaguarda o conteúdo das discussões havidas acerca da concessão/autorização das licenças em causa:

"para que as discussões que ocorrerem e das decisões que se proferirem sobre a concessão ou denegação das licenças que se pedirem para estes contractos se não revele ao publico, cousa alguma, que por qualquer modo possa prejudicar ao decoro, e reputação das familias, ou de cada hum dos individuos dellas" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1030).

Não encontramos norma de idêntico conteúdo na Lei de 29 de novembro de 1775, o que nos permite concluir que a privacidade inerente à matéria em discussão apenas ganha autonomia com o presente diploma. A afirmação efetuada é tão mais acertiva se tivermos em consideração o disposto no Parágrafo 6.º do diploma em análise, que estabelece a observância do disposto nos parágrafos quarto e quinto do diploma, que obrigam a que decorrido o período de seis meses "sejão mandados queimar os processos, pelos Presidentes dos Tribunaes, ou pelos Magistrados, que houverem proferido as últimas sentenças" (Ordenações Filipinas, Aditamentos ao Livro IV, 1030).

Da leitura da norma citada depreende-se que o monarca reconhece que existem matérias que pela sua natureza podem revelar aspetos que deverão permanecer na estrutura

familiar. O legislador não se compromete, no entanto, com a qualificação da natureza destas matérias, não assumindo nunca a estrutura doméstica ou privada das mesmas. Podemos, aliás, suscitar a questão da legitimidade da intervenção régia caso se admitisse que estas matérias podiam ser integradas numa esfera privada/doméstica da família. No entanto, o facto de identificar o *decoro* como um dos factores impeditivos da revelação pública denuncia que o legislador reconhece que as matérias objeto de discussão podem comprometer a imagem pública dos protagonistas. Fica, portanto, evidente a existência de uma esfera de atuação centrada na ação dos progenitores e respetivos filhos que não devia ser acessível a terceiros, elementos exteriores à estrutura familiar, pelo menos ao núcleo central da família. A ideia de imagem pública é, aliás, enfatizava com a referência à *reputação das famílias*, já que novamente é um factor de visibilidade que justifica a proteção dos processos. A destruição dos processos mostra-nos que o monarca tem consciência que as matérias em causa não devem ser suscetíveis de reapreciação, eventualmente considerando que a análise efetuada pelo suprimento do consentimento encerra o sentido útil que as mesmas podiam merecer.

Perante a evolução efetuada urge perguntar: O que justifica a intervenção régia nas matérias de índole matrimonial? Existe uma política específica de regulamentação da vida familiar? Podemos falar de um domínio doméstico/privado da Família e uma área pública?

A nosso ver, o legislador setecentista demonstra estar especialmente preocupado com as matérias que envolvem matéria patrimonial, regulando as relações jurídicas como o casamento no que se refere a este tipo específico de matérias. Recorde-se que já as Ordenações Afonsinas e Manuelinas estabeleciam neste sentido³, denunciando a vertente patrimonialística das relações familiares. Posteriormente, as Ordenações Filipinas continuam esta atuação (Ordenações Filipinas, Livro IV, 837), uma vez que analisam as relações conjugais considerando os atos de alienação e/ou administração subjacentes, bem como os inerentes efeitos sucessórios. Contrariamente ao que sucederá com a positivação ocorrida em 1867, no Código Civil, o monarca não reconhece à Família a dignidade de instituição à qual se associam elementos de regime jurídico pessoal e patrimonial. No entanto, depreende-se que o legislador aceita que as relações familiares têm características particulares face à demais legislação privada. A situação dos menores é especialmente regulada com a intervenção de

³ Encontramos nas Ordenações Afonsinas, mais concretamente Livro IV, Títulos X a XVIII o tratamento de matérias com relevo familiar, sendo essencialmente as temáticas relativas à administração e alienação de património as mais frequentes. Não ignorar, no entanto, o disposto no Título X, onde se estabelece o princípio da liberdade matrimonial, já estabelecido na Cúria de Coimbra de 1211 (Lei XXIII). Nas Ordenações Manuelinas, o tratamento dado às matérias em análise sofre um alargamento, como comprovam os Títulos VI a XIII e LXIX a LXXXII do Livro IV. As Ordenações Filipinas abordam as matérias em análise no Livro IV, Títulos XLVI a XLVIII, Títulos LX a LXVI e Títulos LXXXVIII a CVII.

sujeitos exteriores à relação familiar com a função de administrar o património destes, os tutores. Igualmente em matéria de casamento dos menores se estabelecem princípios de atuação, vindo o legislador extravagante a legislar de forma mais interventiva nesta matéria. Isto é, se nas Ordenações encontramos a matéria do consentimento para casamento dos filhos menores inserido na competência dos progenitores, sendo este elemento essencial para a validade do casamento, o legislador posterior vai alterar esta situação, admitindo que, em situação de abuso de poder, se justifica o suprimento deste consentimento. É, na realidade, uma alteração na visão da atuação do poder paterno, uma vez que se invoca o eventual abuso deste poder para legitimar a intervenção régia. Este é um aspeto interessante, uma vez que se reconhece a existência de situações de abuso de poder por parte dos progenitores que compete ao monarca suprir, afastando qualquer polémica como a que existirá mais tarde, com o Código Civil, em matéria de legitimidade de intervenção⁴. Não deixa também de ser curioso que o legislador se debruce sobre matérias relativas à situação de maior fragilidade em que os sujeitos da família se encontram, como sucede nas situações dos menores, quer em matéria de recusa de casamento, quer da questão dos órfãos em particular.

Igualmente relevante é a atuação régia legitimada pela legislação posterior a 1750, no que se refere à tipificação de um determinado modelo de família. Ao estabelecer a necessidade/utilidade dos matrimónios como causa bastante de ação, o legislador regula o tipo de relação familiar que considera importante perservar. Neste sentido, tipifica a família constituída por um homem e uma mulher, assente necessariamente no casamento como ato constitutivo, repudiando as uniões que se constituam à margem deste modelo. A figura masculina é também destacada como elemento determinante da vida familiar. Não se identifica nenhum tipo específico de comportamento associado à mulher, mas reconhece-se, da leitura dos diplomas, que a aferição do requisito da *conveniencia* em matéria de casamento não é inocente. A aplicação deste pressuposto é que nos suscita mais dúvidas, como pudemos anteriormente comprovar (Brigas id.: 395).

Podemos portanto afirmar que o caminho percorrido na legislação familiar analisada avança no sentido da assunção pelo monarca de uma intervenção direta nas relações jurídicas de natureza familiar, quer em matéria de forma adotada para a validade de certas instituições familiares (esponsais e casamento), quer ao nível do suprimento do consentimento dos filhos menores, não podendo afirmar-se que exista no século XVIII um regime específico para a Família como realidade social e jurídica. As intervenções são, portanto, pontuais e movidas

⁴ Período onde será questionada a legitimidade de intervenção de uma autoridade judicial nas relações familiares, ou a suscetibilidade de aferição dos requisitos inerentes à situação de abuso de poder.

por interesses de cariz patrimonial e de utilidade pública. Apenas com o Código Civil de Seabra encontraremos uma alteração no afirmado, com o aparecimento de um regime específico para a Família⁵. Saliente-se, no entanto que, mesmo aqui o regime jurídico construído não é isento de contradições, uma vez que, se por um lado, se parece reconhecer a Família como entidade privada, por outro lado, se investem os progenitores com poderes de autoridade em matéria de correção de filhos desobedientes e incorrigíveis (Código Civil de 1867, 39). Regressaremos a este tema no futuro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ângela Mendes de. "Os Manuais Portugueses de Casamento dos séculos XVI e XVII", in **Ler História**, n.º 12, 191-207. 1988.

ANDRADA, Diogo Paiva de. **Casamento Perfeito**, Coleção Clássicos, Sá da Costa Editora. 2008.

BARROS, João de. **Espelho de Casados**, 2.ª edição. 1540.

BRIGAS, Míriam Afonso. **As relações de poder na construção do Direito da Família Português (1750-1910)**, Lisbon Law Editions, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016.

CID, Nuno de Salter. **A comunhão de vida à margem do casamento**, Almedina. 2011.

CORELLA, Jaime de (MDCXCIII). **Pratica del Confessionario y explicacion de las proposiciones condenadas por la Santidad de N. S. P. Inocencio XI, Y Alejandro VII**, I e II Parte, Lisboa.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da Família, Tópicos para uma Reflexão Crítica**, 2.ª edição atualizada, AAFDL. 2011.

⁵ Ver, neste sentido, o disposto nos artigos 1056.º e ss do Código Civil de 1867. Sobre esta matéria, encontramos já em desenvolvimento de estudo científico sobre o tema.

DUBY, Georges; ARIÈS, Philippe. **História da Vida Privada**, Edições Afrontamento. 1990.

FERREIRA, Simão Tadeu. **Instruções ás Senhoras Casadas para viverem em paz e quietação com seus maridos**, Lisboa, Officina Simão Thaddeo Ferreira. 1783.

GAMA, Araújo e. **O casamento civil estudado em face da doutrina católica, da filosofia social e da legislação portugueza**, Coimbra. 1881.

GUEVARA, António. **Libro llamado Relox de Principes en el qual va encorporado el muy famoso libro de Marlo Aurelio**, Valladolid. 1529.

_____. **Epistolas Familiares, Primera y Segunda Parte**, Alcala de Henares: en casa de Juan Gracian que sea en gloria. 1600.

HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o Casamento Civil por ocasião do oposculo do sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto**, Primeira série, Typographia Universal, Lisboa. 1865.

MATTOSO, José. **História da Vida Privada em Portugal - A época contemporânea**, Coordenação Irene Vaquinhas, Círculo de Leitores. 2011.

MELO, Francisco Manuel de. **Carta de Guia de Casados**, Coleção Livros de Bolso, Europa-América.

MERÊA, Paulo. **Evolução dos regimes matrimoniais**, 2 volumes, Imprensa da Universidade. 1913.

_____. **Estudos de Direito Visigótico**, volume XXIII, Universidade de Coimbra. 1948.

_____. **Estudos de Direito Hispânico Medieval**, Universidade de Coimbra, 2 volumes. 1952.

_____. "Registo dos casamentos no reinado de Afonso IV", in **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, volume XXXV (1959), Coimbra, 277-286. 1960.

MONTEIRO, Nuno Gonçalo. **O Crépusculo dos Grandes** (1750-1832), Lisboa.

NOGUEIRA, José Duarte. **Lei e Poder Régio - As leis de Afonso II**, AAFDL.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**, reimpressão, 3.^a edição, AAFDL.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**, 5.^a edição, Livraria Apostolado da Imprensa.

SILVA, José Justino de Andrade e. **Collecção Chronologica de Legislação Portugueza**, 1613-1619, Imprensa de J. J. A. Silva, Lisboa. 1854-1859.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do Casamento em Portugal**, Um esboço, Universidade Católica Editora, Lisboa. 2013.

SIMÕES, Manuela Lobo da Costa. **Um divórcio na Lisboa oitocentista**, Livros Horizonte. 2006.

VIVES, Juan Luis. **Instrucción de la Mujer Cristiana**, Secilla. 1535.

XAVIER, Maria Rita Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**, Almedina, Coimbra. 2000.

_____. **Ensinar Direito da Família**, Publicações Universidade Católica, Porto. 2008.

NOTES ABOUT THE PUBLIC DIMENSION OF MARRIAGE IN THE XVII AND XVIII CENTURY LEGISLATION: A FIRST APPROACH.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze how a significant part of the legislation of the 17th and 18th centuries in Portugal conceived marriage as a public and/or private institution. Consideration is given to aspects of the legal regime of marriage, considering the importance attributed by the monarch to this institution, which will have justified its intervention as an authorizing/monitoring element for the realization of the unions. The purpose of this study is also to understand if the legislator, through the legislation created, has a certain understanding about the function of marriage, and if this understanding changes during the defined chronological period.

Keywords: Marriage. Patrimony. Public intervention. Private. Royal license.



PSICOPATIA, INFÂNCIA E (IR)REVERSIBILIDADE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DOS TRANSTORNOS DE CONDUTAS SOCIAIS

Lauro Ericksen¹

Maria Claudia Lemos Morais do Nascimento²

RESUMO

Analisa as características dos transtornos de conduta infanto-juvenil com potencia a prática criminal. Pesquisa sobre esses comportamentos a partir de diálogos com a psiquiatria forense e os interconecta com estudos da área médica e psiquiátrica. A psiquiatria forense aplica os conhecimentos da psiquiatria às causas judiciárias articulando o discurso médico ao discurso jurídico, daí advir a articulação metodológica proposta nesse estudo. Em relação aos transtornos de conduta e transtornos da personalidade antissocial (psicopatia), nos últimos anos houve avanços científicos a respeito do seu entendimento os quais servem de embasamento para as resultados dados. Sabe-se que ao diagnosticar crianças e adolescentes com transtornos de

¹ Doutor, mestre e bacharel em Filosofia (UFRN), especialista em Direito e Processo do Trabalho (UCAM-RJ), bacharel em Direito (UFRN). Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Possui livros e artigos publicados na área do Direito e da Filosofia. Contato:

lauroericksen@yahoo.com.br <http://lattes.cnpq.br/8447713849678899> orcid.org/0000-0002-4195-1799

² Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar (2009). Graduanda em Pedagogia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2018, Licenciatura Plena). Mestre em Educação (2017) pelo Programa de Pós Graduação em Educação (PPGED/UFRN) – Linha de Pesquisa Educação, Estudos Sociohistóricos e Filosóficos. Integrante do Projeto de Pesquisa História da leitura e da escrita no Rio Grande do Norte (1910 - 1980)/CNPq e o Grupo de Pesquisa História da Educação, Literatura e Gênero. Atua na área de pesquisa História da Educação. <http://lattes.cnpq.br/0435420282059008>

conduta, é possível haver a tentativa de tratamento modular psiquiátrico e educacional. Conclui que, ainda que de difícil consenso técnico e científico, a psicopatia infantil deve ser levada em conta na área jurídica, principalmente por causa de seu viés de irreversibilidade.

Palavras-chave: Psiquiatria Forense. Psicopatologia. Criminologia. Transtornos de Conduta.

1 INTRODUÇÃO

Analisar transtornos de conduta infanto-juvenil para diagnóstico psiquiátrico e possível tratamento que visa prevenção à criminalidade desde a infância é o objetivo mais amplo e geral da presente pesquisa. Longe de darmos resposta definitiva quanto às causas e efeitos dos transtornos comportamentais nessa idade, pois se trata de tema complexo, propomos nesse estudo apenas desenvolver discussão a respeito dos transtornos de conduta e transtornos de personalidade antissocial, a partir da presença de atos que podem ser observados logo na infância. Identificar uma mentalidade disfuncional para convivência em sociedade na idade infanto-juvenil é possível e presumível através da observação e da vigilância a determinados comportamentos disfuncionais que podem mostrar-se claramente em tenra idade.

Para ilustrar ao leitor práticas de transtornos de conduta e transtornos de personalidade antissocial, aliados a procedimentos criminais infanto-juvenil, trouxemos no presente artigo alguns casos que ganharam visibilidade midiática no Brasil e no mundo cometidos por menores de idade com provável perfil antissocial e psicopático, o perfil criminal mais grave e que não escolhe idade biológica para operar.

Ao tratar dos casos mais graves como a psicopatia, que mostra seus primeiros sinais na infância (apesar da psicopatia não poder ser diagnosticada antes das crianças e jovens completarem 18 anos, pois ainda estão com a personalidade em formação) não sejamos ingênuos, algumas práticas só poderiam ser orquestradas a partir de uma mentalidade extremamente cruel e desprovida de qualquer sentimento ou empatia pelo outro.

A psicopatia pode vestir roupagens de: sociopatia, personalidades amorais, transtornos da personalidade antissocial, transtornos da personalidade dissocial, entre outras nomenclaturas que abarcam o mesmo perfil. Costumava-se no passado fazer distinção entre

essas modalidades, quando se atribuía fatores sociais para o desencadeamento do perfil do psicopata, por essa razão a nomenclatura de “socio-pata”, doença social. A palavra “psicopata” literalmente significa doença da mente (do grego *psyché*: *Ψυχή* = mente; e *pathos*: *πάθος* = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das “doenças mentais” (SILVA, 2014, p. 38). Os psicopatas não apresentam confusão mental, alucinações e nem delírios para serem diagnosticados como doentes mentais; não possuem nenhum problema cognitivo, ao contrário, seu raciocínio funciona perfeitamente bem. São extremamente racionais e articulados.

Para o psiquiatra forense Guido Arturo Palomba (1992) os termos sociopatas e psicopatas são sinônimos, há quem acrescente o termo “personalidade antissocial” como equivalente também (LUNA, 2013, p. 377). A psicopatia ou a sociopatia desde que foi descrita pela primeira vez em 1835 vem recebendo nomes diversos. A primeira vez foi chamada de loucura moral, no século XIX foi cunhado de loucura lúcida; o outro nome foi *criminoso nato*, na época de Cesare Lombroso (citado por PALOMBA, 1992). A questão é apenas semântica, porém trata sempre o mesmo quadro clínico de criminalidade com requintes de perversidade, ausência de sentimento de culpa ou remorso. Ou seja, ela é despida de elementos fisiológicos, em um primeiro plano, para dar lugar a uma dispersão social do problema a ser enfrentado pela própria sociedade.

É imprescindível deixar claro que o psicopata não rompe com a realidade, como em casos de psicose ou loucura. Por essa razão não se trata de uma doença ou loucura. São inteligentes, articulados e, possuem o racional em perfeito estado. São pessoas que “convivem” em sociedade manipulando seu entorno. A deformidade que possuem é afetiva, no fundo trata-se sempre de um mau-caráter. Outro ponto é que jamais se arrepende daquilo que faz. Nascem assim e morrerão assim. O adágio “lágrimas de crocodilo” aplica-se perfeitamente a essa personalidade (PALOMBA, 1992). Assim, há de se perceber que eles são capazes de fingir sentimentos com desenvoltura sem sentir a mais leve sombra de humanidade, ou seja, sua percepção e sua atuação diante da percepção social da realidade continuam a funcionar perfeitamente, o problema está localizado em suas respostas diante de tais estímulos sociais, já que a sua performance social, por vezes, pode ser considerada “formidável”, isso se considerada isoladamente de suas finalidades obtusas.

No texto, estaremos utilizando como referência os estudos base da psiquiatra brasileira Ana Beatriz Barbosa Silva (2014), que alinha a linha de pensamento da psiquiatria forense, com nomes relevantes como do psiquiatra forense Guido Palomba (1992), além de recentes pesquisas que mapearam reações interligadas as áreas cerebrais onde localiza o

sistema límbico. O sistema límbico é a unidade responsável pelas emoções e comportamento social que direciona ao comportamento moral.

No primeiro ponto do texto abordaremos inicialmente diálogo referente à natureza do homem ser genuinamente boa ou má. Pesquisas científicas vêm despontando nos últimos anos sob a hipótese da psicopatia ser genética, levantando reflexões e discussões a respeito de algumas naturezas humanas serem genuinamente perversas, para tanto, nesses casos, a importância primordial da família e entorno das crianças e jovens quanto a observância a determinadas características e sinais de comportamentos perversos que podem ser observados nessa idade, por exemplo: maus tratos a animais, agressões contra irmãos menores e crianças mais frágeis, mentiras frequentes, frieza emocional, condutas desafiadoras, tendência a culpar os outros pelos seus erros, faltas na escola. Pois uma vez identificados esses comportamentos, a busca por ajuda e tratamento precoce tanto psiquiátrico, quanto psicológico e educacional podem evitar práticas criminais mais graves futuramente.

No segundo ponto aprofundamos as características que definem um perfil psicopata: comportamento, atitudes, maneiras de agir e pensar. Os estudos da psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2014) tornaram-se fundamentais na construção desse tópico.

Em seguida analisamos pesquisas e experiências recentes que mapearam as áreas cerebrais responsáveis pelas emoções, através de exames de ressonância magnética. Esses estudos são responsáveis por grandes avanços em relação ao entendimento sobre a identificação da psicopatia com exames cerebrais.

Por último, elencamos alguns casos criminosos infanto-juvenil que ganharam visibilidade midiática tanto no Brasil quanto no exterior que podem caracterizar o perfil de um psicopata e como eles atuam. Alguns casos claramente observa-se a presença da psicopatia grave: *serial killers* (tendem a repetir-se nas ações).

É imprescindível deixar claro introdutoriamente que o presente artigo não propõe oferecer resposta terapêutica ao diagnóstico de transtornos de conduta, transtorno de personalidade antissocial ou perfil psicopático infanto-juvenil (dada até mesmo a formação acadêmica dos autores), mas, auxiliar na divulgação e discussão sobre a identificação de crianças e jovens com desvios comportamentais que possam ter esse perfil a partir de determinadas atitudes facilmente observáveis, para possível diagnóstico e tratamento psiquiátrico em casos recuperáveis. Ou seja, ele assume mais um perfil didático e auxiliar, do que se pretende lançar como uma abordagem revolucionária de algo já tão bem pesquisado na literatura científica.

É indispensável apontar também as falhas e o despreparo na formação de professores no que compete ao sistema educacional brasileiro em auxiliar os profissionais da educação em identificar crianças com sinais que apontam para essas características de desvio de comportamento aceitável.

2 TRANSTORNOS DE CONDUTA OU PERSONALIDADE: VÍTIMAS DA SOCIEDADE?

Há uma questão fundamental que discutiremos inicialmente nesse tópico a partir da seguinte pergunta: As pessoas nascem naturalmente boas? O que se sabe hoje em dia é que o homem “nasce”: alguns bons; outros maus. Considerando o histórico da humanidade é claro que a natureza humana não é naturalmente boa, mas nascemos em maioria com verdadeiro potencial para fazer o bem. A maneira como as nossas qualidades naturais vão se desenvolver depende de nós e das circunstâncias, somos altamente responsáveis pelo desenvolvimento das qualidades inatas que a natureza nos confere.

Não necessariamente nascemos bons, a sociedade corrompeu e é causa de determinadas perversidades. Há estudos que apontam para a maldade psicopata deter fator genético e biológico. Partindo da hipótese da psicopatia ser genética, a sociedade é que de certa forma pode colocar nos eixos algumas personalidades disfuncionais para convivência com os outros, casos não psicopáticos graves, que fique claro. Esses são definitivamente irreversíveis. Apesar de que, tanto os casos de psicopatas leves quanto os moderados provocarem estragos na mesma proporção por onde passarem.

Entende-se que a psicopatia versa sobre desvio de caráter possivelmente irreversível, trata-se de natureza perversa e lógicas próprias de funcionamento que no momento não há cura. Essas pessoas nascem com o sistema límbico desativado, mas veja bem, sabem exatamente o que fazem, por essa razão não há loucura ou doença mental em um psicopata (SILVA, 2010). O cognitivo deles funciona perfeitamente, o que não possuem é sentimento, em outras palavras, deve-se ser aplicadas penas máximas e individuais nesses casos, pois há plena consciência em seus atos, eles sabem exatamente o que estão praticando. Em casos graves, como os *serial killers*, jamais saírem da prisão e o código de execução penal brasileiro, para tanto, é falho ao tratar dessas particularidades.

Por que temos essa dificuldade em aceitar a existência de naturezas genuinamente perversas e desumanas entre nós? Pessoas que nascem perversas, serão perversas enquanto

viverem e, morrerão perversas? Talvez a ingênua negação do mal contido em algumas naturezas, tal qual as que se encaixam a perfis psicopatas, possam dificultar a observação a determinados comportamentos disfuncionais desde a infância e possível prevenção a criminalidade e principalmente a reincidência que é certa ao tratar desse perfil.

Há a tentativa de tratamento quanto a alguns casos de transtornos de conduta diagnosticados na idade infanto-juvenil, por essa razão, a importância imprescindível da vigilância e observação desde a infância pelos pais, familiares, professores e entorno próximo a criança quando percebidos comportamentos disfuncionais. Para Silva, (2010) não há cura para o caso da psicopatia, o máximo que se pode fazer uma vez detectada esses traços na infância, é adotar postura modular que vise melhorar a forma como esse problema vai se manifestar no futuro. Por postura modular, nos termos utilizados anteriormente, deve-se compreender o condicionamento da atuação do agente pernicioso segundo elementos basilares que limitem a sua autonomia psíquica em prol do transtorno do qual ele padece. Outrossim, seu comportamento, por não ser apto a ser reproduzido no seio social, deve estar em constante contenção, para que seja modulado segundo as expectativas mínimas de uma atuação não-danosa.

Quanto aos casos de psicopatia grave (pois a psicopatia apresenta níveis), esses em hipótese alguma a convivência em sociedade. São pessoas que devem ser mantidas afastadas das outras e para tanto, rever as nossa legislação penal com urgência.

Porém, faz-se necessário explicar melhor o que propomos ao dizer sobre algumas naturezas humanas nascerem “más”, sim, porque, seria injusto atribuir índole genuinamente perversa a todas as pessoas que nascem no planeta. Precisamos separar as boas maçãs das estragadas e, para nossa alegria, já antecipo, a porcentagem dos psicopatas ainda é inferior ao restante da humanidade, porém, ainda considerada preocupante:

Segundo a classificação norte-americana de transtornos mentais (DSM-IV-TR), a prevalência geral do transtorno da personalidade antissocial ou psicopatia é de cerca de 3% em homens e 1% em mulheres, em amostras comunitárias (aqueles que estão entre nós). Taxas de prevalência ainda maiores estão associadas aos contextos forenses e penitenciários. Desse percentual, uma minoria corresponderia aos psicopatas mais graves, ou seja, aqueles criminosos cruéis e violentos cujos índices de reincidência criminal são elevados (SILVA, 2014, p. 55 -56)

A partir desses dados chegamos à conclusão que o restante dos 96% da população tem um padrão comportamental aceitável para convivência em sociedade. Se por força das circunstâncias, em algum momento da vida, cometerem algum crime, certamente sentirão

culpa, remorso ou arrependimento mais cedo ou mais tarde. Essa é a parcela da população que contém os presos recuperáveis.

Possuímos tanto a maldade, quanto a bondade dentro de nós, mas o que diferencia essa maioria humana dessa minoria psicopata é o senso moral, a consciência que humaniza e solidariza uns seres humanos com os outros. É o sentimento de arrependimento ou culpa que sentimos quando machucamos alguém ou cometemos ato falho. O psicopata não sente remorso, não se arrepende ou sente culpa, nunca (HADREAS, 2007, p. 57). Eles são capazes de, eventualmente sentirem vergonha, mas jamais terão qualquer capacidade moral de por um freio em suas atuações danosas, por isso são tão perigosos para a sociedade.

Nascemos em maioria com a capacidade de modular inclinações à maldade, apaziguada pelo sentimento de consciência que nos encaminha ao outro, através da necessidade da boa convivência para viver em sociedade, entender os limites e possibilidades de atuação, obediência às regras de trato social, saber o que é certo e errado, o que é bom e o que é mau. Saber se colocar no lugar do outro para garantir a boa coexistência com os outros e agir de acordo com determinadas regras. A mentalidade psicopata não se adéqua a regras, ele vai transgredir sem remorso, pois são pessoas destituídas do que nos torna “seres humanos”, que é a humanidade.

Como seres humanos, precisamos de educação, do processo civilizador e senso de limites, uma criança é capaz de jogar-se de um penhasco por desconhecer seus limites. Ela não sabe que caso se jogue, morrerá. Nascemos narcisistas, crianças são egocêntricas, até por instinto de sobrevivência. Para tanto a importância primordial da família, educação firme com senso de limites e, uma vez percebida desvios comportamentais ou traços de alguma espécie de transtorno de conduta ou personalidade na idade infantil, à procura por ajuda médica e psiquiátrica assim que possível. No caso dos psicopatas natos e graves dificilmente alguma espécie de tratamento surtirá efeito após idade adulta, pois se caracterizam primordialmente por perversidade e desvio de caráter irrecuperáveis.

3 PSICOPATIA: CONCEITOS, NATUREZA E LIMITES

A Psicopatia é considerada um transtorno da personalidade desde 1968 (ABP); e os principais sinais base são o desrespeito ao sentimento das outras pessoas, perversidade, crueldade, não demonstrativo de remorso, arrependimento ou culpa e, padrão repetitivo de

violação de normas. Essas características são apresentadas tanto em crianças, quanto adolescentes ou adultos. Independe da idade biológica

O psicopata adulto é bem articulado, tem boa lábia. Possui ego inflado, adoram dominar as outras pessoas. Sentem orgulho da capacidade de enganar, mentem e trapaceiam. Reagem desproporcionalmente a insultos ou ameaça, sentem sede por adrenalina. São pessoas impulsivas, embora racionais. Não sentem nenhum tipo de sentimento, os sentimentos são apenas expressos em palavras, como bons atores, sabem interpretar e fingir sentimentos. Comportamento antissocial é outra característica. Falta de empatia e irresponsabilidade, entre tantos outros atributos que impossibilitam a boa convivência com as outras pessoas em sociedade.

A má conduta inicia seus primeiros sinais na infância com atitudes, por exemplo, de: maus-tratos a colegas mais novos/frágeis e animais. Essas duas condutas são clássicas. Por essa razão a importância do monitoramento dos pais a determinados comportamentos perversos desde a infância e observação de professores na escola e entorno de convivência das crianças e dos jovens. Há também pesquisas que correlacionam a ansiedade diretamente à condutas antissociais infanto-juvenis (CONNOR, 2002, p. 16), segundo as quais as crianças ou adolescentes que padecem de ansiedade são mais propensos a exibir comportamentos antissociais como respostas a estímulos ambientais de não-recompensa ou de punição. Dessa forma, o quadro geral de ansiedade se retroalimenta, tanto pelo reforço negativo ou punitivo aplicado a uma conduta do agente (ainda que essa conduta não fosse, inicialmente, o traço inicial da antissociabilidade), quanto pela resposta que ele dará ao estímulo precursor de sua ansiedade.

Casos de assassinatos de gravidade inimagináveis cometidos por crianças e adolescentes tendem a estarrecer o mundo pela barbaridade e requintes de crueldade com que foram orquestrados e postos em execução, já que a crueldade e a práticas recorrente de *bullying* são dois dos aspectos mais relevantes do enquadramento psicopático juvenil (MCCANN, 2002, p. 57). Quanto a esses casos que ganharam viabilidade midiática, sabemos que trata dos casos psicopatas graves ou *serial killers*. Quanto a esses episódios não há dúvida que os praticantes devem ser mantidos longe da convivência em sociedade. Exemplo: caso dos dois meninos de Liverpool, à época com dez anos de idade que assassinaram um bebê por puro prazer mórbido. Quando confrontados pelo Juiz sob a razão de tamanha crueldade contra a criança de apenas dois anos de idade que massacraram, a resposta foi fria e simples: eles queriam ver como era uma criança partida ao meio sob os trilhos do trem. Simples assim e é realmente como a mente deles funciona independente da idade. Chega-se a conclusão com o

caso dos meninos Ingleses, que ato tão cruel e perverso apenas poderia partir de uma índole psicopata. A questão não é a prática de um crime em si. É o crime praticado com tamanho requinte de perversidade e crueldade que apenas uma mente extremamente nefasta seria capaz de cometer. É o prazer mórbido pela maldade.

É sabido da existência de dois diagnósticos para identificação da psicopatia. O primeiro é a Escala de Hare: estudo criado em 1991 que diagnostica os graus de psicopatia de uma pessoa. Criada pelo psicólogo canadense de mesmo nome, Robert D. Hare (2007). A escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) identifica critérios universalmente aceitos para diagnosticar os portadores desse transtorno de personalidade com vinte questões/perguntas.

O segundo é o teste de Rorschach, conhecido como teste de borrões de tinta, desenvolvido pelo psiquiatra e psicanalista suíço Hermann Rorschach (1951). Baseia-se, precipuamente, na percepção do sujeito para que a forma, o movimento, o tempo e o colorímetro das respostas cheguem a um resultado acerca da possível atuação psicopatológica do agente. Analisa, assim, o efeito do humor, do elemento volitivo e de aspectos comportamentais como extroversão e introversão no *scoring* do teste de aferição da psicopatia dos envolvidos no teste.

Ainda que os testes sejam interessantes, e deveras complexo, o mais importante, nesse ponto do estudo, é apenas justificar a sua existência e a sua aplicabilidade, sem esmiuçar muitos detalhes sobre sua metodologia ou sua aplicação prática, que envolvem conceitos médicos complexos que fogem um pouco do escopo por ora desenvolvido.

3.1 A Psicopatia Fruto de Mentes Perigosas

Dos principais nomes na psiquiatria Brasileira e área médica que se dedica aos estudos sobre a psicopatia, entre livros, pesquisas, entrevistas e palestras encontra-se a médica psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, autora do livro *Mentes Perigosas*.

Em seu livro *Mentes Perigosas* (2014) a autora inicialmente desfaz o estereótipo que temos em relação à aparência do psicopata. Para Silva (2014) ao pensarmos em psicopatas, logo vem à mente o sujeito com cara de mau, de aparência descuidada, semblante assassino e desvios comportamentais evidentes. O que demonstra grande equívoco sobre essas pessoas. Reconhecer um psicopata não é simples, pois enganam e representam muito bem seus papéis, até para poderem atrair com mais efetividade as suas vítimas.

No filme *Psicopata Americano* baseado no livro de mesmo nome, sob direção da canadense Mary Haron, lançado no ano 2000, podemos observar com esmero esse perfil “sedutor” de um psicopata longe de qualquer suspeita. A trama gira em torno de Patrick Bateman (Christian Bale), bem sucedido homem de negócios em Wall Street: vaidoso, preocupado em manter sua aparência sempre impecável, tanto do corpo quanto do seu cartão de visitas (não suporta sob nenhuma hipótese que outro colega possa ter um cartão de visita melhor que o seu, chegando a cometer assassinato contra um deles por essa razão, revelando a natureza fútil de suas atrocidades). Culto, bonito, inteligente, educado e vaidoso. Extremamente vaidoso com o corpo. Ele pratica diariamente exercícios abdominais, bronzamento artificial, aliado a todo um ritual de passagem de cremes e óleos. Descreve em detalhes toda rotina estética, frequenta restaurantes caros e da elite de Nova Iorque com seus colegas de Wall Street, intercalando a dias que comete assassinatos brutais com requintes de extrema crueldade em série contra prostitutas que aborda nas ruas. Outro estereótipo psicopático famoso no cinema é o que encontramos no aclamado *Silêncio dos inocentes* (1991) com atuação espetacular de Anthony Hopkins e direção de Jonathan Demme. A trama trata do Dr. Lecter, brilhante psiquiatra e psicopata, extremamente perverso e violento que cumpre prisão perpétua por vários atos de assassinato e canibalismo. Inclusive chega a cometer crimes dentro da prisão. Esses psicopatas das telas do cinema são os psicopatas graves, chamados *serial killers*, assassinos em série.

O cinema americano também não deixou de fora a psicopatia infantil e nem a juvenil, com os filmes: *O anjo malvado* (1993) protagonizado por Macaulay Culkin e Elijah Wood, onde podemos observar claramente o contraste entre uma criança “normal” e uma criança perversa e psicopata. Em *Precisamos falar sobre o Kevin* (2011) pode-se detectar um perfil psicopata juvenil, a primeira pessoa no entorno do personagem a perceber o comportamento antissocial do Kevin é a própria mãe.

Quanto à delimitação do perfil psicopático da boa aparência, culto ao corpo, sede pelo poder e assassinatos em série que assistimos na tela grande do cinema, a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2014) também elenca uma série de outras características que leva o leitor a identificar outros sinais que caracterizam essa personalidade perversa que não necessariamente chegam a “sujar as mãos com sangue”. Nem todo psicopata é assassino, por possuírem níveis, eles podem agir de diferentes maneiras.

Para a autora em relevo o que caracteriza primordialmente os psicopatas é a falta de empatia e sentimento pelo outro. São pessoas: frias, insensíveis, manipuladoras, perversas, transgressoras de regras, impiedosas, imorais, sem consciência e desprovidas de sentimento

de compaixão, culpa ou remorso. Para a autora esses “predadores sociais” com aparência humana estão por aí, misturados às outras pessoas, incógnitos, infiltrados em todos os setores sociais. São homens e mulheres de qualquer raça, credo ou nível social. Trabalham, estudam, fazem carreiras, se casam, tem filhos, mas definitivamente não são como a maioria das pessoas (SILVA, 2014, p.18). Ou seja, independem de classe social, raça ou religião.

O que a sociedade desconhece é que os psicopatas em sua grande maioria, não são assassinos e vivem como se fossem pessoas “comuns”. Porém, sempre deixam rastros de destruição por onde passam, mas não necessariamente precisam cometer assassinatos, cometem outros tipos de crimes. Inteligentes, envolventes e sedutores, não costumam levantar suspeitas de quem realmente são, podem ser encontrados em disfarces de: religiosos, bons políticos, bons amantes, amigos, mirando apenas o próprio benefício (SILVA, 2014, p. 19). Encontram-se por todas as esferas da vida pública.

É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e severo. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não “sujarão suas mãos de sangue” ou matarão suas vítimas. Já os últimos, utilizam de métodos desumanos e sofisticados. Sentem enorme prazer com suas ações de brutalidade. Qualquer que seja o grau de gravidade, todos, invariavelmente, deixam marcas de destruição por onde passam, sem piedade (SILVA, 2014, p. 19). Não necessariamente para se caracterizar o psicopata precisam-se cometer assassinatos em serie, esses casos são os graves. Mas não são menos perigosos são os leves e moderados.

Há vários tipos de psicopatia (ou níveis). Os casos que geralmente ganham visibilidade midiática e ilustram as telas do cinema, podemos classificar como os casos graves ou *serial killers*. Esses possuem altíssimo grau de periculosidade e são irreversíveis.

Segundo entendimento do psiquiatra forense Guido Palomba (1992), deveria existir lugares onde essas pessoas pudessem ficar longe da sociedade e por quanto tempo vivessem. Porque não tardará uma vez colocado em liberdade recomeçar as atividades criminosas. Exemplo brasileiro famoso: Chico picadinho. Voltou a cometer o mesmo crime após ganhar liberdade. Certamente, poder-se-ia criticar duplamente o sistema legal-penal brasileiro, tanto em termos legislativos, quanto em termos de aplicação judiciária das penas, mas, certamente, o problema perpassa todo um escorço conceitual mais profundo e mais abrangente, sendo esse o real enfoque a ser dado no presente estudo, tentando, portanto, um aporte bem mais jurídico-filosófico que um viés pragmático-positivo, por assim dizer.

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva não diferencia o psicopata, do sociopata, personalidades psicopáticas ou amorais, por equivalerem e descreverem o mesmo perfil.

(SILVA, 2014, p. 20) Em relação ao cognitivo dos psicopatas a parte racional dessas pessoas é perfeita e íntegra, por isso sabem perfeitamente o que estão fazendo, por essa razão a psicopatia não pode ser considerada uma doença. Quanto aos sentimentos, são absolutamente deficitários, ausentes de afeto e de profundidade emocional.

3.2 O Mapeamento Cerebral e Emocional e Psicopatia

As *emoções morais* tem sido o foco de vários estudos experimentais nos últimos anos e contribuído para elucidar questões referentes à psicopatia, pois sua característica primordial é a total falta de sentimento ou empatia pelo outro e ausência de julgamentos morais. Entende-se que as emoções morais diferem das emoções básicas na medida em que estão intrinsecamente ligadas aos interesses ou ao bem estar da sociedade como um todo, onde são prontamente evocadas pela percepção de violações morais.

No ano de 2002, cientistas desenvolveram experimento realizado no Hospital Barra D'Or sobre mapeamento cerebral ligado às áreas morais das emoções, cujo entre os pesquisadores pioneiros encontram-se alguns brasileiros: Jorge Moll, Ricardo de Oliveira Souza, Luiz Pessoa et al (2002, p. 2732). A pesquisa se apresenta como inovadora por tentar fazer uma conexão fisiológica com o aspecto social da psicopatia, ou seja, tenta dar uma modelagem científica, com mapeamento cerebral das emoções e dos comportamentos peculiares das pessoas classificadas como psicopatas sem recorrer a elementos subjetivos ou culturais pouco específicos e claros, como algumas pesquisas de representação social tendem a fazer fora do âmbito médico/clínico.

Para o experimento foram utilizados sete adultos entre homens e mulheres sem histórico de transtornos neurológicos ou psiquiátricos. Foram observados estímulos respostas nas pessoas selecionadas onde as mesmas visualizaram imagens de cenas emocionalmente carregadas com conteúdo moral, sem conteúdo moral, bem como imagens neutras para mapear as áreas cerebrais acionadas a partir de cada imagem visualizada e estímulo provocado. Fazendo uso da ressonância magnética funcional e uma tarefa visual passiva, os pesquisadores mostraram em seu experimento que as emoções básicas e morais ativam a amígdala, o tálamo e o mesencéfalo superior. O córtex pré-frontal orbital e medial e o sulco temporal superior também são recrutados através de cenas evocadoras de emoções morais.

O objetivo da pesquisa segundo os estudiosos foi investigar respostas cerebrais espontâneas desencadeadas pela percepção de estímulos visuais. Os voluntários para a pesquisa foram instruídos a ver as imagens com atenção. Nessas imagens havia seis categorias

experimentais: 1º imagens morais retratando cenas sociais desagradáveis emocionalmente, representando violações morais (por exemplo: assaltos, crianças pobres abandonadas nas ruas, cenas de guerra); 2º imagens desagradáveis de cenas aversivas que não transmitem conotações morais (por exemplo: lesões corporais, animais perigosos); 3º imagens agradáveis incluindo cenas de pessoas e paisagens; 4º imagens “interessantes”, visualmente excitantes (exemplo: esportes radicais); 5º imagens neutras e, por último, imagens codificadas.

Com a análise foram identificadas as regiões do cérebro que estão envolvidas no processamento moral, avaliada ao contrastar diretamente as categorias que continham condições morais e desagradáveis. Ver cenas morais ativou essas regiões cerebrais diferentemente, como revelado contrastando a condição moral com cada uma das condições neutras, agradáveis e interessantes. Essas descobertas sustentam um papel específico dessa rede no processamento de estímulos morais, pois os efeitos da valência emocional e da excitação visual foram especificamente controlados.

Segundo as conclusões dos cientistas, a marcação automática de eventos sociais comuns com valores morais pode ser um mecanismo importante para a compreensão de comportamentos sociais implícitos em seres humanos. Também foram observadas dissociações análogas entre saber como se comportar e se comportar de maneiras socialmente desejáveis também em sociopatas. Esses indivíduos apresentam comprometimento desproporcional na capacidade de experimentar certas emoções morais. A emoção e o comportamento sócio-morais prejudicados foram consistentemente observados em pacientes com disfunção do lóbulo frontal e podem dissociar-se da cognição social e do conhecimento moral.

A conclusão dos pesquisadores é que os seres humanos são dotados de um senso natural de justiça que permeia percepções e interações sociais. Esta posição moral é tão onipresente que não se pode notar isso como um componente fundamental da tomada de decisão diária e no funcionamento de muitos sistemas jurídicos, políticos e sociais. A emoção desempenha um papel fundamental na experiência moral ao atribuir valores humanos a eventos, objetos e ações. Embora o cérebro tenha correlacionado às emoções básicas, a organização neural das *emoções morais* no cérebro humano ainda é bem compreendida. A noção mais comezinha da aplicação limitante das emoções morais leva ao entendimento de que a própria liberdade do indivíduo por ela acaba sendo torneada e tolhida (MURPHY, 2012, p. 244). Ou seja, quem é despido de tal asserção técnica de sentimento e empatia moral desconhece os seus próprios limites de liberdade e de atuação em sociedade.

Os resultados indicaram que os setores orbitários e mediais do córtex pré-frontal e a região do sulco temporal superior, que são regiões críticas para o comportamento e a percepção social, desempenham um papel central nas avaliações morais, chegando a conclusão que a marcação automática de eventos sociais comuns com valores morais pode ser um mecanismo importante para comportamentos sociais implícitos em seres humanos. Em resumo, com base nos resultados, são elementos críticos de uma rede cortical-límbico que permite aos seres humanos ligar a experiência emocional às avaliações morais. Ou seja, as avaliações morais estão diretamente relacionadas às experiências emocionais.

Quanto à natureza genuinamente perversa dos psicopatas, ainda sob estudos e pesquisas científicas, uma das possíveis explicações pode estar no DNA. Os resultados de análise dos estudos do neurologista James Fallon apontaram para a psicopatia deter fator genético e poder ser detectada através de exames de ressonância magnética cerebral. James Fallon (2013), neurologista americano e professor de psiquiatria e comportamento humano, estudou a respeito do funcionamento cerebral de criminosos violentos e, sobre o poder da herança genética nesses casos. A experiência de Fallon teve grande repercussão e ajudou a reequilibrar o debate que contrapõe a influência da herança genética à do meio social e, a importância da educação na infância uma vez identificadas as tendências à prática criminal.

De todo caso, não é tão fácil identificar uma tendência psicopata. É preciso estudo sobre o comportamento, desde a infância, suas ações diante dos outros, traçar um perfil genético/biológico e a procura por ajuda médica especializada quanto possível. A temática é complexa e por serem seres extremamente inteligentes e dispostos a manipulação, são capazes até de manipular um possível diagnóstico.

3.3. A Casuística da Psicopatia: Breves Relatos Exemplificativos

Nas seções precedentes foram apresentados elementos conceituais tidos como fulcrais para o entendimento do fenômeno fisiológico-social da psicopatia, pontos-chaves que ajudam a compreender, principalmente a sua natureza e os seus limites. Por mais propedêutico e elucidativo que tais seções tenham (ou, ao menos tentado) sido, pode-se tentar uma abordagem ainda mais acrisolada e clarificadora do tema em relevo ao se mostrar elementos casuísticos reais (e não apenas algumas singelas passagens da sétima arte já transcritas) como a psicopatia é presente e real em uma centena de lares e outros locais bastante triviais.

Assim sendo, serão apresentados a seguir alguns casos verídicos, a maioria deles envolvendo crianças ou adolescentes (casos infanto-juvenis, em sua classificação mais

específica), que ajudarão na formação de uma concepção mais estreita do que efetivamente é a psicopatia e o tamanho do nó que é o seu possível (ou impossível) tratamento, já que não se verifica, como se verá mais pormenorizadamente a seguir, nenhum caso de melhora total e efetiva de alguém que tenha sido diagnosticado como psicopata após os períodos reclusos, seja para cumprimento de pena ou até mesmo de acompanhamento psiquiátrico específico, algo que vislumbra a possibilidade de sua irreversibilidade.

3.3.1. Abusos sofridos na infância e o caso Elizabeth Thomas

No documentário de Larry Peerce (1990) produzido em parceria com o Comitê Nacional de prevenção ao abuso infantil nos Estados Unidos entramos em contato com a história da menina Elizabeth Thomas.

Tudo começou quando no ano de 1984, o casal Tim e Nancy Thomas que não podiam ter filhos, adotaram duas crianças que eram irmãos. Após adoção as crianças receberam os nomes de: Elizabeth Thomas e Jonathan Thomas. O que o casal de pais adotivos não poderia imaginar é que as duas crianças foram vítimas de fortes abusos cometidos pelo pai biológico, uma vez que, a mãe morreu no parto de Jonathan e as crianças ficaram aos cuidados do pai biológico.

Com o tempo, Beth revelou-se uma menina com ira incontrolável, desejo de matar os pais adotivos e o próprio irmão esfaqueados. Além de maus tratos a animais. Beth machucava tanto o irmão John, que os pais passaram a trancar a porta do seu quarto a noite. Logo seus pais adotivos ao detectar esses sinais não tardaram em buscar ajuda médica para ela.

O documentário inicia os primeiros minutos com as fitas da terapia que Beth (à época com 6 anos de idade) submeteu com o psicólogo Dr. Ken Magid, especializado no tratamento de crianças que sofreram abusos severos. Beth Thomas confirma em suas terapias que enfiava alfinetes no irmão e afirma nutrir o sentimento de matar o irmão e os pais.

Ela menciona e desenha que sofreu abusos sexuais de seu pai biológico e descreve os abusos. Também diz ter sofrido espancamento e sentir medo. O desenho que produziu de si a mostra triste e chorando. Beth sofreu graves abusos e negligencia quando criança, sua mãe biológica faleceu quando tinha um ano de idade. O abuso sexual precoce por seu pai biológico a fez exibir comportamento inapropriado, especialmente em relação ao seu irmão. Ela machucava animais, matou passarinhos e, aproveitava da fragilidade do irmão menor para espancá-lo e enfiar agulhas na ausência dos pais. Os atos de violência de Beth Thomas com o

tempo só estavam aumentando e tornando-se cada vez mais cruéis e ameaçadores até os pais resolverem buscar ajuda psicológica.

Ponto imprescindível a ser mencionado no caso de Elizabeth Thomas é que nitidamente os abusos sofridos pelo pai biológico desencadearam um comportamento violento na menina. Beth Thomas ainda em tratamento ao conceder entrevista, chorou ao relembrar os maus tratos que realizou contra o irmão. Em seus vídeos demonstra sentir culpa e remorso pelos atos que praticou, sentimentos impensáveis a um perfil psicopata. O que se sabe sobre o caso hoje em dia é que ela, ao menos aparentemente, se recuperou dos traumas e não voltou mais a cometer atos de violência contra a família após receber tratamento.

3.3.2 Alguns casos de crimes infanto-juvenil cometidos no Brasil e no mundo que ganharam repercussão:

Segundo Silva (2014) os psicopatas começam a expor transtornos no comportamento ameaçadores desde muito cedo, exemplos: roubos ou furtos, violência, trapaças, mentiras compulsivas. Assim como maus tratos a animais e a outras crianças mais frágeis: coleguinhas próximos, na escola, irmãos, primos. Dificuldade em manter amizades, preocupação excessiva com seus próprios interesses, tendência a culpar os outros por seus erros, condutas desafiadoras, entre uma série de outras características antissociais. É importante destacar que não se vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim.

A aparição precoce de conduta disfuncional na infância e adolescência é um sério indicador de problemas transgressores e criminalidade no adulto. Vale advertir que o psicopata sempre revelará ausência de consciência genuína perante as outras pessoas: ele é incapaz de amar, solidarizar ou nutrir o sentimento de empatia pelo outro, e jamais deixará de apresentar comportamentos antissociais; o que pode mudar é a forma de exercer suas atividades ilegais durante a vida (SILVA, 2015, p. 92). Para tanto, a importância da vigilância e observação dos familiares a determinadas condutas na infância a fim de tentar-se moldar esse comportamento com educação e tratamento psiquiátrico que visem minimizar a gravidade de atuações futuras. Não há cura no momento para a psicopatia porque não é uma doença. O psicopata não tem problema cognitivo nenhum, ele sabe exatamente o que está fazendo, sabe distinguir o certo do errado, só não tem sentimentos.

A seguir elencamos alguns casos de crimes e assassinatos infanto-juvenil, com provável perfil psicopático, para compreendermos melhor como agem essas pessoas com essa natureza e, como podemos tentar nos proteger.

3.3.3 Caso Jesse Pomeroy e a sua Irrecuperabilidade

Dos casos de provável psicopatia infanto-juvenil que apresentaremos ao texto a caráter de ilustração para o leitor, o mais antigo que pudemos mapear foi o caso Jesse Pomeroy. Jesse Harding Pomeroy nasceu em 29 de novembro de 1859, em um povoado chamado Charleston em Massachusetts.

Dos sinais de psicopatia apresentados na infância e adolescência, entre as práticas mais costumeiras estão: maus tratos e mortes de animais, assim como, maus tratos a outras crianças menores e indefesas, à custa de diversão e prazer em torturar. Jesse Pomeroy encaixa-se perfeitamente aos dois sinais característicos à psicopatia, seus crimes marcaram de forma indelével a memória histórica dos relatos de psicopatia no mencionado estado americano (DALEY, 2015, p. 88). Desde muito cedo costumava maltratar e torturar tantos os animais domésticos que sua mãe tentou manter, quanto os animais dos vizinhos, antes de iniciar atrocidades contra crianças mais novas.

A lista de crueldades cometidas por Jesse é extensa. A primeira que se tem notícia ocorreu em dezembro de 1871, contra uma criança de apenas quatro anos de idade, que fora encontrado torturado em uma cabana. Em fevereiro de 1872, torturou Tracy Hayden de apenas sete anos por horas seguidas. Hayden teve os dois olhos roxos, os dentes da frente quebrados, o nariz junto com o dorso quebrado, além das várias feridas e vergões. A terceira criança torturada chamava-se Robert Maier de apenas oito anos. No mesmo ano foi encontrado outro garoto de sete anos que sofreu o mesmo ataque. Ou seja, a caracterização de torturas em série, também define-se como outro sinal da psicopatia. O psicopata tende a se repetir em suas atrocidades.

Pouco tempo depois, Ruth Pomeroy, mãe de Jesse Pomeroy, mudou para Boston, ao que parece suspeitando do seu filho e tentando o proteger da prisão. Novos atos rapidamente surgiram contra garotos mais novos, entre eles: George Pratt, Harry Austin, Joseph Kennedy, Robert Gould. Robert Gould tinha apenas cinco anos na época do ocorrido, mas ajudou a polícia a desvendar os crimes revelando que o garoto era ruivo e tinha um olho branco. A partir desse perfil descrito pelo garotinho foi possível encontrar o criminoso com a ajuda policial.

Após ser pego, Jesse Pomeroy foi condenado a ficar em um reformatório juvenil até sua maioridade. Com quinze meses de reformatório e após conduta impecável, (outra característica dos psicopatas é o excelente comportamento quando presos) foi solto com a

promessa dos pais manterem o olho nele. Poucos meses depois os crimes recomeçaram e dessa vez com dois assassinatos. Na época a polícia foi questionada a respeito da soltura em tão pouco tempo de Jesse Pomeroy e as pessoas indignadas pediram pena de morte. Como até então nenhuma pena dessa gravidade havia sido aplicada a jovens com a idade de Pomeroy, decidiu-se pela prisão perpétua.

Jesse Pomeroy é o típico psicopata irrecuperável. Os crimes eram marcados pela perversidade que apenas uma mentalidade psicopática seria capaz de orquestrar e executar. Outro sinal visível é a repetição dos atos em serie sempre da mesma maneira e ausência de sentimentos que ele demonstrava nos momentos de tortura contra as crianças.

i. Jon Venables e Robert Thompson: O Brutal Assassinato de James Bulger

No dia 12 de fevereiro de 1993, Denise Fergus passeava com seu filho James Bulger de dois anos de idade, em um centro comercial na região de Liverpool, quando por alguns instantes de descuido, acabou perdendo de vista seu filho.

James Bulger foi encontrado partido ao meio com vários ferimentos e hematomas no dia 14 de fevereiro de 1993, dois dias após seu desaparecimento. Para ter ideia da barbaridade sofrida pela criança foram detectados 42 hematomas, crânio fraturado e sinais de hemorragia. Baterias foram colocadas em sua boca e tinta azul dentro dos seus olhos. Crime que deixou até os policiais admirados pelo tamanho da crueldade feita a uma criança tão pequena e indefesa. Na autópsia, o médico legista afirmou que quando o trem partiu James Bulger ao meio a criança já estaria morta em razão de tantos traumas que havia sofrido.

A Polícia chegou aos criminosos através das câmeras de segurança do centro comercial Strand. As câmeras mostram o menino sendo abordado por dois jovens que levaram a criança do lugar. Após a divulgação pela mídia das imagens, algumas pessoas procuram as autoridades alegando terem visto as três crianças caminhando pelas ruas. As testemunhas alegaram que James estava com um machucado na cabeça e chorando muito.

Tomada comoção que o caso levou e divulgadas as imagens as câmeras de segurança do Shopping, logo os garotos foram reconhecidos. As câmeras do centro comercial também detectaram pequenos roubos cometidos pelos garotos de apenas 10 anos de idade antes do crime, quanto aos furtos: uma lata de tinta azul, baterias, doces e um boneco. Os artefatos utilizados para cometer as atrocidades. Além dos roubos, as câmeras identificaram que eles

passaram algum tempo escolhendo a sua vítima, observando as crianças que passeavam com suas famílias.

Quando interrogados pela polícia confessaram que haviam se programado para matar uma criança naquele dia e a princípio o plano era jogar o garoto no meio do trânsito para que pudessem ver a criança sendo atropelada. Depois de sair do shopping, decidiram levar o garotinho para os trilhos do trem. Ali o torturaram, jogaram tinta dentro do olho, espancaram a cabeça com tijolos, pedras e barras de ferro. Ainda que não tenha ficado totalmente explícito, há suposições que havia motivações sexuais para os atos psicopatas praticados contra Bulger (KEMBER, 1998, p. 65) Após a covarde sessão de tortura, colocaram James para que o trem passasse por cima. Imaginar prática tão cruel e perversa cometida por duas crianças de apenas dez anos de idade contra outra criança de apenas dois anos, chega a ser quase inconcebível quando procuramos a razão. Mas não impossível quando reconhecemos a psicopatia entre nós.

3.3.5. Caso Liana Friedenbach e Filipe Caffé: O Debate Sobre a Diminuição Penal no Brasil

No dia 31 de outubro de 2003, o casal de namorados Liana Friedenbach, de 16 anos de idade e Felipe Caffé de 19 anos, saíram de casa e foram acampar em um sítio abandonado na zona rural de Embu-Guaçu, pequena cidade distante 36 quilômetros do centro de São Paulo. Escondida dos pais, Liana disse em casa que viajaria com um grupo de amigos.

Na madrugada do sábado pegaram o ônibus e chegaram ainda pela manhã no local que passariam o final de semana. O Sítio “Dolé”. Não demorou muito e logo foram surpreendidos por quatro criminosos. O casal foi vendado e levado para um cativeiro. Dos homens que abordaram o casal, o mais violento chamava-se Roberto Cardoso “Champinha”. À época com 16 anos de idade e o líder do bando.

No cativeiro, Liana foi mantida em um quarto e Felipe em outro. A adolescente foi violentada várias vezes por três dos criminosos: Champinha, Pernambuco e Antônio. Durante as praticas dos abusos, eles se revezavam. Batiam no Felipe e abusavam da menina. Felipe não durou muito e logo foi assassinado com um tiro na nuca no mesmo dia sendo abandonado perto de um riacho (DRUMMOND, 2016, p. 124). Liana sofreu por mais quatro dias até ser assassinada na madrugada da quarta-feira com vários golpes de facão, um deles levando a traumatismo craniano.

Champinha mostrou-se frio durante todo o processo. Em seu histórico, ainda que jovem, teve um passado criminal bastante significativo até cometer os assassinatos bárbaros de 2003. Era conhecido como o terror da região, e todos os moradores tinham medo dele. O caso foi um dos elementos emblemáticos no reaparecimento do debate acerca da possibilidade ou não da diminuição da idade penal mínima (hoje em 18 anos há quem defenda a redução para 16 ou até mesmo 14). Hoje, o seu destino ainda encontra-se incerto, pois já cumpriu os três anos de pena máxima de reclusão que compete a casos de menores de idade. Podendo voltar a ganhar a liberdade a qualquer momento, apesar da gravidade de seu crime e perfil psicopata.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito inicialmente no desenvolvimento do texto, longe de se tentar dar uma resposta definitiva quanto às causas, efeitos e soluções da criminalidade infanto-juvenil, intenta-se, prioritariamente, analisar no artigo, precipuamente em seus desdobramentos, as características e sinais que apontam para transtornos de conduta infanto-juvenil e os transtorno de personalidade antissocial com probabilidade a perfil psicopático, a partir da infância. A predisposição à criminalidade apresenta comportamentos e atos desde tenra idade, naturalmente observados por familiares, professores e entorno de convivência da criança, ou seja, a gênese do problema, por vezes, é algo que ainda remanesce relegado por parte dos especialistas a um segundo plano, e esse enfoque no seu elemento genético é que dá azo à proposição de que talvez a psicopatia se trate de uma condição humana irreversível, e, esse possivelmente é o elemento conclusivo a ser apontado com maior veemência e propriedade nessa seção derradeira da pesquisa apresentada.

Na tentativa de ampliar discussão que versa a prevenção a prática criminal infanto-juvenil, há de se buscar na confecção texto caracterizar o perfil de mentalidades disfuncionais para convivência em sociedade, pois uma vez observados e diagnosticados essa predisposição comportamental na infância e adolescência, a busca por tratamento psiquiátrico faz-se necessária, na tentativa de minimizar o quadro de atuação quando adultos.

Não há, até o presente momento, uma “cura” que seja definitiva e derradeira para a psicopatia, aliás, nem sequer há um consenso científico se ela é considerada uma doença, uma síndrome, ou apenas uma condição social propriamente dita sem referencial clínico próprio. O cérebro psicopata continuará sem sentir empatia pelo outro, sem sentimentos de culpa,

remorso ou arrependimento. O que se pode é tentar tratamento em alguns transtornos de conduta, desde que diagnosticados na infância. Os transtornos de conduta podem ser revertidos em tempo, quanto aos psicopatas, ou, ao menos, amenizados ou tornados menos propensos a acontecer, mas, de toda maneira, essa modelagem comportamental depende sempre de uma estrutura especializada para que possa ocorrer. Não se aparece ser viável que tal contenção seja feita de modo efetivo apenas pela simples vontade do sujeito psicopata.

Ademais, recentes pesquisas científicas lançam cada vez mais entendimento quanto a área cerebral referente às questões morais de comportamento e seu funcionamento. Há sugestões bem embasadas que indicam que o funcionamento fisiológico de pessoas diagnosticadas como psicopatas sofrem de uma disfunção clínica peculiar, algo que, a primeira vista, seria o elemento biológico necessário para explicar o modo como agem e porque agem de tal forma cruel e violenta. Ainda que essas pesquisas pareçam lançar novas luzes sobre o debate, principalmente, no que tange à impossibilidade de reversão do quadro de psicopatia, elas ainda não são conclusivas, mas já servem para, ao menos, direcionar elementos fulcrais do debate jurídico dessa questão.

A partir do momento que uma criança ou adolescente: mata, violenta, rouba e comete crimes hediondos, já não há mais que se falar em “preservar inocência”. Já não existe mais inocência, assim, perdendo a eficácia amparada pelo Estatuto da criança e do adolescente. Crimes onde se pressupõe maldade e requintes de crueldade independentemente da idade deveriam ser julgados na medida e proporção de sua atrocidade.

Um último desdobramento que pode ser feito sobre o tema retratado nesse artigo, indica que o atual sistema penal Brasileiro é falho nesse aspecto e a psicopatia ganha cada vez mais terreno na impunidade. Afinal, caso efetivamente, no futuro, for possível afirmar categoricamente a irreversibilidade da condição do psicopata, independentemente das causas que levam a tal atuação, sejam elas de viés genético/biológico, seja de viés social, ou até mesmo uma intrincada combinação desses dois fatores, é possível que a condição de irreversibilidade mude a forma como os “tratamentos” atuais são aplicados. Isso decorre do fato inescapável que a modelagem minimamente aceitável do padrão comportamental dos psicopatas somente será possível sob vigilância extrema e diuturna, não abrindo, portanto, mais brechas para repetições de crimes bárbaros e absurdos por aqueles que não detêm a possibilidade da reversibilidade em sua conduta social.

REFERÊNCIAS

CONNOR, Daniel F. **Aggression and Antisocial Behavior in Children and Adolescents: Research and Treatment**. New York: Guilford, 2002.

DALEY, Christopher. **Murder & Mayhem in Boston: Historic Crimes in the Hub**. Charleston: The History Press, 2015.

DRUMMOND, Fernando. **Trilogia do Mal: Serial Killers**. São Paulo: Biblioteca 24 Horas, 2016.

FALLON, James. **The Psychopath Inside: A Neuroscientist's Personal Journey into the Dark of the Brain**. Current: London, 2013.

HADREAS, Peter. **A Phenomenology of Love and Hate**. Burlington: Ashgate, 2007.

HARE, Robert D. **Hare Psychopathy Checklist-revised (PCL-R): Technical Manual**. 2. ed. Ontario: Multi-Health Systems, 2007

KEMBER, Sarah. **Virtual Anxiety: Photography, New Technologies and Subjectivity**. Manchester: Manchester UP, 1998.

LUNA, Erik. **Psychopathy and Sentencing**. In: KIEHL, Kent A.; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter P. **Handbook on Psychopathy and Law**. Oxford: Oxford UP, 2013. p. 358-388.

MCCANN, Joseph T. **Threats in Schools: A Practical Guide for Managing Violence**. New York: Routledge, 2002.

MOLL, Jorge; SOUZA, Ricardo de Oliveira; PESSOA, Luiz et al. The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions. **The Journal of Neuroscience**. v. 22, n. 7. 2002, pp. 2730-2736.

MURPHY, Jeffrie G. **Punishment and the Moral Emotions: Essays in Law, Morality, and Religion**. Oxford: Oxford UP, 2012.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa Silva. Programa Roda Viva **Violência e sociedade**. Data: 26/10/2010. <https://www.youtube.com/watch?v=kw4105ZjZuc>

PALOMBA, Guido. **Psiquiatria Forense**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1992.

PEERCE, Larry. **Child of Rage**. Documentário. Home box office em associação com o Comitê Nacional de prevenção ao abuso infantil, 1990.

PSYCHOPATHY, JUVENILE AGE AND IR(REVERSIBILITY): THE CONTROVERSIAL ANTISOCIAL BEHAVIOR DISTURBANCE ISSUES

ABSTRACT

It discusses the main aspects of juvenile psychological disturbance and behavior, mainly about criminal attitudes involved. It is a research based on how these behaviors are measured on forensics and psychiatric medical essays. Psychiatric forensics use legal psychology elements to nowadays legal cases, connecting its knowledge to legal doctrines, so on, this i show the methodological aspect surpasses into reality. Recently, concerning behavioral conduct and anti-social personality disorders (psychopathy), some major scientific achievements have been made, which serve to state the following conclusions. It is known that, once children and teenagers are diagnosed as mental challenged ones it is possible to arrange proper and modeled psychiatric and educational treatment. It concludes that, even though it is a harsh question to face, once there is no unity agreement about this issue (nor technical or scientific), childhood pscopathy shall be taken seriously on legal área, mainly because its probable irreversibility.

Keywords: Forensics Psychiatry. Psychopathology. Criminal Cases. Behavioral Disturbances.



SOCIAL BUSINESS, OU EMPRESA SOCIAL

Adriana Valéria Pugliesi¹

RESUMO

A empresa social é um modelo de negócios no qual o lucro é um de seus objetivos, mas não o principal deles. O principal objetivo desse modelo de negócio será dar solução a um problema social, e o lucro gerado na operação deve ser o suficiente para tornar a atividade autossustentável.

Palavras-chave: Empresa social. O Grameen Bank e a joint venture Grameen-danone.

1 INTRODUÇÃO

A ideia desse estudo é chamar a atenção - para necessária reflexão - para um inovador *modelo* de organização empresarial conhecida por *social business*, traduzida para o vernáculo como *empresa social* ou *negócio social*.

Apregoa-se que esse modelo de negócio poderia representar o futuro do capitalismo, na medida em que mobiliza a estrutura da empresa - e todo o alicerce que envolve a atividade econômica lucrativa - como solução para problemas sociais.

¹ Bacharel, mestre e doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. Professora de Direito Empresarial na FGV-Direito São Paulo. Professora integrante do Núcleo da Escola de Direito CEU-IICS. Advogada.

Com efeito, um dos problemas atuais do capitalismo está associado ao desenvolvimento empresarial - enquanto atividade econômica organizada e dirigida a geração de lucros - que por anos permaneceu sem uma agenda de sustentabilidade² e; como consequência, a *empresa* tornou-se conhecida e associada aos efeitos predatórios³ que a atividade econômica gerou ao longo dos últimos séculos.

Como resultado, a atividade econômica lucrativa assumiu um “passivo” e tem uma “dívida” para atender frente à toda sociedade. A empresa deve atuar como meio de desenvolvimento humano e, ao mesmo tempo, precisa contribuir para superar: (i) a poluição e degradação de recursos naturais essenciais (v.g. água potável, rios e florestas, além de terras -- por sua exaustão para pastagens e agricultura, etc.); (ii) a má distribuição da renda que cause aumento de diferenças sociais e pobreza; e (iii) a reflexão sobre questões sociais indispensáveis --- tais como, melhoria na educação e saúde ---, posto que da empresa participam colaboradores e a primeira deve também zelar pela qualidade de vida desses últimos.

Portanto, o desenvolvimento econômico realizado pela empresa e a forma como tem sido tratado o lucro dela proveniente, precisam ser revisitados e repensados. Um modo bastante interessante de fazer isso é conhecer os fundamentos e o funcionamento da empresa social.

A ideia em torno desse inovador modelo de atividade econômica está no fato de que embora persiga o lucro, nele não terá o seu principal objetivo. Em consequência, a *maximização* do lucro não é um ideal a ser perseguido. A empresa deverá ser orientada por seu *objetivo social* --- ou seja, a escolha de uma missão que, necessariamente, deve ter como resultado a melhoria da qualidade de vida de um grupo de pessoas, ou algum outro escopo de desenvolvimento econômico, social, ou ambiental, tais como: erradicar a fome, construção de moradias para sem-teto, tratamento de doentes, soluções de acesso a tecnologia, promoção de educação, proteção ao meio ambiente ou revitalização de algum local específico, e assim por diante.

Em palavras bem simples, a empresa social nasce pela necessidade de se endereçar solução a algum tipo de problema. Não se confunde com uma ONG – Organização Não Governamental, pois a empresa social pretende ser lucrativa.

² A agenda 2030 da ONU <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>

³ Confira-se o documentário “The Corporation”, por Joel Bakan, 2003, em: <https://www.youtube.com/watch?v=g2Gg54ImJy0#t=188.37378>

A diferença entre a empresa e a empresa social - já que ambas têm objetivo de lucro - está no fato de que nessa última, uma vez restituído o investimento feito pelos fundadores, nenhum dividendo ou qualquer outra modalidade de remuneração do capital lhes será destinado. Os rendimentos apurados pela empresa social, após haver o fundador recuperado seu investimento, serão integralmente destinados a manter e aprimorar o seu objetivo social. Pretende-se que a empresa social seja autossustentável, de modo que o lucro por ela buscado deve ser suficiente e necessário para essa finalidade.

Isso quer dizer que a gestão da atividade empresarial deverá focar-se na geração de lucro tão somente para manter sua autonomia financeira e/ou viabilizar aprimoramento do próprio negócio, pois, frise-se, seu principal objetivo será fazer com que o negócio cumpra sua missão de desenvolvimento social ou proteção ambiental, ou seja, de solução de um problema da sociedade.

Não é possível refletir sobre a empresa social sem que se faça referência ao seu idealizador, Muhammad Yunus⁴. Para bem ilustrar esse inovador conceito de empresa busquemos exemplo concreto - aquele que mobilizou por completo minha atenção sobre o tema e para o qual recomendo acesso ao vídeo respectivo⁵ - mencionando a experiência da Grameen-Danone, em Bangladesh; após referir ao movimento pioneiro do Grameen Bank.

2 DO GRAMEEN BANK À GRAMEEN-DANONE, EM BANGLADESH

Muhammad Yunus tornou-se célebre pela fundação do *Grameen Bank*, também conhecido como o banco dos pobres. Com essa iniciativa criou-se o conceito de *microcrédito*, concedido sem burocracia ou garantias, destinado a fornecer empréstimo de pequeno valor a pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social, com a finalidade de romper o círculo vicioso de pobreza por falta de acesso a recursos nas instituições financeiras pelos critérios tradicionais.

A iniciativa pioneira ocorreu em Bangladesh, um dos países mais carentes do mundo, com altíssimo grau de analfabetismo, e renda per capita anual média de 320 dólares americanos⁶.

⁴ É economista laureado com o prêmio Nobel da Paz em 2006, por haver contribuído para que milhões de pessoas tenha superado a linha da pobreza extrema.

⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=KmHyoW3Www4>

⁶ <https://pt.tradingeconomics.com/country-list/gdp-per-capita>

Yunus era professor universitário nos EUA e lecionava economia na *Middle Tennessee State University*, em Nashville. Quando Bangladesh tornou-se independente em 1971 (e o país enfrentava as consequências da guerra correspondente), o professor demitiu-se de sua atividade nos EUA e retornou ao seu país, passando a lecionar na Universidade de Chittagong.

Certo dia, o professor caminhava pelos arredores da universidade e deparou-se com a seguinte cena: diante de uma choupana paupérrima, uma jovem maltrapilha tecia habilmente um belíssimo banquinho com fibras de bambu. O contraste daquele quadro levou-o a conversar com a moça e descobrir que o produto de seu artesanato lhe rendia dois centavos de dólar por dia. Como não tinha recursos para comprar o bambu, a artesã tomava emprestado 25 centavos e ficava obrigada a vender, ao seu financiador, toda a sua produção, por valores inferiores aos praticados no mercado⁷.

No dia seguinte, Yunus verificou que pelo menos outras quarenta pessoas da comunidade local encontravam-se na mesma situação daquela jovem, e que havia apenas dois nomes responsáveis pelos “empréstimos”. Essa situação levou-o a perceber duas circunstâncias fundamentais que vieram a pavimentar a criação do Grameen Bank: a primeira delas era a facilidade com que se conduzia um ser humano a uma condição degradante e humilhante de trabalho, equivalente ao escravo - que é, por muitos, considerada imoral⁸, além de ser inquestionavelmente ilegal⁹; e segundo, que ele próprio poderia fazer algo para romper aquele ciclo.

O problema que se apresentava era bastante sério, mas a solução parecia proporcionalmente simples: o caminho seria financiar os 27 dólares necessários para pagar os dois “agiotas” e deles “libertar” os mutuários. Esse movimento, conta Yunus, promoveu felicidade de tantas pessoas, por uma quantia de dinheiro tão pequena, que surgiu a ideia que veio a conduzir à criação do Grameen Bank: criar um sistema para expandir esse tipo específico de financiamento, ou seja, voltado à concessão de empréstimos aos pobres, sem garantias e sem burocracia.

⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=TPk2gRuIdj0>

⁸ “*Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

⁹ Art. 149 do Código Penal brasileiro.

Anos depois, em 1983, foi constituído o Grameen Bank, baseado nos princípios da *confiança* e da *solidariedade*. Em 2015, a instituição contava com 8,81 milhões de financiados, movimentando a quantia semanal aproximada de 1,5 milhões, e nível recorde de 97% de adimplemento das obrigações creditícias¹⁰. Essa metodologia de realização de empréstimo, como meio de melhoria social, atualmente é replicada em outros 58 países.

O economista ordoliberal Amartya Sen¹¹ afirma que é bastante improvável que se possa construir um conceito unívoco de justiça; porém, argumenta que qualquer um de nós é capaz de reconhecer e apontar uma situação de flagrante injustiça. Um dos exemplos mencionados por Sen é o de presenciar outro ser humano definir de fome, até morrer. Argumenta que essa situação - principalmente pelo fato de que pode ser evitada - caracteriza um tipo de injustiça que deve ser incansavelmente combatida (e não há como deixar de reconhecer isso). O conceito de justiça proposto pelo economista, assim, é o de que se deve combater toda injustiça flagrante. Portanto, para Sen, a justiça real deve ser alcançada pelo combate à injustiça inquestionável, principalmente aquela que resulta de alguma situação que pode ser evitada.

A iniciativa de Yunus, pela concessão do microcrédito via Grammen Bank, materializa o combate à injustiça tal como proposto por Amartya Sen. Curiosamente, o ponto de partida de Yunus teve como pano de fundo a miséria extrema e a fome que se abatia sobre o povo de Bangladesh: situação inaceitável, que pode ser combatida com iniciativas sociais e econômicas.

A empresa social é um dos veículos possíveis para o enfrentamento desse tipo de problema social. Por essa razão representa uma nova faceta do capitalismo: a geração de lucros deve existir, mas esses serão revertidos a benefício da solução de uma questão social relacionada, por exemplo, à melhoria das condições de vida de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social¹² ou problemas ambientais.

Mas é importante dizer que esse objetivo - de melhoria ou solução de um problema social - deve ser buscado sem assistencialismo e mediante estímulo das capacidades e

¹⁰ <http://www.grameen.com/founder-2/>

¹¹ *The Idea of Justice*, Allen Lane and imprinted of Penguin Books, 2009.

¹² A esse respeito, a nota de F. Konder Comparato: “...é indispensável reafirmar que nenhuma atividade econômica, num regime autenticamente republicano, deve servir aos interesses dos poderosos, mas voltar-se sempre à satisfação das justas necessidades e utilidades de todos. Ainda sob esse aspecto, o regime capitalista, que subordina a vida econômica ao interesse da maior produção de lucros e de concentração de capital, com desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores e consumidores, revela-se frontalmente anti-republicano.” (Ética – Direito, moral e Religião no mundo moderno, 2ª edição, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, pp.635-636).

potencialidades de cada um - porque a empresa social não se confunde com a caridade¹³, mas se trata de auxiliar cada pessoa a criar para si um meio de vida autossustentável¹⁴.

Nesse sentido, o objetivo de uma empresa social não será a *maximização* dos lucros, mas sim a valorização da pessoa humana. Os sete princípios gerais propostos por Yunus para esse modelo de negócio bem revelam essa faceta do negócio social: (i) redução da pobreza ou outros problemas (envolvendo, por exemplo: educação, saúde, acesso a tecnologia¹⁵ e meio ambiente); (ii) sustentabilidade financeira e econômica da atividade; (iii) os investidores do negócio serão ressarcidos apenas pelo aporte realizado, e nenhum dividendo é pago além do retorno do valor aplicado; (iv) depois que o investimento for restituído, todo o lucro da empresa será destinado a ampliação e melhoria do objetivo social; (v) deve-se respeitar o meio ambiente; (vi) os colaboradores devem ser remunerados pelo valor de mercado e terem melhores condições de trabalho; e (vii) tudo isso deve ser feito com ... alegria.

Note-se, na empresa social, qualquer que seja o seu objetivo, o desenvolvimento de uma atividade econômica deve: (i) proporcionar condições de acesso a trabalho com preservação da dignidade humana; (ii) ser financeira e economicamente autossustentável; e (iii) ser ambientalmente consciente.

Esses objetivos gerais são (ou deveriam ser) preocupação de qualquer modo de produção do mundo moderno. A estrutura global do capitalismo não conseguirá sustentar-se caso teime em desconsiderar esses propósitos.

É intuitivo - embora seja óbvio para muitos - que o atual modelo de capitalismo corre o risco de conduzir a uma destruição de *valores*¹⁶ que talvez não possam ser reconstruídos no futuro: meio ambiente, vidas humanas, patrimônios culturais e históricos, e afins.

O modelo proposto pela “social business” - ou empresa social - inova quanto ao *objetivo empresarial* e o *papel de seus investidores*: (i) o primeiro deve ser relacionado à solução de um problema social ou ambiental; (ii) e os segundos ficarão engajados a essa “missão” na medida em que poderão receber de volta apenas o capital investido, pois, depois

¹³ Uma das principais diferenças entre a empresa social e a caridade é: na caridade, quando se doa o dinheiro esse recurso é gasto para uma finalidade humanitária, mas atende uma única vida, já que, despendido, o valor extingue-se. Na empresa social o valor investido atinge um número indefinido de pessoas, e gera mais recursos para atender ainda mais indivíduos... atua num círculo virtuoso.

¹⁴ MUHAMMAD, Yunus e WEBER, Karl. *Creating a World Without Poverty: Social Business and the Future of Capitalism*, Public Affairs, New York, 2008. (a obra foi traduzida para a língua portuguesa pela Editora Ática).

¹⁵ Estima-se que *Grameen Cellular Phone* seja a maior companhia fabricante de celulares do mundo.

¹⁶ “*No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 77, acessível em: <https://mega.nz/#F!QgFDQDiY!zbJP15JSfBfepWEn0LVE2g>).

disso, todo o lucro gerado pela empresa será destinado a mantê-la ou replicar o modelo de negócio.

A iniciativa da *joint venture* Grameen-Danone¹⁷ é um exemplo que explica com perfeição o conceito de empresa social.

O problema da desnutrição infantil é muito grave em Bangladesh, sendo causa de altos índices de mortalidade e diversos problemas de saúde. Trata-se, com toda certeza, de um problema social grave, mas que pode ser evitado ou superado. É exatamente o tipo de injustiça que precisa ser combatida firmemente, como anota Sen. A solução para essa adversidade constitui o objetivo da *empresa social* Grameen-Danone.

O projeto teve início durante um encontro casual entre Yunus e o CEO da Danone, no qual o primeiro propôs a criação de uma empresa em *joint venture*, para produção, a baixo custo, de um yogurt que fosse agradável ao paladar infantil e contivesse todos os ingredientes necessários para suprir a carência nutricional das crianças. Especialistas afirmam que, se uma criança recebe semanalmente dois potes desse produto, após um ano, o problema da desnutrição terá sido superado.

A Danone promoveu todo o investimento de pesquisar para a fórmula do yogurt e implementação da fábrica. Por se tratar de uma empresa social, o único retorno financeiro que a Danone deveria esperar era a devolução (integral) do investimento. Depois disso, todo o lucro da atividade é reinvestido no negócio, aumentando o número de crianças beneficiadas.

Além disso, a distribuição do produto é feita por meio de entregadores da localidade, tendo sido criado um programa especial para mendigos que, financiados pelo Grameen Bank, passaram a revender o yogurt e receber remuneração por comissão. A ideia é bastante inteligente por endereçar, em acréscimo, resposta a um outro problema social - do pedinte, que por ser bastante conhecido da comunidade tem facilidade de oferecer o produto - e passa a ser reconhecido por adquirir uma profissão remunerada. A empresa social busca trazer transformação que podem efeitos sobre a comunidade como um todo.

Como se vê, essa estrutura de empresa estimula a *cooperação* interna e externa *corporis* e isso é resultado do próprio modo como o negócio se desenvolve.

Esse modelo de empresa, portanto, parece dar solução ao problema outrora apresentado por Calixto Salomão Filho¹⁸, quando anotou: “*Na verdade, o comportamento cooperativo e o cumprimento de regras éticas entre acionistas é algo absolutamente ínsito ao conceito de sociedade. Seu cumprimento não é, no entanto, espontâneo. A razão para tanto*

¹⁷ Confira-se nota n. 03, acima.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição revista e ampliada, Malheiros, 2011, p.55.

está na existência de estruturas de poder aptas a impedir tais comportamentos e estimular práticas autointeressadas.” A mesma lógica de aplica-se às relações *externa corporis* das empresas, como também já mostrou o mesmo autor¹⁹, e é mitigado na operação da empresa social.

Isso acontece na empresa social porque o comportamento cooperativo emerge de forma espontânea, exatamente em razão do fato de que nela as estruturas de poder são organizadas para atender à superação de um *problema social* (e não proporcionar lucros cada vez maiores para atender a acionistas exigentes).

Diante desse cenário, a *governança corporativa* dessas organizações deixa de focar em mecanismos legais e estruturais de *controle do poder interno e externo*, e passa a dar destaque aos métodos que possam tornar mais eficazes a *integração* entre as partes relacionadas (empregados, colaboradores, fornecedores, credores, etc.) para consecução da função social perseguida pela empresa.

Um dos possíveis papéis da governança corporativa, nesse sentido, será o de criar mecanismos de redução de conflitos (entre todos os interessados e potencialmente afetados pela atuação da organização) - pois esse é um dos temas centrais desse campo de estudo da empresa²⁰ - pela inclusão de diversas visões quanto ao processo decisório, aperfeiçoamento da transparência de atuação da gestão e informação (financeiras e não-financeiras, de sustentabilidade e impactos sócio-ambientais, prestação de contas (*accountability*), e relacionamento com *stakeholders*).

Trata-se da confirmação da tese de Robert Axelrod de que a cooperação pode efetivamente emergir sem a fiscalização de uma autoridade; e até mesmo em um ambiente em que os agentes estejam em situações economicamente contrapostas - ou seja, em um sinalagma contratual.²¹ Um dos elementos que, para o autor, estimula a cooperação natural assenta-se na exatamente na *reciprocidade*²² de comportamento,- e é isso que se alcança nesse modelo de relação jurídica empresarial, pois as partes relacionadas buscam um fim comum. Na esteira desse pensamento, Elinor Ostrom pontua que a implementação de um ambiente de

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A legal theory of economic power – implications for social development and economic development*, Edward Publishing Limited, Massachussets, 2011, p.109-110.

²⁰ DI MICELI da SILVEIRA, Alexandre. *Governança corporativa – O essencial para líderes*, Campus Elsevier, 2014, p. 28.

²¹ AXELROD, Robert. *The complexity of cooperation*, Princeton University Press, 1997.

²² AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984.

confiança - que gera cooperação, conforme Axelrod - depende, em grande parte, da reciprocidade nas relações interhumanas²³.

Na época da elaboração do projeto da *joint venture* Grameen-Danone uma questão jurídica colocou-se: a Danone é uma companhia com finalidade empresarial e, em princípio, estaria proibida de realizar o investimento de natureza social necessário. Os acionistas da companhia poderiam interpretar esse investimento como contrário aos fins sociais da Danone, necessariamente lucrativos para remuneração de seus sócios.

A solução proposta pelos advogados envolvidos na questão foi a de escrever uma carta aos acionistas indagando se concordariam em destinar os dividendos a que fariam *jus*, em certo exercício social, para investir na *joint venture* Grameen-Danone. Surpreendentemente, 97% dos acionistas responderam aquiescendo explicitamente com a proposta. O “problema” que se colocou, então, foi bastante diferente do esperado: a arrecadação de recursos para o investimento foi muitas vezes superior ao necessário para criar a empresa social Grameen-Danone. Idealizou-se, então, a constituição de um fundo de investimentos, posteriormente aberto para negociação em bolsa de valores, vinculado à manutenção do negócio social Grameen-Danone.

Isso prova, incontestavelmente, que pessoas não são movidas exclusivamente pelo autointeresse - como prega a economia clássica; mas também por inúmeros outros motivos, até mesmo de natureza unicamente altruísta²⁴.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fatos acima narrados são bastante eloquentes para mostrar que: (i) a empresa social, e sem prejuízo de aperfeiçoamentos em sua estrutura, constitui ferramenta extremamente útil na erradicação de problemas sociais, ou métodos preservação ou recuperação ambiental; (ii) as empresas sociais encerram uma estrutura organizacional que estimula a cooperação interna e externa *corporis*; (iii) a própria finalidade desse modelo de negócio faz emergir, de forma espontânea, a busca de valores que não estão relacionados apenas ao autointeresse (do agente econômico), como vimos no exemplo dos acionistas da

²³ *Trust and Reciprocity*, - interdisciplinary lessons from experimental research. Elinor Ostrom and James Walker Editors, vol. VI in the Russel Sage Foudation Series, New York, 2003.

²⁴ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*, Allen Lane and imprinted of Penguin Books, 2009.

Danone que, prontamente concordaram em participar da iniciativa da empresa social Grameen-Danone, em Bangladesh.

Parece-nos que esse movimento não apenas constitui um ideal humanitário de muitas pessoas sem qualquer vinculação ideológica ou política -questão a ser enfrentada também pelo capitalismo moderno -; como também evidencia uma aspiração geral comum ao *homo economicus* - que não se relaciona apenas ao lucro sem limites - e sem o qual não haveria sobrevivência para o movimento do capitalismo e da globalização.

Por outras palavras, o desenvolvimento econômico com fundamento em atividade lucrativa precisa encontrar mecanismos para construção de um mundo melhor pela erradicação das injustiças que podem ser evitadas, além de preservar o planeta: para isso será necessário reinventar o capitalismo e buscar soluções para os problemas que até agora esse contribuiu para criar.

REFERÊNCIAS

AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**, Basic Books, 1984.

_____. **The complexity of cooperation**, Princeton University Press, 1997.

DI MICELI da SILVEIRA, Alexandre. **Governança corporativa – O essencial para líderes**, Campus Elsevier, São Paulo, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**.

MUHAMMAD, Yunus e WEBER, Karl. **Creating a World Without Poverty: Social Business and the Future of Capitalism**, Public Affairs, New York, 2008.

OSTROM, Elinor. **Trust and Reciprocity, - interdisciplinary lessons from experimental research**. Elinor Ostrom and James Walker Editors, vol. VI in the Russel Sage Foundation Series, New York, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**, 4ª edição revista e ampliada, Malheiros, 2011.

_____. **A legal theory of economic power – implications for social development and economic development**, Edward Publishing Limited, Massachussets, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**, Allen Lane and imprinted of Penguin Books, 2009.

SOCIAL BUSINESS

ABSTRACT

The social business is a business model in which profit is one of its goals, but not the principal one. The main objective of this business model will be to solve a social problem, and the profit must be enough to make the activity self-sustainable.

Keywords: Social business. The Gramenn Bank and the joint venture Grameen-Danone.



TRABALHO INFANTIL: UM COMPLEXO DESAFIO POLÍTICO INTERCULTURAL

*Zéu Palmeira Sobrinho*¹

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar que o legado das construções ideológicas autoritárias do patriarcalismo, ao ser apropriado pelo modo de produção capitalista, reforçou historicamente a exploração do trabalho infantil. As metodologias argumentativas patriarcais fundamentadas no indutivismo e no etnocentrismo reforçaram as práticas de submissão e controle do capitalismo sobre a exploração da força de trabalho infantil. O modo de produção vigente não significou o rompimento automático com os padrões culturais pré-capitalistas. Ao contrário, a produção capitalista apropriou-se de forma pragmática do legado baseado no etnocentrismo e no argumento indutivista para explorar, encobrir e silenciar o elo mais fraco da relação de trabalho infantil.

Palavras-chave: Trabalho infantil. Patriarcalismo. Modo de produção capitalista.

1 INTRODUÇÃO

¹ Juiz titular da 10ª Vara do Trabalho e do Juízo Auxiliar da Infância e Juventude, no âmbito da Justiça do Trabalho do RN, mestre e doutor em Ciências Sociais pela UFRN, pós-doutor em Sociologia Jurídica (Universidade de Coimbra), professor associado da Faculdade de Direito da UFRN.

Entre os países africanos² e entre segmentos do campesinato latino-americano destacam-se o desafio de compreender-se a existência do labor de crianças e adolescentes como resultado da manifestação cultural, pelo que não raro coloca em xeque o próprio conceito de infância, de criança, de cultura e, enfim, do que vem a ser trabalho infantil ou não.

O trabalho infantil, em sua concepção negativa e positivada pelas Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho), consiste na atividade, onerosa ou não, que a lei considera inadequada à criança e ao adolescente.

A concepção positiva, em relação às atividades desempenhadas por crianças ou adolescente, pode ser chamada de AVE – Atividade Voluntária Educativa.

A AVE consiste no trabalho que, pelo seu escopo educativo, cooperativo e socializador, ao invés de prejudicar, serve como meio para se promover o bem-estar e o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente que o realiza. A linha demarcatória que separa o AVE do trabalho infantil precisa ser claramente evidenciada segundo critérios pragmáticos. Cita-se aqui um complexo de critérios, tais como o da recorrência, o do tempo dos serviços prestados, o da natureza das atividades desenvolvidas e o critério do potencial de dano, em sentido amplo, envolvido na atividade. O UNICEF estabelece alguns requisitos por meio de alguns referenciais, tais como dedicação exclusiva, idade demasiada baixa, estresse físico, psíquico e social, comprometimento do acesso à escola, violação da dignidade etc

A cultura aqui é entendida como o complexo de relações, comportamentos e valores, materiais e simbólicos, que o homem cria e mantém para expressar e transmitir a cosmovisão da sua comunidade e o seu pertencimento a um tempo e a um lugar (HOEBEL & FROST, 2011). A cultura também é concebida como portadora de um peso enorme na conceituação do que vem a ser criança e em que consiste a infância. Muitas vezes a indagação sobre para que serve a infância não é feita se a cultura de um povo não admitir que a infância existe, que ela é distinta da fase adulta, que ela é uma fase importante e, por fim, que ela há de necessariamente envolver uma relação de dialogicidade e de proteção suficientes a garantir o pleno desenvolvimento de seus protagonistas.

Antes de se avançar na discussão, parte-se aqui da premissa de que de fato existem tantas culturas quantas visões de mundo existem entre os povos e comunidades.

² Atualmente, mais da metade das 168 milhões de crianças trabalhadoras no mundo estão laborando em atividades perigosas. Somente a África Subsaariana tem quase 60 milhões de trabalhadores infanto-juvenis. A maioria esmagadora dos países africanos reconhecem o problema, tanto que produziram a Carta Africana sobre os Direitos e Bem Estar da Criança (ACRWC), de 1990, e ratificaram as Convenções 138 e 182, da OIT, que propugnam pela erradicação do trabalho infantil. Porém, essa anuência aos instrumentos da OIT não tem significado numa prática consequente de combate à exploração do labor infanto-juvenil.

Adota-se aqui da premissa de que no elo entre as culturas e os direitos não se deve presumir antagonismos, mas se perceber como o diálogo intercultural pode ajudar a compreender os limites de cada esfera da relação social. Se o direito nega a cultura ele nega-se a si mesmo, pois só há a legitimidade democrática do direito se este for uma síntese das manifestações culturais do seu povo.

As percepções diferenciadas de mundo são influenciadas pelas crenças, pelas práticas sociais inventadas e ou assimiladas de outros povos, pelas relações materiais e simbólicas existentes entre os homens entre si e entre os homens e a natureza.

Cada povo ou comunidade, em face dos fluxos criados pelas tecnologias informacionais, vai aos poucos encontrando, conforme as suas temporalidades e os seus próprios ritmos, as possibilidades de um duplo reconhecimento: primeiro, reconhecer simultaneamente que a sua visão de mundo não é única; e segundo, que há outras concepções que desafiam e convidam ao diálogo intercultural. Direito sem cultura é um corpo robotizado, um corpo sem espírito.

Se o direito não pode desconhecer a cultura, esta não deve desconhecer que além do horizonte, há os limites da razoabilidade referenciada pela existência, ou seja pela, vida. A cultura é sempre para a vida, e não para a morte. A cultura que destrói o outro perde a sua legitimidade, pois só há sentido vivificante numa cultura humana se esta tiver como premissa a reprodução da própria vida. Não se nega que houve culturas no passado orientadas pela destruição do outro, mas elas não se sustentaram por serem autofágicas. Um exemplo é o que se sucedeu com os cananeus amonitas, povo que viveu na Península Arábica e que cultuava o Deus Moloch, representação de um homem com cabeça de touro. Os adeptos de Moloch tinha por ritual a imolação de seus recém-nascidos, os quais eram atirados vivos para arder na fogueira. Até o século passado, os amorreus cultuavam Moloch e sustentavam que a criança imolada no fogo purificaria a nação.

Comunidades locais podem construir concepções singulares do seu meio, envolvendo um complexo de seres, práticas, valores e bens, o que tende a interferir na relação entre os homens e a natureza e na relação dos homens entre si. Isso envolve uma questão epistemológica que desafia se saber qual o conhecimento que consubstancia essa relação que envolve esse complexo e que tem potencial de transformação.

Ao admitir-se a premissa de que há um multiculturalismo que implica diferentes visões sobre o trabalho infantil é porque também se reconhece que há distintas percepções sobre o outro, isto é, sobre o que vem a ser a criança e o que vem a ser a própria noção de infância.

A relação entre o multiculturalismo e a universalização de direitos é problemática, ora porque paira uma desconfiança sobre os conceitos hegemônicos, ora porque o risco da homogeneização cultural, aliado à inexistência de políticas públicas eficazes de combate à pobreza, tende a desprezar as diferenças culturais e a cancelar a substituição da miséria de ser explorado pela miséria de não ser explorado, conforme adverte Giddens:

"A tentativa de universalizar os direitos das crianças e as definições de infância em contextos econômicos e sociais muito diferentes é uma tentativa ousada, e coloca importantes questões. Será a definição da ONU culturalmente sensível às diferentes sociedades, ou será que impõe noções ocidentais às crianças e à infância de outras partes do Mundo? Conseguirão os governos do mundo em desenvolvimento impor, de fato, medidas de segurança idênticas à das sociedades desenvolvidas com vista a salvaguardar os direitos da criança? Por exemplo, em muitos países em desenvolvimento, as 'crianças de rua' ganham dinheiro para as suas famílias pobres através da venda ambulante de produtos. Caso tais práticas sejam penalizadas pelos Estados como sendo 'desviantes', como se processará a sobrevivência das famílias?" (GIDDENS, 2013, p. 330)

Entre os povos colonizados, as percepções sobre quem é o outro, quem é a criança e o que é a infância, são contrastadas com a visão do colonizador.

Toda a trajetória de constituição colonialista da Europa, como portador privilegiado de modernidade, não seria nada se não fosse a luta ensandecida pelo eurocentrismo, ou seja, a luta que a Europa travou para se tornar o centro do universo e colocar à sua margem todas as outras culturas.

Entre os povos latino-americanos, a criança, a infância e o trabalho, a despeito das influências dos indígenas e das populações afrodescendentes, são hegemonicamente construções culturais europeístas com fortes influências decorrentes das relações econômicas. Essas influências, porém, autorizam este autor a discordar de Philippe Ariés (1986), que defendia ser possível recontar a história da criança e da infância dos povos colonizados tomando como ponto de partida a história da criança e da infância europeias. Nesse sentido, é pertinente discordar-se também da afirmação de que até a Idade Média inexistia, entre os povos nativos da América Latina, a criança como pessoa distinta do adulto. Essa percepção é decorrência de uma leitura sobre a infância latino americana como reflexo ou apêndice da infância europeia.

2 OS INACABADOS CONCEITOS DE CRIANÇA E DE INFÂNCIA: CONSTRUÇÕES CULTURAIS EM PROCESSO

Por que os conceitos de criança e de infância são importantes para se debater sobre o trabalho infantil?

Essa indagação, embora não envolva a expectativa de se encontrar a resposta inexorável, torna-se importante para se discutir até que ponto o conceito de criança é ou não uma construção sociohistórica capaz de permitir concessões culturais compatíveis com a existência ou não da utilização da força de trabalho infantil.

Sob o ponto de vista científico, observa-se uma forte tendência para vincular-se a categorização do trabalho infantil à atividade desenvolvida de forma contínua pelas pessoas que se encontram no estágio que precede ou no qual se desenvolve a puberdade. Essa tendência vem sendo verificada em diversos estudos que atrelam a nocividade do trabalho em razão das condições socioambientais e fisiológicas que antecedem ou que são simultâneas ao estágio da puberdade. Até a etapa da puberdade, a criança e o adolescente encontram-se em formação e por isso são reputados como suscetíveis em potencial aos chamados riscos sociais, fisiológicos e psicológicos associados aos danos à saúde e à integridade física, moral e psicossocial.

Sob a ótica da medicina, o conceito de criança se funda em elementos objetivos estruturantes, mas que são suscetíveis às influências socioambientais. Sob tal aspecto, a criança é alguém que está entre o nascimento e o período que antecede a puberdade. A puberdade seria o período, sob os aspectos psíquicos e fisiológicos, coincidente com a adolescência. É sob tal influência que o legislador brasileiro do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente resolveu estabelecer que a criança é a pessoa de até 12 anos incompletos, ao passo que o adolescente é a pessoa dos 12 aos 18 anos

Na definição de criança, destacam-se as construções culturais, biológicas e jurídicas. No Brasil, o parâmetro adotado pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei 8.069, de 13.7.1990, difere da Convenção 182, da OIT, que trata sobre o TIP – Trabalho Infantil Perigoso e que designa a criança como sendo toda pessoa menor de 18 anos.

Ainda referindo-se ao peso da cultura sobre o conceito de criança, Emma Charlene Lubaale (2015),³ professora da Universidade de Pretória (África do Sul), externaliza a mesma

³ “What makes the position unique in Africa is the general construction of childhood. The way children are conceptualised in a given community constitutes that society's image of childhood and as such, the rights of

preocupação em relação ao trabalho infantil na África ao dizer que sob a perspectiva de que pelo trabalho a criança adquire socialização e habilidades, predomina sob o espectro da apologia do trabalho, o escopo econômico que põe em conflito os interesses da criança em contraste com os interesses da família, do Estado e do Mercado.

Aristóteles,⁴ em sua obra “A Política”, dizia que a criança era o ser imperfeito. Nesse sentido afirmava que assim como a decrepitude retirava do idoso a sua condição de cidadania, a imperfeição da criança era o suficiente para incapacitá-la como sujeito da cidadania.

Na tradição cristã, existia o conceito teológico de criança que era diferente do seu conceito cotidiano. Santo Agostinho, na sua obra *Cidade de Deus* (1990), dizia que na fase de salvação humana os homens seriam novamente crianças. Outro teólogo, Clemente Alexandre, dizia que - no plano da salvação - a infância seria o modelo da perfeição, ou seja, seria tal qual a primavera da vida eterna.

Segundo Giordano Ladocsi (2002, p. 355), no “pensamento gnóstico, a criança representava geralmente o indivíduo totalmente alheio às tentações sexuais”, razão pela qual em algumas tribos as crianças eram consideradas como seres de uma espécie de mônadas, de andróginos.

Para os estoicos há uma nova fase da vida a cada sete anos, de modo que aos 14 anos o ser humano deixa infância e começa a adolescência. Todavia, desde antiguidade, o ocidente condicionou o modo de vida da criança aos interesses dos pais ou dos responsáveis. Esse poder supremo da família sobre as crianças foi invocado para punir, violentar, abusar e até abandonar a criança.

O conceito de criança que se tem hoje não é uma construção sociocultural unívoca e nem é uma convenção universal. Helena Vasconcelos (2009), ao escrever o seu livro “A infância é um território desconhecido”, disse que na Europa apenas em tempos recentes as

children recognised in that society largely depend upon the prevailing image of childhood in that community (FIONDA, 2001: 8-15). In many African societies, children continue to be seen but not heard. Unlike the western belief in absolute individual equality, the African perspective does not necessarily grant human beings equality (RWEZAURA, 1998: 254). Instead, each individual is positioned niquely within the community according to social variables, age being one of the variables. There are hierarchies and within the hierarchies there are duties and obligations. Children occupy the lowest position within the hierarchy (BELL & AGGLETON, 2013: 107). Parenting style is more influenced by cultural disposition and morals are of the utmost importance. Within such settings, it is difficult to envisage a situation in which children, however alive they are to the exploitative nature of work, can make legitimate claims as envisaged” (LUBAALE, 2015, p. 25).

⁴ “É mais ou menos o mesmo que acontece com as crianças que ainda não têm idade para serem inscritas na função cívica e com os velhos que, pela idade, estão isentos de qualquer serviço. Não podemos dizer simplesmente que eles são cidadãos; não são senão supranumerários; uns são cidadãos em esperança por causa de sua imperfeição, outros são cidadãos rejeitados por causa de sua decrepitude. Terão o nome que se quiser: o nome não importa desde que sejamos compreendidos. Procuramos aqui o cidadão puro, sem restrições nem modificações.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 42).

crianças deixaram de ser objeto de abandono recorrente. Antes, na Idade Média, por exemplo, as crianças europeias eram reputadas como inseridas no mundo adulto a partir dos sete anos.

"Durante a Idade Média, na Europa, as crianças passavam a pertencer ao universo adulto logo que começavam a falar e entrar na nobreza. Segue-se o exemplo da Grécia antiga que estabelecia a idade de sete anos, a partir da qual começava-se a aprender usar hábitos e a maneira de estar apropriadas. Era aos sete anos, também, e por analogia, que as crianças do povo começavam a trabalhar. Aquela que ficou convencionalmente apelidada de 'idade da razão' marcava o fim de uma proteção mais instintiva do que afetiva" (VASCONCELOS, 2009, p. 29).

Diz Phillipe Ariés (1986) que até o Século XII, na Europa, não existia sequer a expressão artística representativa da infância. Desse modo, a produção da existência social da criança na Europa é fenômeno que somente ocorreu após o final da Idade Média. O autor mencionado diz que na Idade Média não havia nada além do mundo do adultos, de modo que a criança era nada mais do que o pequeno adulto. Ariés sustenta que antes da Idade Moderna, não existia uma distinção entre a criança e o adulto, razão pela qual entende não se poderia falar em cuidado ou proteção específica para a criança. Acrescenta, ainda, que somente nos primórdios do iluminismo é que teria surgido a preocupação de se saber a partir de qual idade brotaria a razão no ser humano. Ariés finalmente conclui que até o crepúsculo da Idade Moderna acreditava-se que era inexigível a razão de crianças com idade abaixo de sete anos.

A despeito da importância da obra de Ariés, ele cometeu o equívoco de continuar "invisibilizando" a infância na Idade Média pelo simples fato dele não ter encontrado evidências de uma história oficial da criança, por exemplo, retratada a partir das obras de artes. O fato de o mencionado historiador não ter encontrado vestígios de uma infância na Europa medieval não significa que ela não existiu, mas põe a obra de Ariés como um relato controvertido, conforme adverte Colin Heywood na sua clássica obra "A history of childhood".⁵

⁵ "And in the beginning there was Ariès. His wide-ranging and dramatic account of the discovery of childhood was a truly seminal work. Brief stated, Ariès made the startling assertion that the medieval world was ignorant of childhood. What was missing was any sentiment de l'enfance, any awareness of the particular nature of childhood, that particular nature which distinguishes the child from the adult, even the young adult. (...) Adrian Wilson, one of Ariès's most systematic critics, concluded that it was riddled with logical flaws and methodologic catastrophe. The book was far more favourably received among psychologists and sociologists. Indeed, they had an alarming tendency to treat it as 'historical report' rather than a highly contentious thesis. (...) Most people assume that their own ideas and practices concerning childhood are natural, and are shocked to discover that other societies diverge from them." (HEYWOOD, 2001, p. 11)

Os padrões culturais de cada época e de cada comunidade tem singularidades que os tornam diferentes. Os estudos antropológicos revelam que o crescimento da criança é um complexo que revela a polissemia das infâncias, de modo que não é possível uma comparação, uma mensuração, uma enumeração ou classificação dos diferentes padrões que influenciam a caracterização da criança e, em consequência, do adolescente. Isso ocorre porque os conceitos de infância e conseqüentemente, de criança e de adolescência, são construções sóciohistóricas, de modo que práticas sociais, crenças, valores, contingências políticas, carências comunitárias e familiares são apenas alguns dos fatores que influenciam as posturas dos adultos em relação ao que vem a ser a criança e a infância.

O debate sobre as singularidades que constituem os diferentes padrões ou traços culturais que caracterizam a construção da infância envolve, dentre outras tantas disciplinas, a antropologia, a pediatria, a pedagogia, a psicologia cultural e a sociologia da cultura.

Nas corporações de ofício, as crianças tinham seus ritos iniciáticos na oficina do mestre, de modo que o sentido da aprendizagem era voltado para o exercício de um ofício. Logo, a criação do espaço da escola é uma novidade que somente veio se tornar realidade a partir dos séculos XVIII e XIX.

Segundo a pedagogia do socialismo utópico dezenovista, a exemplo daquele defendido por Charles Fourier (2007), partia-se da premissa idealista de que a criança já teria em si uma tendência para abraçar o trabalho a partir de uma prática hedonista, ou seja, a criança era vista como um ser sem razão que deveria ser educada segundo a natureza e incentivada, com escopo lúdico, pela mediação do prazer ao trabalho.⁶

A mentalidade infantil e o abandono das crianças foram realidades no ocidente. No século XVIII, conforme dados trazidos por Vasconcelos (2009) uma em cada três crianças morria antes de completar um ano e uma em cada duas atingia os 21 anos de idade. O destino das crianças abandonadas era a Roda dos Expostos, local existente nas instituições de caridade para se expor a criança enjeitada pela família e que deveria se submeter aos cuidados das instituições de caridade.

As crianças "expostas" eram colocadas para trabalhar em serviços domésticos, oficinas artesanais e como ajudantes no comércio, conforme esclarece Maria Luiza Marcílio (2006, p. 293):

⁶ “As crianças não conhecem razão nem necessidade futura; estão completamente disponíveis para a natureza, para o prazer do momento, sem pensar nos resultados. Assim, na atração é preciso começar a refletir sobre as crianças. Se conseguirmos iniciar as crianças ao trabalho, conduzi-las ao trabalho pelo prazer, tanto melhor o faremos com os pais (...) Deste modo, para avaliar se o sistema da indústria societária está de acordo com a natureza, é necessário examinar se nestes as crianças se entregam espontaneamente aos trabalhos úteis e produtivos, sem nenhuma imposição ou exortação...” (FOURIER, 2007, p. 58).

"Explorava-se o trabalho infantil sem nenhum constrangimento, de acordo com a melhor consciência burguesa de estar ajudando a criança desamparada. Esse sistema de aprendizagem e de contrato de trabalho em casas de artesãos deu condições de integração da criança exposta na sociedade, ao prepará-la para o ofício. Evitava-se assim, para esses meninos e meninas, o drama que a maioria dos que saíram das grandes instituições teve de enfrentar. De repente, ao atingir maioridade, esses jovens se viam diante de uma sociedade, que lhes era hostil, ou pelo menos indiferentes, sem preparo e sem armas para se defender."

No Brasil, o trabalho infantil e a infância são construções históricas, mas não são elaborações sincrônicas. Assim, é possível deduzir-se que foram tantas as infâncias existentes quantas foram as diversas comunidades e tradições indígenas.

Relativamente a diversidade indígena latina são comuns histórias de atividades de subsistência a partir dos sete anos de idade como, p. exemplo, o transporte do pescado até a aldeia realizada entre os meninos kaingangues.⁷ No tocante aos negros do Brasil Colônia há ainda uma memória de infâncias marcadas de um lado pela alta taxa de mortalidade, pelas opressões, pela desnutrição, pelo trabalho precoce e pelo abandono; de outro, há o registro de infâncias em que as crianças negras brincam, aprendem, ensinam e lutam pela afirmação da sua identidade e contra o preconceito à infância quilombola, a exemplo dos meninos e meninas kalungas.⁸

⁷ "Quando uma índia Kaingang atingia uma idade, mais ou menos 12 ou 13 anos, ela devia ficar aos cuidados de seu cainqué. Ele não poderia se casar enquanto a índia não fosse entregue ao seu marido. Depois de casada, a índia engravidava. Na hora do parto ela se afastava da aldeia e se escondia Na mata, no meio das folhagens, e dava à luz a seu filhinho ou filhinha. Na hora em que algum homem ou mulher ouvia o choro da criança, ia em direção à ela, suspendia a criança pelo braço e lhe dava o primeiro nome. Depois dos sete anos, se fosse menino índio, ele era esfregado com uma folhagem de uma árvore no corpo todo, numa determinada lua e, numa determinada ocasião, derramava água na cabeça da criança, na esperança de lhe dar coragem, vontade, ânimo, enfim, disposição para o trabalho." (NAIM, 2001, p. 45).

⁸ "Quando as pessoas da cidade falam nos Kalunga, pensam em negro fugido, como se ainda existisse o cativo, ou como se fosse errado os negros terem lutado pela liberdade no quilombo. Quando falam nos Kalunga, pensam em gente do mato, povo ignorante, que fala errado e não conhece o modo de vida da cidade. O calungueiro, eles dizem, apontando as pessoas, como se isso fosse uma marca ruim, para identificar gente que não presta. E o pior é que existe gente do próprio povo Kalunga que, de tanto ouvir essas coisas, acaba acreditando nelas. Pessoas Kalunga que foram morar na cidade escutam isso a toda hora. Por isso acabam tendo vergonha de dizer que são Kalunga. Dizem que são meio Kalunga, querendo muitas vezes dizer com isso que já não são atrasados como os parentes que ficaram na Contenda ou no Vão de Almas. Até as crianças Kalunga que vão estudar na cidade sofrem com o peso dessa imagem. As outras crianças riem delas e chamam de calungueiros, com desprezo, para insultar. E as próprias crianças Kalunga acabam não querendo ser identificadas como negro de calcanhar rachado, porque é assim que as pessoas da cidade pensam no povo Kalunga." (MOURA, 2001).

No Brasil colonial verificou-se o início da pressão pela adultização precoce, mesmo entre as crianças brancas, conforme esclarece Gilberto Freyre, na sua obra *Sobrados e Mucambos*:

“Era a precocidade. Era a opressão da pedagogia sádica, exercendo-se sobre o órfão, sobre o enjeitado, sobre o aluno com pai vivo, mas aliado do mestre, no esforço de oprimir a criança. Todos — o pai e o mestre — inimigos do menino e querendo-o homem o mais breve possível. O próprio menino, inimigo de si mesmo e querendo ver-se homem antes do tempo.” (FREYRE, 2002, p. 106).

O século XIX foi um período seminal para o debate sobre a infância. Ambigualmente no aludido período compareciam as escassas denúncias de exploração do trabalho infantil no século XIX e a indignação de um pensamento crítico a denunciar os males do colonialismo, do patriarcalismo e do capitalismo. No Dezenove, desde o socialismo científico até a doutrina social da Igreja apontava-se para necessidade de ruptura com a prática do abandono de crianças e para a intensificação da luta social pela proteção à infância. Todavia, o século XX foi, no dizer de Eric Hobsbawm, talvez o período em que o acerto de contas entre as classes sociais se converteu de forma mais enfática como processo de lutas pela humanização.

As décadas de 1980 e 1990, no Brasil, apresentam marcos simbólicos de um repensar a condição de ser criança e adolescente. O debate sobre a construção de uma cidadania plena envolveu um contexto de redemocratização que coincidiu com a eclosão de lutas sociais pela valorização do cuidado e da proteção à criança e ao adolescente e com o surgimento de avançados diplomas normativos, tais como a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se é verdade que no Brasil existiram diversas infâncias distintas das atuais, também é verdade dizer que o trabalho infantil, não enquadrado no conceito de AVE - Atividade Voluntária Educativa, é uma realidade que se consolidou na periferia capitalista, sob a égide do colonialismo, afetando principalmente as crianças negras, no espaço rural, e as oriundas das redes dos expostos das casas de misericórdia, no espaço urbano.

Os conceitos de criança e de infância, segundo Giddens (2013), estão historicamente atrelados à noção de estágio de passagem ou de trajeto instável da existência, instabilidade inclusive enquanto sujeito de direitos, em contraste com a fase adulta que carrega em si as noções de estágio de estabilidade social. “A ideia de as crianças terem direitos específicos, e

de o trabalho infantil ser ‘obviamente’ repugnante do ponto de vista moral representa mesmo desenvolvimentos bastante recentes, não aceites universalmente.” (GIDDENS, 2013, p. 330).

Enfim, a infância é uma categoria sociohistorica em construção, por isso que é inconcebível reduzi-la ao status de universalidade. Os reducionismos tendem a afetar o modo como se estuda sobre a infância explorada pela mediação do trabalho (o método) e sobre as estratégias políticas de intervenção para a transformação social da realidade dos trabalhadores infanto-juvenis.

Ao se admitir que inexistente um conceito fechado de infância é razoável perceber-se que a caracterização do trabalho infantil há que envolver a compreensão do que é o multiculturalismo.

3 O TRABALHO INFANTIL E O MULTICULTURALISMO: DIÁLOGO, URGÊNCIA, TOLERÂNCIA E LIMITES

O maior desafio para quem se debruça sobre o combate ao trabalho infantil é posicionar-se, por um lado, ante o discurso que reivindica o respeito pela liberdade de expressão artística das crianças e adolescentes ou pelos valores e práticas culturais reconhecidas como legado ancestral de um povo ou comunidade. Em tais situações, vem se destacando a pressão das famílias p. ex. as das comunidades campesinas, de manterem seus filhos no mercado de trabalho. Ademais, a prática de criminalizar rigidamente o trabalho infantil, sem uma política pública de inclusão social dos sujeitos envolvidos, pode ser vista como responsável pela própria invisibilização do fenômeno e pela desproteção do trabalhador infanto-juvenil.

3.1 O caso boliviano

Uma situação recente e que pôs em debate a questão cultural como pano de fundo para a liberação do trabalho infantil, foi o caso da Bolívia.

A Bolívia tem aproximadamente 850 mil trabalhadores infantis e detém um mercado de trabalho marcado pela precarização, no qual 75% dos trabalhadores adultos estão na informalidade. Os sindicatos bolivianos denunciam que o Estado não fiscaliza eficazmente sobre as condições de trabalho dos adultos e, por maior razão, não fiscaliza também o labor das crianças e adolescentes, apesar de ter conhecimento de 87% laborarem em atividades

perigosas. Adicione-se, ainda, que não se tem notícias do número de crianças e adolescentes bolivianos que se acidentam e adoecem no trabalho.

Apesar do quadro social mencionado, a regulação do trabalho infantil na Bolívia é um exemplo de legislação que se autoproclama baseada em fatores culturais e econômicos.

Por meio da Lei 548, da Bolívia, o legislador boliviano passou a considerar legal o trabalho infantil a partir dos 10 anos de idade, divergindo, portanto, da Convenção 138, da OIT (Organização Internacional do Trabalho), a qual fixa como idade mínima para o trabalho a que é exigida para a conclusão da escolaridade obrigatória, não se admitindo sob quaisquer hipóteses o labor de trabalhadores com idade inferior a 15 anos.

O Presidente da Bolívia, Evo Morales, justificou que a sanção da Lei 548 era importante, pois ele foi um trabalhador infantil⁹ e acredita que é possível uma postura de blindagem do trabalho infantil em relação ao capitalismo, ou seja, na ótica do mandatário boliviano é admissível a criança trabalhar sem uma concepção capitalista de trabalho, principalmente nas atividades comunitárias e familiar.

A dificuldade de se obter essa blindagem, a propósito típica de um socialismo utópico de que falara Karl Marx, está no fato de que sob o modo de produção capitalismo toda atividade produtiva, mais cedo ou mais tarde, tende a ser assimilada e pervertida pela finalidade lucrativa. Sob esse aspecto, é de registrar-se que sob o modo de produção capitalista, tudo aquilo que é produzido pela agricultura familiar e é comercializado como excedente, ao entrar na cadeia produtiva e na circulação do processo de troca, passa a conectar-se com a exploração do mercado. Assim, a posição do Estado de abdicar do controle sobre o espaço de regulação para permitir o trabalho infantil, mesmo quando se sabe que este será apropriado pelo mercado, equivale a consentir por omissão a reprodução da miséria da exploração de crianças e adolescentes.

Evo Morales afirmou, também, que a criança trabalhadora tem mais consciência social. O presidente do Partido Socialista Chileno, Osvaldo Andrade,¹⁰ opôs-se publicamente a Evo ao dizer que o etnocentrismo estava sendo utilizado para o Estado boliviano tentar justificar a sua inação e a falta de uma política pública para retirar as crianças da exploração do trabalho precarizado. De fato, a “política da ausência” perpetrada pelo chefe do executivo

⁹ “Yo desde el momento en el que empecé a trabajar llevaba agua o leña. Cuando era jovencito ayudaba a la mamá, con el ganado, a pastar ovejas y llamas” (Entrevista de Morales à TV Eju, em 06/11/2015).

¹⁰ Chaves afirmou que a criança que trabalha tem mais consciência social. O ex-ministro do trabalho do Chile, Osvaldo Andrade, em entrevista ao jornal chileno eju, de 25.12.2013, retrucou: “Si genera conciencia social, el hecho que a uno lo exploten, es una manera burda de hacerlo. Entonces volvamos a la esclavitud. La conciencia social se adquiere estudiando y no sacándole la mugre en una pega. Es una atrocidad”

chileno, sob a tutela discursiva do etnocentrismo, é uma declaração de desprezo à cooperação internacional para o combate à exploração do trabalho infantil.

O Estado boliviano, além de inviabilizar a política pública de erradicação do trabalho infantil, estimula a organização das crianças e adolescentes que reivindicam a liberalização do trabalho infantil.

O adolescente Rodrigo Medrano, 15 anos, delegado da “Union de Niñas, Niños y Adolescentes de Bolivia” (UNATSBO), explicou a BBC que o fundamento principal para a liberação é o fator econômico, e não o cultural. “¿Por qué el niño y adolescente trabaja? Por la extrema pobreza, porque está en situación de calle?” afirmou.

Há antropólogos, a exemplo de Pedraza Gomez (2007)¹¹, que tentam justificar a liberação do trabalho infantil como uma condição da cultura ou como uma condição estrutural do capitalismo. Pedraza Gomes sustenta que a proteção da criança na Europa nasceu como um imperativo da nova divisão internacional do trabalho e que essa mesma proteção mínima é impossível de ser reproduzida nos países da América Latina. Assim, segundo a autora citada, a expansão da exploração da força de trabalho para a periferia capitalista foi que permitiu, por um lado, as famílias burguesas europeias retirarem seus filhos das fábricas, colocá-los na escola e dar-lhes proteção, saúde e outros cuidados. Por outro lado, o que a periferia mundial legou teria sido o trabalho e o modelo de escola ocidentalizada, desinteressante para as crianças andinas (ZAMUDIO, 2015).¹²

A leitura que resta do quadro boliviano é a seguinte: a liberação do trabalho de crianças de 10 anos de idade, num mercado extremamente informalizado e precarizado, tende a contribuir para que o exército de reserva seja reforçado e a competição pelos baixos salários seja sempre crescente.

3.2 A cultura como expressão do direito vivo e não necessariamente o direito declarado

A percepção universalista, sob inspiração jusnaturalista, expressa-se no preâmbulo da DUDH, 1948, ao dizer que temos direitos inatos. Os direitos humanos, numa perspectiva abstrata, têm sido convenientes ao capitalismo na medida em que a própria humanização da

¹¹ Los Derechos del Niño son la expresión última y la culminación de una forma de vida y de las concepciones de la familia burguesa y la sociedad capitalista como la han experimentado las sociedades industriales occidentales”

¹² “En los Andes no es así. La cultura andina es pluricultural y multiétnica, su modo de pensar el mundo parte desde ellos y no desde los dogmas occidentales. Y la escuela es el instrumento del dogma occidental.” (2015, p. 74).

vida passa pela ruptura abstrativizada. Enquanto abstração, o direito de papel aprofunda-se como promessa descumprida e elastece ilusoriamente as esperanças de que a concreção da proteção dos interesses prioritários da criança e do adolescente é uma questão de tempo, de interpretação, de procedimentos, etc.

Na prática os direitos humanos concretamente efetivados põem em xeque as estruturas do capitalismo. Para o mercado os direitos humanos são custos, de sorte que a regulação ofertada pelo direito é uma forma de desarticular a luta pela emancipação que envolve um processo político de manipulações.

O ciclo de manipulação capitalista dos direitos humanos teve como ápice a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que falava de bem comum. Outras manifestações se sucederam, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Não por coincidência, os mencionados atos focaram-se em direitos de primeira e segunda dimensão, respectivamente. Paralelamente a propaganda sobre tais documentos surgiram atos políticos de luta pelos direitos humanos integrais interdependentes que tomam forma e cor com as chamadas lutas antiglobalização, a exemplo, das manifestações de rua que ocorreram em Seattle. Essas lutas renovadas nas ruas, ao invés de direitos universais e inatos, postulam direitos concretos, sem engodos ou manipulações.

Os direitos da criança e do adolescente, assim como todos os direitos humanos que emergiram a partir do pós-guerra, manifestaram-se como expressão de um fenômeno jurídico caracterizado pelo inatismo e pela universalidade. O marco jurídico emergiu proclamando estrepitosamente a sua qualidade planetária, conforme se observa, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, datada de 20 de novembro e 1959.

A índole abstracionista das "Declarações de Direitos" transita entre a transcendência e o idealismo ao exaltar como imprescindível a formulação da dignidade como uma ideia suspensa no ar.

A ideia sedutora de um direito inato ao ser humano, tal qual uma essência ou determinação imutável da natureza, ao ser apresentada como uma dádiva automática e quase sobrenatural, foi posta em xeque em face das assimetrias apresentadas no cotejo cotidiano entre os direitos prescritos e a realidade vivida. As escancaradas ambiguidades existentes entre as práticas sociais da injustiça e a alienação legalista, ao invés de servirem como motivação para a defesa dos direitos, passaram a ser um fator político de entorpecimento e de reprodução da acomodação e da indiferença.

A ação política em defesa dos direitos humanos, ao limitar-se à mera declaratividade dos direitos, tende a cancelar a reprodução da cultura como uma determinação e assume o

status de produto cultural marcado pela conservação do status quo. Somente ao partir-se do suposto de que em dadas condicionalidades a cultura é passível de transformação, chegar-se-á à conclusão de que é imprescindível a prática política eficaz de um direito transformador para se obter a ruptura em relação ao fato social da cultura como determinação.

Isso significa que não existe um necessário antagonismo entre o direito e a cultura, visto que o direito como realidade sociocultural só pode ser aquilo que a cultura é. A cultura ora pode ser concebida como determinação, ora como uma práxis histórica suscetível a mudanças. A cultura como determinação acomoda-se na regulação, ao passo que a cultura como práxis histórica potencializa as alternativas de transformações sociais por meio de processos culturais dinâmicos e abertos ao diálogo intercultural.

Os processos culturais meramente regulacionistas são caracterizados pelo entorpecimento das pessoas que abraçam a tradição como um “carma existencial”. Os processos culturais dinâmicos, a despeito de não deixarem de ser regulacionistas, permitem que as pessoas e comunidades construam formas singulares de articulação, diálogo, autocrítica e práticas emancipatórias a partir da cultura ou apesar da tradição.

Os processos culturais emancipadores, portanto, são aqueles em que as pessoas e comunidades inquietam-se e reagem diante da realidade, isto é, as pessoas e comunidades se abrem para interações, criam conteúdos e formas de atuação coletiva baseadas na dialogicidade.

3.3 A abertura da cultura do diálogo para um diálogo aberto da cultura

A maior esperança para quem persiste no combate ao trabalho infantil consiste no fato de que as culturas são cíclicas e uma vez envolvidas no diálogo intercultural tendem a ser conhecidas, material e simbolicamente, e assimiladas de modo a potencializar uma práxis criativa. Nessa perspectiva, recordando Ernst Bloch (2006, p. 453), “a esperança apenas transcende o horizonte, ao passo que o conhecimento do real mediante a práxis o desloca de maneira sólida.”

A cultura autocrática, ensimesmada, fechada em torno dos seus dogmas, fundamentada na tese conspiratória de que o outro é o inimigo, nada mais é do que o resultado momentâneo de uma opção política, a despeito de seus efeitos nefastos.

A cultura aberta ao diálogo intercultural como paradigma de compreensividade é sobretudo uma cultura política aberta a uma política cultural de promoção e defesa da justiça e da solidariedade.

Dialogar é importante não apenas para se aproximar os falantes, mas sobretudo para dar voz a estes e permitir-lhes compreender a diversidade do mundo, isto é, compreender que, além de identidades diferentes, há visões de mundo em diferentes espaços e tempos de mundo que, por serem cada vez mais submetidos a compressão crono-espacial, desafiam a convivialidade.

O diálogo Intercultural significa que culturas diferentes se encontram para oportunizarem uma possibilidade de estímulos recíprocos de transformação social, de autoconhecimento sobre as diferenças e de ampliação de uma visão de diversidade e de hibridização.

O diálogo intercultural consiste na troca de percepções entre culturas distintas que valorizam inteligibilidades recíprocas acerca de seus valores, práticas sociais e concepções do mundo, sem comparações ou discriminações que venham a estigmatizar ou a inferiorizar quaisquer dos interlocutores envolvidos. O diálogo intercultural tende a ocorrer numa relação marcada pelo esforço de uma prática de pluralismo democrático, tolerância e disponibilidade para a escuta.

Para um diálogo intercultural frutífero são necessárias algumas virtudes, tais como a sinceridade, o conhecimento interessado e respeitoso sobre o outro, a paciência, a tolerância e a sensibilidade em relação as possibilidades materiais e ao ciclo cultural de cada povo ou comunidade.

O multiculturalismo é outro nome que se dá a preocupação de se levar em conta reflexões e práticas considerando a respeitabilidade da existência do outro, seja como ser individual que pensa e se manifesta em conformidade com os seus valores, seja como ser social que tem uma identidade forjada em consonância com as experiências de convivialidade de um povo ou comunidade. O multiculturalismo, portanto, é uma tentativa de se perceber o mosaico humano permeado pelas tradições, valores e práticas que embora inventadas e replicadas como legados intergeracionais, são constituídos e reconfigurados no processo cíclico de interações.

3.4 Para compreender o ciclo da cultura aberta

O ciclo da cultura aberta, ou em processo contínuo de interação e dialógicidade multicultural tende a seguir um percurso que contempla, não necessariamente nessa ordem, uma relação de aproximação marcada pelas seguintes fases: a recusa, a sondagem, a

inteligibilidade, a tolerância, a incorporação, a consolidação, a suspeita, a revisão e a obsolescência.

As etapas do ciclo cultural são marcadas por processos de sensibilização que ora se fecham e se abrem conforme as experiências históricas de um povo ou comunidade. Elas não são lineares, não se desenvolvem numa linha necessariamente evolutiva ou rigidamente sucessiva. Elas tendem a ocorrer ora de forma visivelmente fluida, ora de forma silenciosa, ora de forma que uma etapa manifesta-se simultaneamente ou justapostas umas as outras.

O dinamismo do ciclo de cultura é influenciado pela sua maior ou menor abertura ao diálogo com outras culturas. Desse modo, o ciclo processual de cultura pode ser de baixa intensidade, quando fechado em torno de si e dos dogmas que o reproduzem, e pode ser de alta intensidade em face da interação cultural metassistêmica que ele põe em contato dialógico com as práticas, crenças e valores diferentes dos seus.

Feitas essas observações evita-se aqui, por um lado, aderir aos determinismos e aos inatismos para se explicar o complexo processo cultural, mas, por outro lado, destaca-se aqui a importância da política para influenciar o *modus vivendi* de um povo ou comunidade. É pela política que uma comunidade ou povo se fecha mas é também pela política que ele se abre ao diálogo. É pela política que são silenciados os que estão abertos ao debate sobre o poder, mas é também pela mediação da política que se põe em pauta ou se omite sobre o que é a democracia. É a política que faz o emudecer ou dialogar entre os homens. É a política que torna a vida invisível na vida visível ou que confere visibilidade ao invisível. Enfim, a política é um campo de relações que, embora envolva possibilidades ambíguas, sem ela o ciclo processual das relações interculturais não adquire intensidade suficiente para trazer inteligibilidade e sentido as lutas contra a opressão, a discriminação e a todas as formas de desumanização.

É em razão da emergência de um diálogo para a convivialidade que se faz urgente uma educação cultural que permita aos indivíduos, coletividades e instituições aprenderem a dialogar interculturalmente como condição para a convivialidade.

O diálogo intercultural é importante para convivialidade e pode se realizar metodologicamente com base em três práticas políticas: o pluralismo; a tolerância; e a pedagogia da escuta.

A primeira prática política é o pluralismo, o qual consiste no reconhecimento de que uma comunidade ou povo tem o direito não apenas a uma cultura ou práticas sociais diferentes, mas ao direito de convivência dos diferentes e entre os diferentes. O pluralismo cultural, enquanto política de reconhecimento do outro, somente adquire sentido se ele

também for democrático. Sob esse aspecto, o reconhecimento, ao invés de servir para discriminar ou inferiorizar, serve ao propósito de permitir a construção de uma política de inclusão das diferenças que não venha a implicar em inferiorização ou discriminação.

A segunda prática política caracterizadora do diálogo intercultural é a tolerância, entendida esta como a capacidade política de implicar-se no cuidado com o outro e de suportar a diferença do outro como condição de uma convivência pacífica e justa. A tolerância há de ter limites na justiça intercultural. Ela não há de ser absoluta a ponto de exigir o desequilíbrio nas relações.

A tolerância é sinônimo de prudência da boa proporção. Assim, a tolerância fora do razoável é sobretudo suprema intolerância. Inexistirá a tolerância legítima se ela compactuar com a violência. O pluralismo é a concepção política de que não há uma suprema ou superior identidade mundial, por isso mesmo não há universo que não seja também pluriverso. Assim a pluralidade é o reconhecimento de que a diversidade de valores, crenças e subjetividades tende a legitimar a multiplicidade de interpretações, deliberações e práticas sociais diferentes entre grupos, povos e comunidades.

A tolerância envolve problemas quanto aos seus limites, conforme reconheceu Karl Popper (1974, p. 289) no seu chamado "paradoxo da tolerância":

“A tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até aqueles que são intolerantes; e se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, a tolerância. “

Na trilha reflexiva da citação apresentada deduz-se que o maior entrave a tolerância é a verdade tomada como possessão humana.

Segundo André Comte-Sponville (2004), apenas as velhas matemáticas não precisam de tolerância porque elas consideram que, além da sua verdade universal, existe uma certeza automaticamente imposta a todos:

"A tolerância só vale contra si mesmo, e a favor de ontem. Não há tolerância quando nada se tem a perder, menos ainda quando se tem tudo a ganhar em suportar, isto é, em nada fazer. (...) tolerar e se responsabilizar: a tolerância que responsabiliza o outro já não é tolerância. Tolerar o sofrimento dos outros, tolerar injustiça de que não somos vítimas, tolerar o horror que nos culpa não é mais tolerância: é egoísmo, é indiferença, o pior." (COMTE-SPONVILLE, 2004, p. 176).

O hipertolerante não apenas destrói a tolerância, mas desiste da sinceridade do diálogo ao tolerar a própria aniquilação deste. A hipertolerância é um dos tipos de patologia social da indiferença que é devastadora para humanidade, porque a tolerância é uma das poucas virtudes em que os limites de seu uso são uma condição para a vitalidade do diálogo. Nessa mesma trilha, explícita André Comte-Sponville (2004, p. 176): "ao contrário do amor ou da generosidade, que não tem limites intrínsecos nem outra finitude além da nossa, a tolerância é, pois, essencialmente limitada: uma tolerância infinita seria o fim da tolerância!"

A preocupação com os limites da tolerância não significa que é patológico tolerar sem reciprocidade. Tolerar somente os tolerantes não significa, a rigor, ser tolerante.

A virtude da tolerância não envolve em princípio uma troca de sentimentos ou virtudes. Também não implica a existência de um contrato que obrigue os contratantes a agirem com reciprocidade. A tolerância começa sempre com um lado que tem uma atitude de despojamento tão grandiosa quanto a mão estendida que acolhe o outro.

Comte-Sponville (2004) prossegue a sua reflexão ao dizer: "uma virtude não poderia se isolar na subjetividade virtuosa: aquele que só é justo com os justos, misericordioso com os misericordiosos, etc, não é nem justo nem misericordioso. Tampouco é tolerante aquele que só o é com os tolerantes".

A tolerância para com os intolerantes não é ser covarde ou fraco, mas exercer o ativismo da sabedoria paciente, que não se melindra com a diversidade de ideias, mas que não se recusa à ação mais firme para se combater e debelar a opressão, a violência e a discriminação. Isso significa que a tolerância é uma virtude que somente é forte em face de seus limites.

O diálogo intercultural desafia a terceira forma de prática pedagógica política: a educação para a escuta do outro.

Escutar o outro é dar-lhe voz, buscar a consideração da sua identidade. A inteligibilidade da cultura impescinde da escuta para o diálogo intercultural, democrático, paciente, mas sobretudo crítico. Escutar, nessa perspectiva, não é ouvir cordialmente. Ouvir é ato unilateral e operacional. Ouvir não implica um esforço de traduzir e de compreender. Pode se ouvir um barulho, uma voz, um gemido, uma palavra, mas somente há de ter uma escuta eficaz aquele que quem tem humildade, abertura e tolerância. Eduardo Galeano dizia que escutar é dar voz às vozes opacificadas e insonorizadas.

Escutar, segundo Paulo Freire, significa a disponibilidade permanente por parte do sujeito que escuta para a abertura à fala do outro, ao gesto do outro, ao respeito das diferenças do outro " (FREIRE, 1996, p. 119).

É por meio da escuta que a pedagogia intercultural se fortalece como sinônimo de prática educativa da alteridade, isto é, da educação para democracia e para a inteligibilidade da diversidade de saberes, de direitos e de poderes que convergem para igualdade de oportunidades.

Sempre que se discute sobre a relação entre a prática política da escuta e do diálogo intercultural ante o problema do trabalho infantil, surge a indagação se a cultura do homem do campo é suficiente para se autorizar o labor de crianças e adolescentes. Tal problema estará em destaque no item a seguir.

4 O TIC (TRABALHO INFANTIL NO CAMPO) SOB A INFLUÊNCIA DA CULTURA RURÍCOLA

Será que em relação ao trabalho infantil existe no Brasil uma percepção diferente entre o homem do campo e o da cidade?

No Brasil, metade do trabalho infantil está na zona rural. O TIC – trabalho infantil no campo, além de ter preponderante caráter econômico sofre a forte influência de uma cultura rurícola do trabalho que tem sido a mediação importante para a partilha de saberes, valores, técnicas e práticas que forjam a identidade do homem do campo.

A cultura rurícola do trabalho tem influenciado um processo de adultização precoce que tende a se incrustar no cotidiano das crianças e adolescentes, os quais passam a transitar entre a tênue linha que divide a AVE (atividade voluntária educativa) e o trabalho desempenhado pelos adultos.

No estudo sobre o trabalho rural há que se perceber a existência de uma diversidade de estruturas socioeconômicas que evidenciam as multiplicidades dos espaços, tempos e de práticas sociais. Daí, partir-se da premissa de que o campo abarca uma polissemia do trabalho. O espaço rural é ambíguo e se organiza a partir de formas e significados muito diversificados. Além das fazendas, sítios de recreio, vilas, roças, granjas, etc há o latifúndio e o espaço do agronegócio também. Algumas dessas unidades são pressionadas pelos apelos de inovação e pelo crescimento migratório que afeta a urbanização e o contingente da força de trabalho no campo. Algumas localidades ainda convivem com técnicas rudimentares, outras já tem um

grau de mecanização acentuado e outras ainda conjugam métodos e técnicas modernas e atrasadas que evidenciam o que a sociologia rural chama de “modo de sobrevivência tradicional”.

Debater sobre o TIC envolve de fato a necessidade de um reconhecimento da identidade homem do campo fortemente enraizada na cultura do trabalho, a despeito de mais recentemente as comunidades rurais evidenciarem uma crescente influência e assimilação parcial dos processos de urbanização e das interações sociais possibilitadas pelas novas tecnologias.

Algumas comunidades camponesas vinculadas ao MST – Movimento dos Sem Terra (1998) estimulam o trabalho de crianças e adolescentes sob a perspectiva de promoção de uma atividade social lúdica, não burguesa, desalienada e potencialmente construtora de experiências educativas.

Arenhart e Dalmargo (2015), ao pesquisarem as atividades laborativas do assentamento "Conquista de fronteira", no município de Dionísio Cerqueira-SC, procuraram saber como as crianças percebem o trabalho e como elas trabalham. As pesquisadoras refutaram o debate sobre a perspectiva maniqueísta, ou seja entre o bem e o mal como representações respectivamente do trabalho e do não trabalho infantil. Elas defenderam que na comunidade é, em alguma medida, possível a realização do trabalho como atividade social desalienada, não burguesa e humanizante por crianças e adolescentes fora dos espaços de gravitação do capitalismo.

O MST (1998) embora reconheça a ambiguidade do trabalho de crianças e adolescentes, por um lado busca difundir material educativo denunciando a exploração do trabalho infantil, a exemplo do caderno “Estórias de Rosa” distribuído nos assentamentos. Por outro lado, o movimento também defende o trabalho como princípio educativo, conforme se depreende da sua obra de referência denominada Princípios da educação no MST:

“Para nós, vincular a educação com o trabalho é uma condição para realizar os nossos objetivos políticos e pedagógicos. (...) Desenvolver o amor pelo trabalho e, especialmente o trabalho no meio rural; entender o valor do trabalho como produtor de riquezas e saber sobre a diferença entre relações de exploração e relações igualitárias de construção social pelo trabalho; superar a discriminação entre o valor do trabalho manual e do trabalho intelectual, educando para ambos; tornar mais educativo o trabalho que nossos estudantes já exercem nos acampamentos, nos assentamentos ou em outras instâncias da organização, do ponto de vista técnico,

mas também do ponto de vista da superação das relações de exploração e de discriminação (MST, 1999, p. 16).

Em outra publicação do MST (1998), que trata especificamente sobre o trabalho infantil, há uma preocupação que o tempo da criança e do adolescente seja um tempo multidimensional e baseado no princípio educativo:

É importante ressaltar que além do trabalho desenvolvido pelas as crianças/adolescentes elas devem ter garantido: TEMPO PARA ESTUDAR - tanto ir na escola ou estudar em casa. Os pais e monitores precisam entender que isso é um dever legal e ético. TEMPO PARA BRINCAR - pessoalmente e coletivamente, principalmente com as crianças que estão passando pelas mesmas experiências ou fase. É um espaço de socialização, solidariedade e desenvolvimento. TEMPO DE CONVIVÊNCIA COM A FAMÍLIA - seja para conversar sobre os acontecimentos, seja para a memória histórica, seja para acompanhar os pais na reza, visita aos doentes... TEMPO PARA O TRABALHO - com a finalidade de aprender, valorizar o trabalho e ter responsabilidade. Aprender o valor do trabalho voluntário. TEMPO PARA A LEITURA E CULTURA - desde pequenos nós precisamos ir abrindo nossos horizontes e absorvendo os valores culturais de nosso povo. TEMPO PARA AS ATIVIDADES DE EDUCAÇÃO FÍSICA - Equilíbrio saudável, resistência, saúde. TEMPO PARA DESCANSAR - Refazer as energias que atendam todas as demais atividades. TEMPO PARA A SENSIBILIDADE (sentido do corpo) - Tempo de mística, que deve ser garantido em todos os espaços.

Arenhart e Dalmargo (2015) constataram que a quase totalidade das crianças e adolescentes do assentamento valorizam o trabalho como novidade e experiência, mas também enxergam o trabalho como estratégia de sobrevivência e de interação social. Todavia, há um dado importante da pesquisa mencionada: tanto o MST quanto as crianças e adolescentes reproduzem parte de um discurso moralista que busca a justificação do trabalho e a defesa da impossibilidade de viver no campo sem trabalhar. Assim, o trabalho no campo é visto como uma condição de existência para cada um e para todos.

Reconhece-se que de fato o homem do campo tem as suas tradições e que por meio do trabalho realiza uma transmissão de um complexo de valores, crenças e habilidades. O trabalho na tradição camponesa não serve apenas para reafirmar o pertencimento a um lugar, mas um estilo de ser e de viver desafiador ante o contato com a natureza. Quanto maior esse contato for mediado pela exploração do assalariamento menor será a liberdade do homem e as possibilidades emancipatórias do seu povo ou comunidade.

Quanto mais se conjugam e se exploram os métodos e técnicas rudimentares de atividade econômica, mais crescentemente se extrai a mais valia absoluta que afeta mulheres e crianças. A exploração da força de trabalho no campo não é necessariamente uma forma de antagonismo da exploração da força de trabalho no espaço das cidades. Ambas se complementam num dualismo interdependente que marca crescentemente as relações de produção, cuja hegemonia não subsiste a partir de uma justaposição espacial, ou seja, da cidade sobre o campo, mas a partir da relação de quem controla os meios de produção, ou seja, do controle do representante do capital.

5 O INÚTIL COMBATE AO TIC ANTE A AUSÊNCIA DE UMA POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ DE ACESSO AOS BENS SOCIAIS

Retirar abruptamente o trabalhador infantojuvenil do TIC sem proporcionar alternativas de subsistência à sua família equivale a condenar duplamente aquele a quem se quer proteger, pois em tal hipótese a pior alternativa é a promessa de uma alternativa que resulta em alternativa nenhuma, isto é, a criança é retirada de uma patamar miserável de exploração para o abismo miserável de um patamar inferior.

O trabalho infantil retira dos pais e do estado a oportunidade de investir na formação, no lazer e na saúde das crianças e adolescentes. Em outras palavras, o trabalho infantil não representa apenas “horas roubadas” de estudo e lazer, mas oportunidades frustradas e riscos acentuados. Dessa forma as horas de labor despendidas pelo trabalhador infanto-juvenil equivalem a “supressão” de um tempo histórico que deveria ser destinado ao processo de formação intelectual e à construção do bem estar psicossocial da criança e do adolescente.

A precarização do trabalho no campo, em considerável parte, vem coincidindo com os baixos salários dos trabalhadores adultos, os quais “forçam” as suas crianças para o trabalho como forma de aumentar a renda familiar. O mais grave é que essa inserção precoce no mundo do trabalho é uma espécie de inclusão excludente que “rouba oportunidades” da criança e do adolescente.

A educação com qualidade, o direito à saúde e ao lazer somente são acessíveis aos pobres por força de uma política pública estável e afirmativa. Sem acesso aos aludidos bens sociais, as famílias pobres são coagidas a tolerar ou a mesmo a exigir dos seus filhos uma maior inserção precoce no mercado do trabalho, mesmo consciente de que tal postura implica prejuízo ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Problema tão grave quanto as “horas roubadas” das crianças e adolescentes trabalhadoras é o da “saúde roubada” dos trabalhadores infante-juvenis. As sequelas causadas pelos acidentes laborais e adoecimentos ocupacionais têm reduzido sensivelmente as expectativas de qualidade de vida das crianças e adolescentes, bem como comprometendo a competitividade futura destes no mercado de trabalho. Isso explica porque os filhos de pais em melhor situação econômica preferem garantir o investimento nas horas de lazer, de formação e de preservação da saúde dos seus filhos. Em regra, o investimento é visível nas atividades de formação e lazer, visto que tais crianças e adolescentes tendem a receber aulas de reforço, aulas de música, de línguas estrangeiras, além de ter acesso passeios, viagens, equipamentos e serviços de lazer.

Por fim, o baixo nível tecnológico das condições de produção na agricultura tende a interferir na maior utilização da força de trabalho das crianças e adolescentes. Uma agricultura com adequados níveis de mecanização, com menor taxa de exploração da força de trabalho e maior aproveitamento de recursos tecnológicos na gestão da produção tende a tornar prescindível o trabalho infantil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tão importante quanto lutar pelos direitos de humanização da infância, e de lutar para que a criança viva a sua condição de pessoa livre da opressão e da exploração patriarcal, capitalista e colonialista, é dar voz a criança para que ela seja retirado do degredo da subcidadania, de modo que ela deixe de ser objeto e passe a ser protagonista e sujeito de direitos. Daí a importância de se perceber que estudo relacionado ao trabalho infantil é marcadamente um estudo que envolve reconhecer a infância como temática na qual o humano assume uma centralidade social e política. Nesse sentido, mais importante do que estudar sobre as crianças é estudar com as crianças, dando-lhes voz e permitindo-lhes que as mesmas sejam protagonistas da sua existência. O debruço sobre a temática que envolve a relação entre trabalho e a infância desafia incursões interdisciplinares, visto que o fenômeno e os sujeitos envolvidos não são passíveis de análises desconectadas do conjunto de saberes, fenômenos e questões gestados nas relações sociais, tais como os relacionados à economia, a política, à cultura, ao gênero, etc

Dizer que a criança tem direitos universais é vender a falsa ilusão de que existe apenas um direito, uma sociedade, um intérprete e um aplicador da lei universal. Por ser

submetida a uma condicionalidade sociohistorica e a impossibilidade de conceituação universal, a luta pela proteção à infância tende a ter êxito se for fortemente influenciada pela antropolítica, isto é, pela política de humanização que se debruça sobre o combate a todas as formas de opressão social, seja a luta contra a xenofobia, a discriminação de gênero, de sexo, etc. Todas as formas de discriminação que atingem os mais pobres afetam com maior intensidade as crianças, pois sendo estas indefesas e politicamente alijadas do direito de cidadania ativa tornam-se as mais vulneráveis dentre todas as pessoas vulneráveis.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. Petrópolis: Vozes, 1990.

ARENHART, Deise; DALMAGRO, Sandra Luciana. Trabalho e infância: reflexões a partir da experiência educativa do MST. In: Miguel Arroyo et ali (Orgs.). **Trabalho infância: exercícios tensos de ser criança**. Haverá espaço na agenda pedagógica?. 1 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015, v. 1, p. 317-338.

ARIÈS, Phillipe. **História social da infância e da família**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BLOCH, Ernst. **O princípio esperança**. Vol. III., Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: EdUERJ: Contraponto, 2006.

FOURIER, Charles. **A infância emancipada**. Lisboa: Antígona, 2007.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 35. ed. São Paulo: Global, 2003.

_____ Sobrados e Mucambos. 35. ed. São Paulo: Global, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

HEYWOOD, Colin. **A history of childhood: children and childhood in the west from medieval to modern times.** Wiley, 2001.

HOEBEL, E. Adamson e FROST, Everett L. **Antropologia cultural e social.** 7 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

LADOCSI, Giordano. Criança [verbetes]. In: **Dicionário patrístico e de antiguidades cristãs** Petrópolis: Vozes, 2002, p. 355.

MARCÍLIO, M. L. (Org.). **Familiar, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil.** São Paulo: Loyola, 1993, p. 171-190.

MOURA, Glória et al. **Uma história do povo kalunga.** Brasília: Secretaria de Educação Fundamental – MEC/SEF, 2001.

MST – MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA. **Orientações para um trabalho infantil educativo.** São Paulo: Setor de Educação do MST, 1998.

_____. **Princípios da educação no MST.** Caderno de Educação n. 8, 3ª ed., São Paulo/SP, 1999.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **O trabalho infantil sob a influência da retórica patriarcalista: o indutivismo e o etnocentrismo como argumentos culturalistas autoritários** - GT trabalho infantil e a proteção da criança e do adolescente. Revista Interface. ISSN 2237-7506 - Edição Especial 1, v. 13 n. 1, jan-jul, 2016, pp. 51-69.

_____. **Trabalho infantil esportivo.** Disponível em <https://www.anamatra.org.br/artigos/26300-trabalho-infantil-esportivo>, publicado em 13.3.2018.

_____. Trabalho infantil: realidade e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 1, p. 176-208, jan./mar, 2015.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu; Fava, Marcos Neves; NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão. **Trabalho infantil**: um balanço em transição. In: Andrea Saint Pastous Nocchi; Gabriel Napoleão Velloso; Marcos Neves Fava. (Org.). Criança, adolescente, trabalho. São Paulo: Ltr, 2010, v , p. 21-44.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: EdUSP, 1974.

ZAMUDIO, Lucero et al. Niñez trabajadora y norma legal en Bolivia ¿cuál es el camino políticamente adecuado? **Revista Internacional N° 25 desde los Niños, Niñas y adolescentes y Trabajadores**. Lima (Peru): Gestion Publicación, Jan.2015.

CHILD LABOUR: A COMPLEX INTERCULTURAL POLITIC CHALLENGE

ABSTRACT

The present article seeks to demonstrate the legacy of authoritarian ideological constructions of patriarchy, when used by the Capitalist Mode of Production , historically reinforced the Child Labour. The patriarchal argumentative Methodologies based in the inductivism and the ethnocentrism reinforced the practices of submission and control by capitalism over the exploitation of child labour force. The capitalism does not mean the automatic disruption with precapitalist cultural patterns. Instead, the capitalist production adopted pragmatically the legacy based on ethnocentrism and the inductive argument to exploit, cover and silence the weakest link of the child labor relations.

Keywords: Child labor. Patriarchy. Capitalist Mode of Production.



VIRTUDE, RAZÃO E CONFLITO: ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA, DO DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL PARA A CIDADE

Ana Carolina Guilherme Coêlho¹

RESUMO

Pretende-se uma abordagem dialética entre cidade, direito e filosofia, a partir de uma análise do conceito de justiça social, distribuída coletivamente, como um princípio. A partir da leitura de Aristóteles, Santo Agostinho, Hegel e Marx, se busca compreender a interpretação de justiça no viés filosófico e uma leitura do direito e justiça. O trabalho apresenta faz revisão bibliográfica, cujo recorte teórico é a cidade e a justiça social, cujo resultado é uma construção histórica do olhar da cidade como local de desenvolvimento de normas coletivas que buscam a igualdade de acessos, mas nem sempre com a consecução dos objetivos atingidos.

Palavras-chave: Filosofia. Direito. Cidade. Justiça social.

“Ser é ser percebido”.

(George Berkley)

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogada e professora. Mestra em estudos urbanos e regionais pelo PPEUR-UFRN. Doutoranda em Arquitetura e Urbanismo pelo PPGAU-UFRN. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RN. Membro da base de pesquisa Cidades Contemporâneas do PPEUR-UFRN.

Viver compreendido entre extremos, como a teoria e a prática, por exemplo, sempre pareceu ser uma constante na sociedade. O paradigma entre a ordem e o caos, entre o ser e o dever-ser, estabelece-se como um ponto de reflexão que todos os pensadores retomam enfaticamente em seus trabalhos, os políticos discutem em seus discursos e os homens comuns digladiam em seus argumentos filosóficos. Pensar numa sociedade mais justa significa reconhecer que se vive num círculo em que o ideário de justiça não foi alcançado. Se há uma busca é porque a situação atual não permitiu atingir o que se almeja.

Para assegurar-se do significado de justiça prescinde fazer uma análise etimológica da palavra para, após isso, chegar a uma noção mais exata do que ela se propõe. No tocante à justiça, ela denota a equidade, a igualdade de direitos; ela abrange a lei e não se restringe só a ela. É maior. No conceito de justiça estão resguardados os anseios humanos para uma sociedade mais comprometida na sua própria evolução, no cuidado para consigo e com o outro, além de estabelecer limites às práticas humanas e das instituições que governam, combatendo a violência e as arbitrariedades que permeiam as ações humanas.

Para alcançar a compreensão do universo da justiça social, de como ela se apresenta no decorrer da história e como o conceito se perfaz e materializa-se no cotidiano da cidade, cabe inicialmente fazer uma leitura da justiça através da ótica da filosofia. Nesse sentido, a filosofia, entre suas diversas ramificações, contém na seara da filosofia do direito as concepções que ora mais se apresentam coadunados com o tema proposto no trabalho, vez que compreende não somente o sentido abstrato das ideias, mas também se preocupa com a materialidade e aplicabilidade dos conceitos nas normas sociais.

Considerando o vasto campo de possibilidades de apreciação dentro da ciência da filosofia do Direito, optou-se por estabelecer metodologicamente um recorte temporal e histórico² na escolha dos filósofos a serem estudados. Diz-se com isso que o critério de definição dos pensadores foi em trazer à tona aqueles que dedicaram sua obra, em todo ou em parte, a análise da justiça e que contivesse a preocupação social, inclusive territorialmente estabelecida quanto à cidade, em suas reflexões. Feito o primeiro filtro, partiu-se para a escolha dos autores que refletissem o pensamento de sua época, no intuito de mostrar ao leitor as diferentes nuances que o mesmo conceito pode assumir, a depender do contexto histórico que a sociedade está inserida.

²Sobre o recorte histórico no estudo da filosofia, Cretella Jr (1999, 87) diz que “o estudo de qualquer disciplina, sob o aspecto histórico, é da maior relevância para a compreensão dos fatos presentes e suas relações de causa e efeito. A importância do conhecimento histórico cresce de vulto nas disciplinas filosóficas, porque o passado revive no presente e este não se compreende sem aquele”.

2 A FILOSOFIA, O DIREITO E A CIDADE

2.1 Aristóteles e a busca pela virtude

A dualidade corresponde aos extremos que norteiam o comportamento, as regras morais e as normas do indivíduo. O julgamento está na dualidade. O justo e o injusto, o bem e o mal, a vida e a morte, a paz ou a guerra. São extremos que se completam em si, e a justiça reside exatamente no ponto de equilíbrio dos extremos. Entretanto, essas questões transcendem ao campo subjetivo da consciência individual e ultrapassa as barreiras do imaginário, materializando-se no cotidiano da sociedade, através de atos e ações coletivas e individuais que exprimem a incessante busca pela conquista de justiça. Reside, inclusive, nesse ponto mediano entre os extremos, o conceito de *virtude*, desenvolvido por Aristóteles, que se dá como o nível perfeito de esclarecimento humano, em que o bem e o mal se equilibram e a existência do indivíduo encontra sua finalidade, a qual, para esse filósofo, era a felicidade.

Estudando a obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, Brych (2007) cita a virtude como a principal preocupação do estudo do filósofo, explicando que “As virtudes são disposições de caráter cuja finalidade é a realização da perfeição do homem, enquanto ser racional. A virtude consiste em um meio-termo entre dois extremos, entre dois atos viciosos, um caracterizado pelo excesso e outro pela falta, pela carência”. Essa preocupação em encontrar o equilíbrio, o ponto de virtude, o que é justo, aparece então desde as sociedades clássicas e permanece até hoje, como tema de pesquisas, por demandar uma necessidade de amadurecimento social e por ser, também, uma questão que pertence à coletividade e, portanto, precisa ser discutida e elucidada.

Enclausurado no pensamento aristotélico está a ideia de organização da sociedade em seu viés político. O pensador inova em estabelecer distinções no Estado entre os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, divisão esta que mais adiante será utilizada por Montesquieu e John Locke (CRETELLA JR., 1999, p. 91). Além do aspecto da divisão interna do papel do Estado, Aristóteles aliou a esta concepção também o estudo de Constituições, diferenciando-as de acordo com o sistema de governo adotado.

Aristóteles inicia seu texto enfatizando que toda ação humana possui uma finalidade. Cita inúmeros exemplos para ilustrar que cada ação corresponde a uma reação, que é

empreendida visando um fim. O filósofo propõe que a atividade humana, assim como as ações particulares, se tomada em coletividade, também têm um propósito finalístico: o *bem comum*. E esse bem comum somente pode ser atingido quando a justiça é contemplada pela coletividade. Ou seja, quando a sociedade for composta por homens virtuosos, o bem comum será apreciado na sociedade.

O que os filósofos gregos procuravam demonstrar é que, o homem enquanto animal político (*politikozoon*) é dotado em sua natureza da necessidade de convívio social e somente na sociedade ele poderá exercer suas habilidades naturais. Além disso, para que essa convivência seja harmoniosa, ou a felicidade seja contemplada, o homem precisa ser virtuoso. E ser virtuoso é ser justo, na compreensão grega. Mas essa virtuosidade não é puramente abstrata; ela é passível de ser alcançada através de uma prática humana fundada em preceitos éticos.

Para Bittar e Almeida (2012, p. 132) “a semântica do termo *ética* (*éthos*) indica o caminho para sua compreensão: *ética*, significa hábito em grego. Aqui, o importante é a reiteração da prática virtuosa; nesse sentido, ser justo é praticar reiteradamente atos voluntários de justiça”. Essa reiteração de posturas éticas é então o preceito basilar para que se atinja um senso comum de justiça, através da repetição voluntária das ações humanas individuais que observem os ditames das normas postas pelo Estado, para que não haja inobservância e a necessidade de punição daqueles que cometeram atos injustos e causaram um desequilíbrio coletivo na sociedade.

Nesse sentido, a fim de facilitar o comportamento humano, individual e coletivo, Aristóteles separa em diversas categorias o sentido de justiça e a quais ações humanas ela se refere. Porém, há, nesse conjunto, uma acepção de justiça que é geral, integral e absoluta. Para o pensador grego, ele conceitua como justiça total (*dikaionnomión*) o comportamento humano que observa todas as leis vigentes na sociedade, e essas leis, produzidas por legisladores que buscam o bem comum, nada mais são do que a compilação de comportamentos éticos; aqueles que estão de acordo com o anseio da coletividade, os quais quando praticados não gerarão nenhuma injustiça a outrem.

Ao revés do que atualmente se entende por lei e legislação, no sentido positivado da norma, o que se tem nas palavras do filósofo é uma prescrição de caráter genérico (BITTAR e ALMEIDA, 2012). A lei é o conjunto de normas, tanto as legisladas e inseridas na seara jurídica, mas também todos os costumes de ordem moral e de práticas reiteradas na sociedade. Assim, a lei é a norma geral; a lei é feita não por um homem em sua individualidade, mas prescrita por toda sociedade para si e para o outro. Pode-se então inferir que a justiça de

Aristóteles se perfaz como o comportamento humano ético, orientado pela lei da sociedade, que vise em sua acepção finalística só e somente só o bem da *pólis*, da cidade, e de si próprio como membro dessa comunidade.

A *pólis* grega tem um papel importante na construção da ideia de cidade, como hoje se concebe, pois durante seu apogeu no período helênico houve uma forte influência do espírito de coletividade na vida da sociedade grega. Emerge um senso comum de pertencimento à cidade e do espaço como um fator preponderante do cotidiano da sociedade. Havia uma abertura do homem para uma interação íntima com o espírito coletivo da cidade.

Surge, pois, aqui a figura do Estado e da ciência política como instituição e conhecimento nos quais toda sociedade encontra a segurança de ver resguardado o seu direito à coletividade ou, em termos mais atuais, seu direito de não sofrer injustiças e, caso as sofra, ver seu agressor punido. E as normas que orientarão o comportamento dos indivíduos serão produzidas por legisladores virtuosos, os quais buscam a arte de conduzir a sociedade ao bem comum, e sua arte na ciência política de produzir bens à coletividade deve ter o intuito singular de promover o bem da comunidade (BITTAR e ALMEIDA, p. 134).

Partindo para um campo mais específico da abordagem da justiça, Aristóteles caracteriza a justiça como proporcional à ação humana. Isso quer dizer que cada um deve ter bens comuns de acordo com a sua necessidade. Após ser considerada a existência de um senso de justiça que corresponde ao comportamento virtuoso (ou ético), as necessidades humanas são analisadas mais detidamente, sendo seu direito ao consumo de bens da comunidade diretamente proporcional à sua necessidade de consumo. E essa mediana será elaborada pelo Estado, que tratará de forma diferenciada os cidadãos, considerando que os mais injustiçados necessitam de mais bens comuns do que os que sofrem menos injustiças, já que estes têm acesso mais facilitado ao que é comum.

Dessa proporcionalidade surge a relevância do princípio do equitativo, pois desde a Grécia clássica até a configuração da sociedade na atualidade, parte-se do marco de que a sociedade ainda não atingiu o bem comum e, por isso, existem desigualdades entre os indivíduos, o que importa na adoção de quesitos proporcionais para distribuir a justiça e os bens coletivos a quem mais necessita deles. E, mais que isso, a lei não é o fim em si mesmo para orientar o comportamento social, uma vez que ela não é suficiente para distribuir a justiça. Por isso, os decretos nas palavras de Aristóteles, ou as políticas públicas de hoje, devem-se assemelhar à régua de Lesbos: ser flexível para distribuir equitativamente os bens coletivos, considerando a necessidade de cada indivíduo da comunidade.

Segundo Brych (2007), a comparação feita consiste no fato de tal régua ser um instrumento de medição de blocos de granitos utilizado pelos operários daquela época, que era feita de um material flexível, o que permitia ao operário medir as curvaturas e formas do bloco de granito, ajustando-se as irregularidades. Assim como a régua de Lesbos, a equidade e a justiça social servem como instrumento para auferir as necessidades sociais e individuais, não de forma estática e inflexível, mas tais quais os desejos e necessidades humanas: de forma proporcional, às variações e inquietudes humanas, de acordo com suas expectativas e anseios.

Ainda no que se refere à justiça distributiva que deve ser observada pelos Estados e pelos legisladores, cabe mencionar que o princípio de igualdade entre os participantes da comunidade corresponde ao dever-ser ilustrado pelo quadrado de Pitágoras, que em sua forma matemática demonstrou que a sociedade, ao se concretizar na dualidade das relações, ou seja, na permanente ligação entre um indivíduo A com o indivíduo B, essa relação deveria se dar da mesma forma que um quadrado, em que todos os lados são iguais. Ademais, considerando que vivemos numa sociedade de trocas, em que A troca seu produto B com C, que por seu turno tem seu produto D, essa troca de objetos (B e D), entre A e C, deveria ser proporcional: supostamente todos deveriam ter o mesmo acesso aos objetos, na medida em que os benefícios seriam iguais para as duas partes, o que, em termos aristotélicos, é a medida do justo. Essa é a justiça distributiva, que utiliza a lógica matemática de Pitágoras da quadripartição.

Para entender como a justiça se apresenta na cidade, é preciso resgatar o entendimento de que o homem, sendo um animal político, tem em seu nascedouro a convivência na coletividade. Essa característica se faz marcante quando há a premissa de que viver em sociedade enseja a interrelação entre os sujeitos, e essa relação subjetiva e objetiva se concretiza no plano prático no contexto da cidade. Daí ocorre a necessidade premente da existência de instituições, legisladores, normas e regras: para pacificar o convívio social em busca de um bem comum em que todos possam usufruir igualmente, e somente será percebido igualmente caso todos os indivíduos possuam posturas justas tanto na sua relação privada quanto na pública.

Tomando a cidade como o resultado do processo de integração e desenvolvimento humano, as regras de convivência nortearão o comportamento coletivo afim de que todos, na medida de sua proporcionalidade, possam ter acesso aos bens coletivos que a comunidade dispõe. As regras de cunho político são essenciais, e, de acordo com Bittar e Almeida (2012, p. 146), “o objeto próprio do justo político é a criação de uma situação de convivência estável e organizada, além de pacífica e racional, quando se tem a plena atualização do ideal nele

inscrito, movimento lento e gradativo para o perfazimento de um objetivo que lhe é próprio dentro da ordem natural”.

Desta forma, resguardados os direitos naturais de cada indivíduo, a justiça social se realiza ao dispor sobre as normas de convivência cívica, de relação entre os indivíduos e suas ações que implicam em um resultado na sociedade, afetando diretamente ou indiretamente a coletividade. As normas de convivência cívica, expressas em leis e constituições, são materializações das normas éticas e sociais, para que, ao fim e ao cabo, traduzam a busca da coletividade por um bem comum e por uma justiça universal, através de comportamentos individualizados que, nas palavras de Aristóteles, sejam virtuosos.

A cidade não ganha destaque *per se*, mas por ser o espaço em que as ações humanas são produzidas e percebidas. E, portanto, cidadão, numa significância basilar, é aquele que habita a cidade. Ou, nos moldes de Bittar e Almeida (2012, p. 145) dissertando sobre Aristóteles ser cidadão, é “aquele que governa e é governado - capacidade de ser eleito e de eleger na Assembleia”. Da afirmação se pode inferir que a representação, a possibilidade de exercer capacidades políticas, formam a personalidade de um cidadão. Numa retórica mais poética, afirma George Berkeley, “ser é ser percebido”; é o poder de exercer um papel social na coletividade, seja através de atribuições políticas, seja como personagem que necessita de cuidados por parte dos eleitos. De toda sorte, estar em um dos polos, faz parte da mística que envolve a cidade.

Discípulo da escola platônica, Aristóteles propõe o pensamento lógico da justiça de forma ordenada, separando-a por classes, de acordo com cada aspecto que ela exigia. Partindo da premissa do direito natural, ou seja, aquele conjunto de direitos inseparáveis da própria essência humana, a justiça se apresenta como o ponto ótimo da realização dos direitos, que parte da necessidade de proteção de quesitos básicos à sobrevivência individual até regras sociais aplicáveis coletivamente que garantem uma convivência pacífica entre os indivíduos.

Nessas escalas de distribuição de direitos, não na acepção positivista do que está normatizado, mas sim do que é devido ao homem por sua própria consciência, Aristóteles estabelece três níveis de justiça: a distributiva, a comutativa e a social. Por distributiva, entende-se a justiça que divide e distribui os bens e recursos comuns de acordo com a contribuição individual de cada um, ou seja, o mérito é individualizado, e então a igualdade é proporcional ao esforço individual de cada ser.

Aristóteles propõe como justiça comutativa o respeito à exata proporção da necessidade de cada um, sendo a lei a expressão coletiva que dá a cada um o que lhe é de direito, sendo, pois, respeitada como elemento lógico (sem qualquer apego emocional) que

guiará a distribuição do bem comum de maneira justa. E, por fim, como justiça social, entende-se que além do direito natural de cada indivíduo, por ele estar inserido numa sociedade que é formada por inúmeros indivíduos e que cada um anseia por diferentes objetivos, a justiça social é o elemento agregador do aspecto egoísta e altruísta: surge então o conceito de equidade, que nada mais é do que respeitar o direito individual, sem, contudo, deixar de contemplar o direito social, que transcende ao desejo de um e se torna objetivo comum.

Ser equânime significa dar a cada um o que é necessário para realizar suas acepções subjetivas, sem, entretanto, olvidar dos anseios coletivos, e, na razão proporcional, na distribuição dos recursos comuns, usar o conceito de justiça e equanimidade para atenuar as desigualdades sociais existentes. Dessa forma, enxergar a realidade através do olhar subjetivo e das necessidades humanas torna-se imperioso. Não por ser meramente filosófica em si, mas por exprimir o que de fato importa, que é a vida em si, isolada e coletivamente concebida.

2.2 A justiça em Santo Agostinho

A marcante dualidade entre o bem e o mal, o perverso e o bondoso é a característica mais expressiva na filosofia teológica inaugurada por Santo Agostinho, nascido em 354 d.C. Baseado nos ensinamentos gregos, Agostinho traz à baila do pensamento filosófico a questão teológica: a partir de então, meados do século IV, quando a sociedade estava organizada no modo de produção medieval, com a paulatina desestruturação da vida cidadina (BITTAR e ALMEIDA, p.213), o pensamento cristão passa a ser adotado para explicar os acontecimentos, emergindo ao poder político e sendo imbuído no pensamento da sociedade.

Diante da constante luta do homem para tornar-se melhor e das revoluções pelas quais o mundo passava naquela época, Agostinho bebe nos textos bíblicos e filosóficos, desde Platão, Cícero e Aristóteles para afirmar sua retórica no sentido de estabelecer que a *pax aeterna* e a verdadeira justiça pertenciam ao reino de Deus. O comportamento humano estava corrompido e era corruptível ao passo que somente no mundo divino, na Cidade de Deus, residia a verdadeira justiça e a verdadeira paz.

Entretanto, era dever humano repousar suas ações numa lógica introspectiva que levaria ao encontro do senso de justiça e verdade. A partir desse momento, o conceito de justiça e de direito passa a tomar novas direções, uma vez que, enquanto na Grécia Clássica até então, buscava-se um comportamento do homem em sociedade mais ativo, agora, com o nascimento do pensamento Agostiniano, o que se busca é a introspecção em nome de uma

sociedade que não tem outra forma de atingir o bem comum e a equidade, senão aquela que está em Deus e na justiça divina.

A máxima que permeia o pensamento desencadeado por Santo Agostinho, e acompanhado no século XIII por São Tomás de Aquino e sua escolástica, é a religião como vértice do comportamento social. A lei maior que poderia ser aplicada à coletividade era a lei divina, sendo expressa pelo mandamento de justiça dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). Partindo do princípio que a justiça maior era a divina, ainda assim cabia ao homem a necessidade de criar suas próprias leis, observando os princípios do bem comum³, para que não se perdesse de vista a incessante necessidade da sociedade em não cometer atos injustos, punir as injustiças cometidas e orientar as ações humanas no sentido da justiça e do comportamento de virtudes.

Não se pode olvidar também da preocupação da teoria patrística de Santo Agostinho em tratar da cidade e da justiça. Tamanha ênfase foi dada ao assunto, que o filósofo se debruça para propor a existência de duas cidades: a Cidade de Deus e a Cidade dos Homens. A primeira é a cidade onde a justiça se perfaz em absoluto, que não é do mundo terreno; faz parte do mundo espiritual. A segunda, seguindo a mesma lógica, é o mundo terreno, é a cidade como é dada, com problemas, violências e injustiças. Assim, o objetivo é a busca pela paz social, o alcance de uma coletividade isenta de conflitos, através de um comportamento humano justo e de um Estado que garanta o cumprimento dos ideais teológicos por meio da lei dos homens.

Apesar de no quesito temporalidade Santo Agostinho estar bem distante de Aristóteles, seus pensamentos não são controvertidos. Ao contrário, se completam quando Santo Agostinho acata o sentido de justiça e de equidade trabalhado desde a Grécia, porém conferindo-lhe nova interpretação, agora sob a forma da religião cristã. O princípio da equidade, que possui o mesmo significado que em Aristóteles de dar a cada um o que é seu, é o mesmo usado por Agostinho. O que muda agora é a finalidade da ação humana; antes, ser justo era uma qualidade do homem virtuoso e agora ser justo era ter acesso ao Divino.

Infere-se que dada a temporalidade e a imperfeição das instituições e da própria condição humana, a cidade deveria pautar-se nos ensinamentos religiosos (cristãos, frise-se), para atingir a perfeita equidade entre os homens e o seu meio. Ademais, Agostinho defendia na cidade dos homens, arraigada pelo pecado original, que todo e qualquer julgamento que

³Nos textos de Agostinho, não há referência direta ao conceito de bem comum, mas sim de paz eterna (*paxaeterna*). Mas, se feita uma leitura ampla do que o autor busca enfatizar, esse conceito de paz eterna remete o leitor ao senso de uma sociedade justa, virtuosa e sem injustiças.

fosse feito partindo da intuição humana seria injusta e, não por outra razão, a cidade terrena estava maculada, desde seu início, aos vícios oriundos de atos praticados com a inobservância da justiça.

A justiça dos homens, incompleta e corruptível, deveria ser tratada de forma fracionada, em razão de sua incompletude. A justiça total somente será percebida no mundo espiritual. Desta forma, a lei dos homens deve garantir, através do governo, a ordem e a paz social enquanto a sociedade não atinge a Ordem Divina. Em consonância do raciocínio da lei, o Direito aparece para Agostinho como sendo uma consequência lógica da aplicação da lei. Para ele, somente é direito aquilo que obedece aos preceitos da lei divina. Se há lei justa, o direito é justo. Se há injustiça, não há, portanto, direito. O direito ter-se-á concretizado quando a lei for justa nos moldes dos preceitos de Deus.

No sentido de justiça abordado por Agostinho em seus escritos filosóficos, verifica-se numa comparação entre sua teoria de justiça e a pensada por Aristóteles que neste filósofo, a justiça e os comportamentos socialmente considerados como justos ainda remanesçam numa esfera privada, conquanto Aristóteles espera do homem, em sua individualidade, o comportamento virtuoso. Já em Santo Agostinho, timidamente há o esboço de uma teoria de justiça mais abstrata, que agora perpassa não somente o foro íntimo do sujeito como também seu comportamento dentro da esfera coletiva. Quer dizer, não se nega que Aristóteles tenha dado importância ao coletivo e à justiça social, mas para ele, o comportamento era de iniciativa do “eu”, do sujeito consciente de justiça; já agora, alguns séculos depois, Agostinho impõe a interferência imanente do social no comportamento individual e a reciprocidade, ou seja, não cabe somente ao indivíduo querer ser justo, mas é um dever também social.

Assim, vê-se que a cidade, pensada como seio de erros e injustiças, aliada à preocupação de Agostinho com a casa e o mundo⁴, deveria ser tomada como fonte de análise e de vetor para a mudança da sociedade em torno de um conceito ideal de justiça e bem comum. Por isso, é relevante constatar que apesar do distanciamento que a filosofia e o direito têm do pensamento grego, como o de Aristóteles, há ainda a motivação em encontrar o ponto de equilíbrio da sociedade, mesmo que seja agora sob a égide do pensamento teológico.

Abandonando o pensamento baseado na filosofia cristã e teológica, aproximamos a discussão de Hegel, filósofo mais moderno, que viveu na Alemanha do século XVIII, e buscou a ideia de justiça calcada em um raciocínio puramente lógico, isento de qualquer juízo

⁴“Nas estruturas de relação humanas estão, em razão crescente de organização, a casa (*domus*), a cidade (*civitas*), e o mundo (*orbisterrae*)”. (Bittar e Almeida, 2012, p. 229).

de valor decorrente de religião, Hegel explica sua teoria utilizando somente princípios racionais que justifiquem seus argumentos.

2.3 A razão como norteador da justiça em Hegel

O que é real é racional, o que é racional é real. Eis aqui a ideia norteadora do pensamento de Hegel. Influenciado pelo racionalismo desde Immanuel Kant⁵, Hegel anuncia em seu tempo uma mudança nos paradigmas do pensamento filosófico da sociedade. Enquanto durante toda a Idade Média prevaleceu arraigado no pensamento a ideia de Deus e de toda influência da Igreja, agora, já não mais há essa lógica. Hegel aprofunda seu estudo para comprovar sua teoria da racionalidade, da lógica e da liberdade do espírito.

Partindo da premissa de que tudo é pensamento, Bittar e Almeida (2012, p. 345) destacam em Del Vecchio que o conhecimento é, antes da prática, uma ideia que surge de um pensamento, o filósofo prega que não há limites ao conhecimento. O homem deve ser livre para conhecer e defender sua busca pelo conhecimento. Nessa jornada do homem em busca do conhecimento que lhe torne um ser mais consciente de si, o espírito que norteia essa busca é dividido em três, sendo eles: o Espírito Subjetivo, englobando a alma, a consciência e a razão; o Espírito Objetivo, formado pelo Direito, a moralidade e o costume e, por fim, o Espírito Absoluto, que é concretizado na arte, na religião e na filosofia. Importa, entretanto, a este trabalho, uma análise detida da estrutura do espírito Objetivo do homem, porque aqui nesse meandro está contido o direito e a justiça e suas implicações na vida em sociedade, sob a ótica hegeliana.

“O Espírito Objetivo, que se manifesta em direito, moralidade e costume, determina a liberdade e suas aplicações sociais, políticas e subjetivas” (BITTAR E ALMEIDA, 2012, p. 349). O Direito é a acepção mais genuína do que se espera da liberdade. A moralidade diz respeito às ações do homem para consigo, enquanto os costumes expressam as ações humanas de forma reiterada, de modo que possam originar regras de abrangência social, as quais serão abarcadas também pelo Direito. O direito, dentre os três núcleos do espírito objetivo, é aquele que mais se destaca em função de sua importância, no que tange a sua ligação à essência humana. Para Hegel, o pensamento do homem transformado em ação, teria a única finalidade

⁵ Immanuel Kant (1724-1804) foi o precursor do movimento racionalista da filosofia, tendo como base de seu raciocínio a lógica e a razão, fundando um novo conceito de ética, distinto do conceito sustentado durante a Idade Média, afirmando que o homem deve ter atitudes morais e com a finalidade do bem comum, sem buscar nenhuma finalidade em seus atos. É fazer o bem pelo próprio bem, sem esperar nada em troca. A essa máxima, Kant atribuiu o conceito de *Imperativo Categórico*.

de assegurar sua liberdade enquanto homem individual e coletivo e, portanto, toda e qualquer norma que derive do Direito, deve ter como intuito garantir a liberdade e a expressão máxima dessa liberdade é o pensamento.

De acordo com Salgado (1996, p. 323), em sua análise da filosofia do Direito de Hegel, a expressão da vontade deve ser garantida pelo Direito. A partir do momento em que se toma como uma expressão da vontade consciente, o indivíduo busca afirmar sua identidade livre para si mesmo e pensando também no outro. Isso quer dizer que a relevância da liberdade de afirmação do homem através de dois panoramas (individual e coletivo) é salutar, pois o direito será a mediação dessas duas expressões de vontade - individual e coletiva -, enquanto a base material desse direito será a sociedade civil, cuja convivência é marcada pela multiplicidade de expressões de vontade, e tem como sua mola propulsora a força de trabalho e as relações que dela derivam.

Interessante perceber que Hegel assume o caráter inovador de sua teoria, uma vez que disserta sobre a racionalidade e o Direito enquanto expressões que garantam a vida em sua totalidade, mas sem olvidar que até a sociedade chegar a um estágio em que seja possível aplicar sua teoria, um longo período cronológico passou, inclusive para a formação de um Estado, garantidor dessas prerrogativas de liberdade.

Portanto, depreende-se que somente com o pensamento do homem dado como uma realidade, e realidade essa que é pura e estritamente racional, o Direito serve ao homem como a premissa básica de garantia de seu almejo à liberdade suprema externada por meio de suas vontades. Nesse ínterim, apesar de não ser citado claramente por Hegel, o princípio de justiça se faz presente em ser ela a expressão mais lúcida da racionalidade. Ou seja, o homem detentor de liberdade em pensar e exprimir sua vontade perante a coletividade, ao fazê-lo, está agindo de forma justa, já que está exercendo os predicados que sua própria condição natural e que a coletividade lhe outorga. Como dito por Hegel (1990, p.31-33), o homem por sua liberdade e através do pensamento se afirma como Eu (para si próprio) e nessa mesma esfera, ao fazer isso, o homem se afirma como sociedade, e este “é o momento absoluto do finito e do particular no Eu”.

A lei decorre então desta acepção de justiça materializada no direito. As leis e os códigos, que são as compilações das leis, são extensões do Direito e devem ser elaboradas por legisladores que façam das normas uma medida social para mediar as ações arbitrárias, que, por seu turno, consistem em atos que não estão resguardados de racionalidade e justiça. Segundo Bittar e Almeida (2012, p. 356), eis o que é a ordem jurídica no pensamento hegeliano:

Sendo o Estado o guardião maior dos bens comuns e individuais, serve a ele a legislação oriunda das normas construídas pela experiência individual, por meio do exercício do pensamento livre, e da experiência coletiva, por meio das regras morais de caráter repetitivo, que se transformam em normas de cunho ético e que norteiam as ações humanas como um todo. Assim, o Estado deve utilizar das leis positivadas⁶ para punir expressões de vontade que não busquem a racionalidade e a justiça e para resguardar o direito social e particular de exercer as características do ser enquanto ser que pensa livremente e exerce livremente seu pensamento, sem se esquecer, entretanto, do outro.

Vista assim, a teoria racional de Hegel, pode-se daí inferir sua validade no estudo do conceito de justiça e de como esse sentimento abstrato se materializa na sociedade, pois neste caso explícito está o pensamento de que a justiça é a busca pelo justo e portanto, o que é de direito a cada um, sem, contanto, esbulhar do outro o que não lhe pertence. Essa lógica perpassa não só o pensamento iluminista da época de Kant e Hegel, mas coaduna-se com o pensamento atual dos sociólogos que emergem na filosofia com o fito de entender a sociedade e suas nuances mais subliminares. Ressalte-se que Karl Marx, o grande influenciador dos teóricos contemporâneos, em muito se baseou nas premissas desenvolvidas por Hegel. Daí sua importância na análise do presente contexto.

2.4 Karl Marx e seu pensamento dialético e filosófico

Retomando o pensamento de Hegel, que apregoava que o homem deve ser livre para pensar e exprimir suas vontades, em um contexto situado no idealismo do pensar ser predecessor de ser, Marx é enfático ao demonstrar que a teoria formulada por Hegel seria por demais abstrata para explicar os problemas os quais necessitavam nevrálgicamente de uma solução. Portanto, este pensador apoia seus escritos nos ensinamentos de outro alemão, Ludwig Feuerbach, cuja teoria filosófica repousa na negação da religião como norteadora da lógica humana, trazendo à baila, com base em seus estudos teológicos, a contradição entre a filosofia das religiões e a *práxis* humana daquele momento. Feuerbach também se mostrou um crítico a Hegel quando assume a necessidade de entender-se este autor de cabeça para baixo. Ou seja, de suas premissas, surgem a necessidade de analisar a situação dada não pelo idealismo hegeliano, mas sim pela situação fática, concreta e real que os homens estavam experimentando. Aqui, subjaz, pois, a máxima de Ludwig Feuerbach que fora adotada por

⁶É importante mencionar que é a partir das teorias racionais de Kant e Hegel que se inicia a conceituação do que se tem por direito positivado, ou seja, o estrito cumprimento das leis que vigem no Estado que as promulgou.

Karl Marx para desenvolver seus escritos sobre a sociedade capitalista: a situação material em que o homem vive é o que o cria.

Nesse momento, eis que se concretiza o que se pode chamar do materialismo histórico a guisa do pensamento marxista. Sua teoria elege como fundamento básico o fato de que todo conhecimento é dado pela prática da sociedade. As ideias tomadas por si só não compõem o cenário real. Portanto, vale para a análise de Marx a experiência degustada pelos homens ao decorrer da história e não somente as acepções teóricas que não encontram respaldo na realidade. Decorre provavelmente daqui a crença que se formou em torno de Karl Marx de que ele negava a filosofia. Entretanto, pelo que se pode perceber de seus escritos, não é a negação da filosofia, mas sim a recusa de teorias filosóficas que não tomem por base o cotidiano e a *práxis* da sociedade, como o próprio afirma em seus escritos em 1842.

E continua defendendo esta mesma linha de raciocínio ao afirmar que “os filósofos não fizeram mais que interpretar o mundo de forma diferente; trata-se porém de modificá-lo”. O que Marx afasta de suas hipóteses sobre a sociedade emergida em um sistema capitalista é aquela filosofia puramente idealista, a qual não esta comprometida em analisar a empiria. Ao revés, o que ele propõe é a filosofia que esteja a serviço das necessidades sociais. O seu compromisso em entender profundamente os problemas arraigados no desenvolvimento humano, torna a filosofia marxista extremamente prática e sucinta: nada mais além da prática importa. Aqui se faz presente a influência de Feuerbach para o filósofo alemão.

Entender o que é intrínseco ao ser humano é o grande desafio de qualquer filosofia. Mas inaugurado por Kant e Hegel e dado exponencial importância com Marx, o materialismo se define na observação do homem e da sociedade tal qual ela é vista. E para o marxismo, esse materialismo é histórico, pois toda a história é capaz de explicar a forma de organização da sociedade hoje. Marilena Chaui (1999, p. 414) explica o materialismo histórico porque é da relação social da produção que se fazem as condições materiais, enquanto o fator histórico denota a necessidade do tempo e das ações humanas para que surjam a sociedade e a política dela decorrente.

O que se observa é o rompimento desta filosofia com aquele pensamento anterior de que a sociedade e suas relações decorrentes devam ser analisadas como algo dado e a filosofia passa a trabalhar com a premissa de uma realidade construída por homens e para homens. Ou seja, todas as relações existentes no seio da sociedade e entre Estados dão-se pela simples e concreta construção histórica do homem e não por explicações divinas ou modelos prontos que foram aplicados.

Diante da observação da realidade social na qual Marx estava mergulhado, a dualidade permeava toda a insuficiência dos arranjos sociais. Estado e sociedade, burguesia e proletariado, opressor e oprimido, esforço e lucro, eram algumas das ênfases encontradas para suprimir o pensamento básico de que toda essa dualidade se dava por uma única justificativa: a luta de classes.

Nesse modelo de constante enfrentamento próprio da sociedade capitalista, em que o mais forte se faz maior no esforço do mais fraco, Marx observa que todo o aparato da sociedade está permanentemente a serviço de quem detém o poder econômico, ou seja, a serviço da classe burguesa. Cabe somente aos trabalhadores, a grande massa motriz da sociedade, o dispêndio de seu esforço físico e a dedicação de sua vida ao labor, para a manutenção desse sistema. Aqui, pode-se dizer que está o nó central da filosofia de Marx no que concerne o conceito de justiça. Por ser primordialmente a característica do sistema capitalista a supressão de direitos sociais e a manutenção das desigualdades em prol da continuidade do sistema, o homem comum, aquele que não pertence à classe burguesa, sofre e é injustiçado ao se ver obrigado a alienar-se pelo trabalho em nome de sua subsistência, enquanto a hegemonia burguesa usurpa dos homens sua capacidade produtiva, gerando mais-valia e aumentando constantemente a sua margem de lucro.

Partindo da conclusão assertiva, por uma ótica Marxista, de que toda estrutura social está então fadada ao desmantelamento, uma vez que o marxismo defende a finitude do sistema capitalista, o Estado e o Direito, aqui entendido como o conjunto de leis produzidas pelo Estado, terá o mesmo destino de incompletude, pois são teias de aparelhamento que servem somente à classe dominante. Diante disso, indaga-se: as leis não podem sequer almejar produzir qualquer vestígio de justiça, enquanto não são pensadas para o povo, e somente para uma parcela deste, que não necessita de ampla garantia?

Todo o arcabouço desenvolvido por Karl Marx e auxiliado por Engels está focado em movimentar a sociedade no sentido de uma mudança estrutural, para por fim aos meios de opressão e destituir de poder aqueles que oprimem. Sua constante preocupação sugere que a reivindicação social é o estandarte do marxismo. Promover uma mudança em que as injustiças cometidas pelas classes que detêm o poder econômico e político, tornando a sociedade livre dos malefícios da estratificação e da distinção de classes pelo poderio econômico e dominação, é a bandeira do pensamento marxista, a qual se preocupou em solidificar teorias que amparassem ideologicamente as massas proletárias e o seu potencial revolucionário.

Entretanto, o que se percebe da extensa e profunda teoria marxista é a premissa de erradicar, por fim, toda estrutura que oprimia os injustiçados. Extinguir a figura do Estado e

do Direito, suprimir o poder da burguesia, nada mais eram do que possibilidades de distribuir com equanimidade os direitos de todo cidadão em ser livre e possuir o seu espaço na cidade. Nesse ínterim, relevante é mensurar que a propriedade privada era o cerne da questão do que tange à luta de classes, o que, esmiuçando, poderia se propor que a luta dos homens se deu, historicamente, em conseguir a garantia de ter acesso à cidade.

Nesse contexto, a preocupação de Marx se fundamentou em distribuir, através do comunismo, a justiça a toda extensão da sociedade. Quando a sociedade atingir um pleno desenvolvimento a ponto de não precisar existir regras jurídicas (direito) e o Estado que as controle, aí estará satisfeito o conceito de justiça. Dessa premissa, pode-se inferir, enfim, que o direito somente existirá enquanto a justiça não existir. Existindo o conceito pleno de justiça, observado empiricamente nas relações sociais, não haverá mais a necessidade de normas que regulem o convívio social.

A promoção de uma reorganização da sociedade a partir da classe trabalhadora era o caminho para que houvesse a mudança da situação que estava posta. Mudando o enfoque e o propósito da economia tal qual ela se dá na sociedade capitalista, promover mudanças em todo o aparato social, desde o Estado, até os modos de produção, seriam a alternativa viável para pôr termo ao sofrimento daqueles que não são agraciados com as benesses estritamente concedidas e usufruídas pela classe dominante.

Oposta ao modelo que, segundo Marx, flagela o ser humano desde sua condição interna e mais subjetiva do eu, até o esmigalhamento de instituições como a família e o direito ao acesso aos direitos iguais entre os homens, o comunismo tomou frente e continua mantendo-se vivo na ideologia contemporânea, ao sistema capitalista, pois através de uma leitura minuciosa entre tese (capitalismo é um sistema injusto) e antítese (comunismo é um sistema justo), a síntese criada por Marx assinala o esfacelamento do modelo social adotado, uma vez que é inconteste que, de fato, a justiça não se perfaz na sociedade atual igualmente para todos. Ao contrário, ela é formulada, desde os primórdios da organização do homem, fundada nas desigualdades e na necessidade de existência de uma classe social que, em detrimento de seu esforço e de suas renúncias, dê à classe que a está dominando o direito ao acesso aos bens comuns e a todas as formas de dominação existentes, inclusive ser parte do Estado.

Marx e Engels ensinam no Manifesto do Partido Comunista (1956) que, para extirpar do seio da sociedade todo e qualquer vestígio de dominação e submissão de qualquer dualidade que transformem homens iguais em seres inferiores e superiores, é necessário pôr fim à conjuntura econômica que antecede todo e qualquer ato humano. É na busca de poderio

econômico em que estão respaldadas as mais infames atitudes de opressão e, para acabar com essa dualidade, os autores diziam: “suprimi a exploração do homem pelo homem e tereis suprimido a exploração de uma nação por outra”.

A justiça, então, não está garantida pelas leis, pelo Estado ou pelo Direito. A *contrario sensu*, a justiça é o plano de vida em sociedade em que não serão necessárias regras, normas ou leis e até mesmo desmerece a existência de um Estado, pois os homens não precisarão de mediadores, uma vez que são todos iguais no sentido de terem o mesmo acesso ao espaço, à propriedade, aos bens e ao resultado de seu trabalho individual e coletivo. O Direito, nessa realidade observada, é servil à exploração das classes dos dominadores para com os dominados e, portanto, o direito não é justo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Henri Lefebvre (2008) pensa que “a sociedade atual chegou a um caos tal que reivindica insistentemente a coerência. Nem por isso sua suficiência está demonstrada. O caminho que se abre é o da reconstrução de um humanismo na, para e pela sociedade urbana. É para esse ‘ser humano’ em formação, portanto, fato e valor, que a teoria abre o caminho” (*op cit*, p. 67). A cidade é então o espaço que ora se toma como objeto de análise do conceito de justiça, a partir da análise filosófica do diálogo entre cidade e direito.

O uso da cidade não está restrito apenas ao espaço geograficamente delimitado, mas sim a todas as perspectivas que envolvem a cidade, seus sistemas e a coletividade, entendida sob a necessidade de estabelecimento de normas, as quais contemplem regras sociais, para serem observadas pelos indivíduos que a compõe. Entrementes, a cidade é além de uma ótica puramente cartográfica de limites numéricos.

É através da observação e compreensão do modo de habitar e das normas que resguardam a vida do indivíduo e o seu acesso à cidade, que se materializa o conceito de justiça, de igualdade e suas fragilidades. É no cenário destoante das cidades atuais que se pode extrair claramente como os indivíduos se organizaram ao passar dos tempos, mas suas expressões não corresponderam ao anseio da virtuosidade. A virtude, ou seja, o pleno equilíbrio entre os indivíduos ainda não vigora. O processo de produção humana que forma o espaço da cidade e as dinâmicas que lhes são inerentes mostram o caminho tomado pela sociedade, inclusive da distribuição da justiça social desde Aristóteles até o presente contexto.

E a cidade, o sistema que rege as cidades e as dinâmicas das instituições têm muito a responder sobre o porquê da atual configuração.

Para compreender a justiça social e como o alicerce do conceito filosófico do acesso aos bens comuns que a cidade tem a oferecer, por meio da divisão equânime e proporcional à necessidade, é salutar entender de que forma a sociedade está materialmente organizada, como são distribuídos os frutos do esforço comum e individual e, partindo do pressuposto de que essa divisão não é equilibrada, como deveria ser para que o ponto ótimo, de justiça e virtude seja alcançado. Caminhar na compreensão da dinâmica da cidade, do universo em que as atividades humanas são realizadas e a razão a qual pondera essa dinâmica é essencial para a compreensão do que se entende por um espaço socialmente justo, tanto como esse termo se apresenta, bem como quais são as aspirações que denota, aspecto em que a filosofia assume especial relevância, pois é inconteste que o direito bebe nas fontes filosóficas e históricas para alicerçar em estruturas sólidas suas âncoras normativas.

4 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRYCH, Fábio. **O ideal de justiça em Aristóteles**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 36, jan 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1613>. Acesso em julho de 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HARVEY, David. **A justiça Social e a Cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980.

_____. **Rebel Cities- from the right to the city to the urban revolution.** Verso, 2012.

_____. **Condição pós-moderna.** 23 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LE GOFF, Jacques. **Por amor às cidades.** São Paulo: Editora Unesp, 2008.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** 5 ed. São Paulo: Centauro, 2010.

_____. **A revolução urbana.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

_____. **A produção do espaço urbano.** Trad. Grupo “ As (im)possibilidades do urbano na metrópole contemporânea”, do Núcleo de Geografia Urbana da UFMG. 1ª versão. 2006.

MARX, Karl. ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista.** 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história- suas origens, transformações e perspectivas.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALGADO, Joaquim C. **A necessidade da Filosofia do Direito.** Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. v.31, p.13 – 19, 2006.

VIRTUE, REASON AND CONFLICT: SOME CONTRIBUTIONS OF PHILOSOPHY, RIGHT AND SOCIAL JUSTICE TO THE CITY

ABSTRACT

It is intended a dialectical approach between city, law and philosophy, from an analysis of the concept of social justice, distributed collectively, as a principle. From the reading of Aristotle, St. Augustine, Hegel and Marx, one seeks to understand the interpretation

of justice in philosophical bias and a reading of law and justice. The work presents a bibliographical review, whose theoretical cut is the city and social justice, whose result is a historical construction of the city's look as a place for the development of collective norms that seek equality of access, but not always with the attainment of the objectives achieved.

Keywords: Philosophy. Law. Cities. Social Justice.



A TRANSGENERIDADE E O FEMINICÍDIO SOB UMA PERSPECTIVA REALEANA

Anne Heloise Barbosa do Nascimento¹

Alichelly Carina Macedo Ventura²

RESUMO

Mulheres transgênero vivem em situação de vulnerabilidade, o que as torna extremamente propensas as diversas formas de violência, as quais podem variar desde sua modalidade psicológica até os casos de homicídio. Atualmente, a doutrina penalista brasileira utiliza diversos critérios para tratar das situações que envolvem pessoas transgênero e feminicídio, não havendo entendimento pacífico acerca do problema. Sendo assim, o que se pretende com este estudo é relacionar as mencionadas circunstâncias, utilizando-se como base a Teoria Tridimensional do Direito do jusfilósofo Miguel Reale.

Palavras-chave: Transgênero. Feminicídio. Miguel Reale.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Membro dos projetos de extensão "Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos" e do "Núcleo de Assessoria Jurídica Popular"

² Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Academia de Direitos Humanos da American University – Washington College of Law. Coordenadora do Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Amazonas. Professora e advogada

A experiência de vida *trans* é extremamente estigmatizada em nossa sociedade. Essa situação se traduz em diversos casos de violência que assolam essa parcela da população, causando muitas vezes assassinatos com intensas nuances de crueldade. E o pior: situações como essa estão cada vez mais latentes em nosso país, o fazendo líder global em número de mortes deste grupo.

Entende-se que a maior causa para esse grande problema é a misoginia que afeta todas as mulheres, no geral, a qual impõe diferentes funções para ambos os gêneros, sendo o masculino tradicionalmente concebido como aquele que exerce as funções de poder, enquanto o feminino tem papel subsidiário. Sendo assim, ao longo dos anos, através de muita luta por parte dos movimentos sociais, o sexismo estrutural foi um pouco mitigado para a mulher cisgênero³. Porém, para a mulher *trans*, que só agora, no final da segunda década do século XXI, começa a ter uma mínima visibilidade, há ainda um longo caminho a ser percorrido.

Ademais, visto que gênero é uma palavra um tanto quanto ambígua na assimilação do brasileiro médio, se faz mister compreender o que ela realmente significa, e separar o seu entendimento daquele conferido ao sexo biológico e a sexualidade. Então, tem-se que sexo é um atributo biológico, sexualidade tem a ver com quem a pessoa se relaciona, e gênero é uma forma de autodeterminação individual, que diz respeito a como o indivíduo deseja ser lido, isto é, interpretado pela sociedade.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que, para ter seus direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelo Estado, a pessoa deve ter a chamada Inteligibilidade de Gênero⁴. Logo, para os fins deste estudo, cabe diferenciar os grupos mais populares de seres ininteligíveis, são eles os Transexuais, Travestis e Transgêneros.

A palavra transexualidade, advém da expressão “transexualismo”, criada na década de 1950 por Harry Benjamin, e serve para designar seres humanos que possuem plena convicção de pertencimento ao sexo oposto, visto que, em sua maioria, recorrem a procedimentos cirúrgicos para realizar mudanças extremas em seu corpo. Com base nessa visão tradicional da psicologia, a transexualidade é até hoje considerada uma doença, de acordo com o Código Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (CID-10).

³ “Cisgênero possui um “conceito “guarda-chuva” que abrange as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento” (JESUS, 2012, p.14).

⁴ “Inteligibilidade de gênero pode ser compreendida como a norma que exige a conformação dos indivíduos dentro de uma lógica falocêntrica e heterossexista, ou seja, em que o gênero decorre do sexo e a sexualidade decorre do sexo e do gênero” (BUTLER, 2003, p.38)

Por sua vez, travesti para especialistas, como Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p.10), é a pessoa que “vivencia papéis de gênero feminino, mas não se reconhece como homem ou mulher, entendendo-se como integrante de um terceiro gênero ou de um não-gênero.”

Entretanto, recentemente, aparece a figura da transgeneridade que engloba todas as formas de gênero, inclusive os dois mencionados acima, uma vez que faz contraposição ao chamado cisgênero, isto é, quando o sexo biológico condiz com o gênero (fator psicológico). Além disso, a grande diferença muitas vezes está na questão econômico-social de cada indivíduo⁵.

Portanto, está claro que a vivência da transgeneridade é extremamente plural. Logo, por diversas vezes estarei utilizando neste estudo a terminologia “*trans*”, com o intuito englobar todas as formas de sua manifestação na sociedade, sem exclusões. Sendo assim, o que se pretende com este artigo é defender a tese de que o indivíduo pode ser vítima de feminicídio desde que seja lido por seus agressores como representante do gênero feminino, através de símbolos que socialmente caracterizam o referenciado padrão, como vestimentas e modos de se portar perante a sociedade.

Para obter tal feito, foi utilizada como guia a Teoria Tridimensional do Direito do jusfilósofo Miguel Reale, o qual preleciona que fato, valor e norma existem em uma unidade, a qual resulta no Direito, uma vez que este é uma realidade histórico-cultural. Dessa forma, para fins de maior embasamento deste artigo, cada capítulo corresponde a um fator componente da teoria tridimensional, com o intuito de melhor aplicá-la à realidade abordada.

Além da doutrina realeana mencionada, também se fez presente no desenvolvimento deste estudo o método de revisão bibliográfica, o qual foi composto de uma pesquisa em documentos físicos e eletrônicos, foram estes livros, artigos e notícias, e o método indutivo, com o intuito de conceber um desfecho condizente com o presente estado de nossa sociedade.

2 FATO: MORTALIDADE TRANS E CRITÉRIOS ATUALMENTE USADOS PARA A DEFINIÇÃO DE MULHER

⁵ “Quando a pessoa se sente uma mulher em um corpo de homem e é de classe econômica e social mais simples, ela é denominada travesti. Geralmente, essas pessoas não têm nenhuma oportunidade na vida e se tornam profissionais do sexo para sobreviverem. Quando a pessoa com essa questão de gênero pertence a uma classe social e econômica mais alta, ela é denominada transexual.” (MODESTO, Edith. 7 dúvidas sobre identidade de gênero. **Superinteressante**, São Paulo, 27 jul. 2015. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/7-duvidas-sobre-identidade-de-genero/>>. Acesso em 14 jul. 2017.)

Miguel Reale enxerga o direito, em seu aspecto fático, através de sua efetividade social e histórica. Tem-se, então, o entendimento de que “o direito se origina do fato, porque sem que haja um acontecimento ou evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica.” (REALE, 2002, p. 201).

Com base nisso, ao olhar as alarmantes estatísticas do ano passado, 2017, sobre a morte de transgêneros, recolhidas pelo Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), nota-se que houve 179 mortes, o número mais alto em 10 anos. Ainda segundo o relatório divulgado pela Antra, uma pessoa transgênero é assassinada no Brasil a cada 48 horas. Esse fato contribui para que o Brasil permaneça no topo do ranking dos países que mais matam transgêneros no mundo, seguido do México, o qual conta apenas com 56 mortes, de acordo com a ONG Transgender Europe⁶. Vale ressaltar que esses números apenas levam em conta casos registrados e notícias veiculadas, por conseguinte o número de mortes provavelmente é bem maior.

Isso se deve, principalmente, a inércia do Estado perante ao tema e o fato do mesmo não desenvolver políticas públicas para essa população marginalizada. Porém, um assassinato é indubitavelmente um fato jurídico. Para Miguel Reale (2002, p. 201), este seria “todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”, sendo assim é imprescindível que tal evento seja apreciado pelo judiciário com o objetivo de proteger os bens jurídicos essenciais, do indivíduo e da sociedade, como a vida, a qual possui caráter inviolável, conforme atesta a Carta Magna vigente.

Porém, no Brasil ainda faltam leis que protejam os direitos fundamentais deste grupo. Além disso, o que claramente poderia ser de grande ajuda no que concerne a diminuição dos números acima explicitados seria a aplicação da modalidade feminicídio ao homicídio qualificado cometido contra pessoas *trans*, mas um dos maiores óbices a isso é o conceito de mulher. Para este fim, a doutrina penalista brasileira criou diversos critérios, sendo que os mais reconhecidos são: o critério psicológico, o critério biológico e o critério jurídico.

Nesse sentido, Rogério Greco explica os mencionados parâmetros usando renomados autores. Dessa forma, para discorrer sobre o critério psicológico, diz que “embora alguém seja do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice-versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo

⁶ MARTINS, Helena. *Número de assassinatos de travestis e transexuais é o maior em 10 anos no Brasil*. EBC – Agência Brasil, 2017. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/assassinatos-de-travestis-e-transexuais-e-o-maior-em-dez-anos-no-brasil>> Acesso em 22 fev. 2018.

masculino, a exemplo do que ocorre com os chamados transexuais.”⁷ Para fundamentar a sua colocação, o autor utiliza as lições de Genival Ferreira França, o qual assevera que: “transexualismo ou síndrome da disforia sexual” é a “inversão psicossocial, uma aversão ou negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero” (FRANÇA, 2005, p.142).

Apesar de se encontrarem corretos acerca de suas colocações, ambos doutrinadores deixam diversas lacunas, como nos casos das pessoas que não se identificam como transexuais, e sim como transgêneros ou travestis. Sendo assim, nem toda pessoa lida como *trans* possui ambições de mudar seu sexo, ou fazer tratamentos hormonais. Em alguns casos, as condições biológicas do indivíduo nem o permite, visto que estes são procedimentos agressivos e dependem do bom estado de saúde da pessoa. Ademais, a respeito desta designar uma doença, como já foi dito, ambos autores estão corretos, visto que a Organização Mundial da Saúde assim classifica a transexualidade.

Porém, estudos recentes informam que os quadros psiquiátricos referentes a população transexual são resultados da violência e discriminação que sofrem e não resultado direto de sua transexualidade. Um destes estudos se chama: “Removendo a identidade transgênero da Classificação de Distúrbios Mentais: Um trabalho de Campo Mexicano para a CID-11”⁸. Esse estudo foi publicado pela renomada revista médica britânica “*The Lancet Psychiatry*” e seus criadores pretendem apresentá-lo, esse ano, 2018, na 11ª versão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11) da OMS. Segundo uma de suas autoras, a doutora Ana Fresán (2017, p. de internet) “Esta reclassificação não só vai promover a discussão de novas políticas de saúde para que a comunidade *trans* tenha melhores acessos aos serviços de saúde e atenção, mas também (...) pode ajudar a reduzir o estigma e a rejeição de que são vítimas”.⁹

Outro critério utilizado pelos juristas brasileiros é o biológico, o qual, segundo Francisco Dirceu Barros, “identifica-se a mulher em sua concepção genética ou

⁷ GRECO, Rogério. *Feminicídio - comentários sobre a lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em 16 de ago. 2017.

⁸ *Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11 (Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11)*. Robles, Rebeca et al. *The Lancet Psychiatry*, Volume 3, Issue 9, 850 – 859

⁹ SARKAR, Dibyangshu. Estudo prova que transexualidade não é transtorno psiquiátrico: cientistas querem retirar transgêneros da lista de distúrbios mentais da OMS. **O Globo, Agence France-Press**, 28 jul. 2016. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-prova-que-transexualidade-nao-transtorno-psiquiatrico-19805459>>. Acesso 18 jul. 2017.

cromossômica. Neste caso, como a *neocolpovulvoplastia* (cirurgia de mudança de sexo) altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.” Logo, o autor estabelece três categorias de sexo: sexo morfológico ou somático, que “resulta da soma das características genitais e extragenitais somáticas” como as mamas, por exemplo, o sexo genético, que está relacionado aos cromossomos do indivíduo (XX – feminino ou XY - masculino) e, por fim, o sexo endócrino, o qual “é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculinos ou femininos.”¹⁰

O último critério expressivo para a identificação da mulher *trans* como sujeito passivo do feminicídio é o critério jurídico. Segundo Rogério Greco, este parâmetro prima pela “segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino”¹¹ será passível de ser enquadrado como vítima do homicídio qualificado aqui discutido.

3 VALOR: MOTIVAÇÃO E PAPÉIS DE GÊNERO

Para Miguel Reale o valor “confere determinada significação ao fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo”. Além disso, ainda segundo o referido jurista, é na dimensão axiológica que o direito concretiza a ideia de justiça. (REALE, 2002, p.75)

Com base no exposto anteriormente, e a inseparabilidade que o fato tem de seu valor, tem-se que, assim como o critério psicológico, os outros dois aqui explanados deixam brechas para certos equívocos. Isso se deve, principalmente, ao fato de que ao adentrar a fase de cogitação, primeira etapa do *iter criminis*¹² o sujeito não levar em conta se sua vítima já passou por procedimentos cirúrgicos ou se tem sua certidão de nascimento a definindo como detentora do sexo feminino e um prenome expressamente relacionado.

¹⁰ BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em:

<<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em 16 mar. 2017.

¹¹ GRECO, Rogério. *Feminicídio - comentários sobre a lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em 16 de mar. 2017.

¹² “Trata-se do percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação” (NUCCI, 2016, p. 163)

Sendo assim, o que de verdade é observado pelo indivíduo que chega a tentar este ato, e faz disso sua motivação, é a simples presença de um outro ser humano com signos característicos àqueles socialmente impostos como referentes ao sexo feminino, como vestimentas, modo de andar, entre outros.

Para as pessoas mais inteiradas nas discussões de sexo e gênero, pode parecer que esse posicionamento os confunde. Porém, ao que mais o legislador estaria se referindo ao positivar a expressão “condição de sexo feminino” além dos símbolos que compõe a identidade feminina? Dessa forma, pontua Ela Wiecko V. de Castilho:

Na aplicação da Lei 13.104 – instrumento normativo que instituiu o feminicídio - não se poderá fugir totalmente do conceito de gênero, uma vez que a “condição de sexo feminino” é uma construção social tal como o papel social atribuído às mulheres na sociedade e que constitui o chamado gênero feminino. (CASTILHO, 2015, p.05)

Sendo assim, pode-se afirmar que se uma pessoa é alvo de homicídios com características tão cruéis por estar simplesmente usando de signos, formas e trejeitos socialmente construídos como pertinentes ao gênero feminino, então é possível constatar que há uma ameaça a todas as portadoras das referidas características, inclusive as que se adequariam ao mais alto nível do critério biológico, isto é, as tidas como geneticamente mulheres.

Segundo esse raciocínio vale ressaltar o posicionamento de Martha Machado e Fernanda Matsuda, que em seu artigo “Um Copo Meio Cheio”, destacam que “A literatura internacional indica uma tendência de aumento da violência contra a mulher à medida que ganham mais autonomia, buscam romper situações de submissão ou quebrar papéis tradicionais que a sociedade patriarcal lhes impõe.” No que tange a “quebra de papéis tradicionais”, percebe-se uma estreita relação entre o sexismo enfrentado pela mulher, em geral, e o preconceito que assola indivíduos *trans*. (MACHADO; MATSUDA, 2002, p. 06)

Nessa esteira, ainda hoje, apesar de toda a luta travada contra a misoginia, e de diversos avanços nesta área, a mulher ainda é vista como um ser submisso, que deve pertencer ao homem, e, além disso, para ser “respeitada” é necessário que seja cumprida uma rígida lista comportamental. Aquela que transgredir esse padrão, ou o questiona, tende a ser excluída da sociedade, ou pior, ter sua integridade comprometida. Desse modo, afirma Léo Rosa de Andrade:

Nesse mundo dos homens, as mulheres foram postas para servir a casa dos homens, parir para os homens, cuidar dos filhos dos homens. Os homens repartiam entre si o controle sobre as mulheres, vigiando-as, reprimindo-as, matando-as. As leis dos homens absolviam os homens de tudo. As mulheres eram dos homens. Sumiam-se, inclusive, na adoção do nome dos homens.¹³

Já o indivíduo *trans* feminino não só questiona os padrões de gênero, mais também os retrata fisicamente em seu corpo, expondo-os. Dessa forma, é marginalizado e vítima da mesma misoginia, pois assume, por vontade própria, a posição de um ser lido como subalterno, como é o caso da mulher, conforme explanado. Portanto, o preconceito sofrido pelas pessoas *trans* está extremamente relacionado àquele sofrido pelas mulheres, em geral. Neste sentido, o comentário de Mônica da Silva Cruz e Tuanny Soeiro Souza se faz de extrema relevância, segundo elas:

A construção de uma divisão ontológica dos gêneros - que pressupõe a continuação coerente entre sexo, gênero e sexualidade – é fundamental para a manutenção de um mundo heterossexual e heterossexista que cria e ordena normas que exigem a inteligibilidade de gênero¹⁴ para que o indivíduo possa ter inteligibilidade social. A desconformidade entre essas categorias reserva às identidades ininteligíveis o status de sub-humanidade e o *locus* marginal em que ocupam os abjetos. (CRUZ; SOUZA, 2014, p. 05)

Em relação a mencionada inteligibilidade social, a situação de vulnerabilidade que marginaliza a população *trans* fere diversos princípios gerais do direito brasileiro, entre eles a Dignidade da Pessoa Humana. Sobre esse Fundamento da República, pode-se dizer que, tendo como base a experiência *trans*, ele é desprovido de significado e aplicação, visto que o comportamento depreciativo, violento, agressivo, causador de brutais espancamentos, torturas e homicídios contra este grupo, está naturalizado na sociedade brasileira.

Sendo assim, segundo Bento (2008, p. 30) “um dos motivos dos quais travestis e homens e mulheres transexuais abandonarem a escola tão cedo é o fato de não conseguirem suportar as violências cotidianas sofridas nesse ambiente.” Entende-se, então, que o *status* de

¹³ ANDRADE, Léo Rosa. *Feminicídio, monogamia, violência contra mulheres*. Disponível em: <<http://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/172692529/feminicidio-monogamia-violencia-contra-mulheres>>. Acesso em 18 jul. 2017.

¹⁴ A inteligibilidade de gênero pode ser compreendida como a norma que exige a conformação dos indivíduos dentro de uma lógica falocêntrica e heterossexista, ou seja, em que o gênero decorre do sexo e a sexualidade decorre do sexo e do gênero (BUTLER, 2003).

abjeto, que impera na percepção relativa a indivíduos *trans*, não é reprimido minimamente pelo Estado, o que gera a falta de qualificação profissional, a vulnerabilidade econômica, além de agravar sua exclusão social. Está claro que, como pontuado aqui anteriormente, a sociedade, e conseqüentemente o mercado de trabalho, tem seus preconceitos no que cabe a transgressão da binariedade de gênero aceita. Porém, é inadmissível que 90% das transexuais e travestis vivam unicamente da prostituição, como foi divulgado pela ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais¹⁵.

Dessa maneira, torna-se claro que este grupo é tratado como abjeto pela sociedade e pelo Estado brasileiro, o qual permite diariamente a violação de seus direitos fundamentais. Logo, obviamente, uma parcela muito pequena desta parte da população possui acesso ao poder judiciário. Acerca deste tema, os autores Silvana Begala e Carlos Lista (2002, p. 22) dividem os obstáculos ao acesso à justiça como objetivo, que se traduz na “falta de recursos econômicos, deficiências educativas, distância geográfica entre quem necessita de serviços jurídicos e aqueles que os proveem (advogados, juízes e tribunais)”, e subjetivo, o qual se materializa no:

Desconhecimento do direito e a incompatibilidade do discurso jurídico; a dificuldade para reconhecer os próprios direitos e utilizar os mecanismos jurídicos e judiciais para fazê-los valer; as atitudes e representações negativas e a desconfiança ante os juízes, ante os advogados e também ante a órgãos administrativos como é o caso da polícia; a percepção de não universalidade e de não neutralidade da lei. (BENGALA; LISTA, 2002, p. 23)

Sendo assim, apesar do histórico julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275¹⁶, a qual versava sobre a alteração do registro do nascimento sem

¹⁵ “Você tem mais de 90%, isso é um dado da [ANTRA](#) [Associação Nacional de Travestis e Transexuais], mais de 90% de travestis e transexuais vivendo unicamente da prostituição. Isso é um aprisionamento social. A sociedade designou que esses seres humanos não possuem potencialidades para exercer outra função que não seja o trabalho sexual, aí elas são colocadas como objeto”, critica Angela Lopes, ex-diretora da Divisão de Políticas para a Diversidade Sexual de São Carlos. (CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO BRASIL-ESTADOS UNIDOS (AmCham). Transgênero, transexual, travesti: os desafios para a inclusão do grupo no mercado de trabalho. **Estadão**, 10 abril. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/transgenero-transexual-travesti-os-desafios-para-a-inclusao-do-grupo-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em 17 jul. 2017).

¹⁶ “A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.” (STF. ADI 4.275-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 28.02.2018. Voto Min. Edson Faccin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em 03 mar. 2018).

a necessidade do procedimento cirúrgico de transgenitalização, podendo o mesmo, a partir de agora, ser realizado através de averbação no registro original - não dependendo mais de autorização judicial – tem-se que a maioria das mulheres *trans* ainda estão em situação de hipossuficiência e exclusão social, o que impede o seu acesso a esse tipo de informação, e a concretização de seus direitos, uma vez que as taxas referentes aos serviços cartorários podem estar aquém da sua renda.

Portanto, embora se reconheça o importante passo dado pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere a temática, o critério jurídico para a qualificação de mulheres *trans* como vítimas do feminicídio ainda se mostra inalcançável para a maioria do componentes da comunidade *trans*. Posto isso, reitera-se que a caracterização da qualificadora feminicídio deve se dar apenas através da observância enquanto as razões do sujeito ativo para cometer o crime, isto é, se essas foram relacionadas aos signos femininos empregados pela vítima na hora do ato. Nesse eixo, vale lembrar que para José Afonso da Silva (1999, p. 56) a Constituição Federal optou “pela sociedade pluralista, que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista, que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas.”

4 NORMA: ANALOGIA IN MALEM PARTEM?

Para Miguel Reale (2002, p. 76), a “norma jurídica é a síntese integrante de fatos ordenados por distintos valores”. Dessa forma, é imperioso vislumbrar que este instrumento é o resultado de um fato social, pautado segundo os valores de determinada sociedade. Nesta esteira, em relação ao feminicídio, no § 2º – A do artigo 121, inciso VI, o legislador fez questão de expressamente indicar o que quis dizer com “condições do sexo feminino”: a expressão comentada, de acordo com os incisos I e II do mencionado parágrafo, é ligada a violência doméstica e familiar ou ao menosprezo ou discriminação a condição de mulher.

No primeiro caso, violência doméstica e familiar, é necessário que se faça a correta conceituação da mencionada característica, com o intuito de, através da interpretação sistemática, realizar a correta exegese. Para isso, se faz mister recorrer a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que, em seu ART. 5, afirma: “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da unidade doméstica, da família, e em qualquer relação íntima de afeto.

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha já foi aplicada para casos que teve como vítimas transexuais, com ou sem cirurgia de modificação de sexo, transgêneros e travestis, fato brilhantemente explanado pela Juíza de Direito da Ana Cláudia Veloso Guimarães, a qual decide que:

Desta forma, apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, ao meu ver tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais para, alterando seu assento de nascimento, deixar de se identificar como Alexandre Roberto Kley e tornar-se 'Camille Kley' por exemplo! Além de uma inconstitucionalidade uma injustiça e um dano irreparáveis! O apego à formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrepõem àquelas, não podem me impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpidas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha. (...) Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Esta magistrada não pode deixar a mulher Alexandre Roberto Kley, desabrigada em seus direitos! Não posso deixá-la à margem da proteção legal já que ela se reconhece, age íntima e socialmente como mulher.¹⁷

Em relação ao segundo caso previsto pelo legislador como “condição do sexo feminino”, o menosprezo ou discriminação a condição de mulher, utiliza-se mais uma vez, da interpretação sistemática. Dessa maneira, depreende-se que o melhor conceito para esta expressão se encontra na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, a qual o Brasil é signatário e a ratificou em 1984. Segundo o mencionado tratado internacional, discriminação contra mulher é:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher,

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Processo n.º 201103873908. Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Vítima: Alexandre Roberto Kley. Juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães. Anápolis. Decisão em 23 de setembro de 2011.

independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.¹⁸

Apesar de no conceito acima o vocábulo “sexo” ser adotado, logo após o substantivo “mulher” é posto, o qual, como já foi exaustivamente discorrido, configura gênero, sendo este uma construção sociológica, que se molda de acordo com o padrão social, muitas vezes imposto. Sendo assim, fica claro que a Convenção tentou abranger todas as mulheres, em suas mais plurais características, como bem é disposto em seu artigo II que:

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

[...]

- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação.¹⁹

Por tudo exposto, entende-se que não há analogia *in malam partem*²⁰, uma vez que nem mesmo analogia está configurada. Isso se baseia na interpretação sistemática, a qual, objetivando definir as “condições do sexo feminino” propostas pelo legislador, faz com que o operador do Direito brasileiro deva recorrer a instrumentos normativos que conceituem adequadamente cada caso proposto. Na presente situação, como mencionado, foram utilizadas a Lei Maria da Penha e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminações Contra a Mulher, a qual é fruto de um controle de convencionalidade, o qual, cada vez mais, se manifesta como uma grande tendência interpretativa.

¹⁸ BRASIL, Decreto N° 4.377, de 13 de setembro de 2002, Parte I. Promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n° 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 04, 16 set. 2002. Seção 1.

¹⁹ BRASIL, Decreto N° 4.377, de 13 de setembro de 2002, Parte I. Promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n° 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 04, 16 set. 2002. Seção 1.

²⁰ “É a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador.” (NUCCI, 2006)

Ademais, não é possível caracterizar a analogia *in malam partem* em virtude do Direito não ser puramente a letra da lei. Esse estudo, e o direito brasileiro da forma como foi construído, tem como alicerce o fato social e os valores inerentes a ele, sendo a norma um mero resultado dos referenciados, funcionando como uma “resposta do Estado” para dado problema social.

Nesse sentido, a relação normativa entre o assassinato de mulheres *trans* e o feminicídio, da forma como está exposto, pode ser no máximo caracterizado como interpretação extensiva do texto legislativo, e não como analogia, uma vez que, para Miguel Reale:

O pressuposto do processo analógico é a existência reconhecida de uma lacuna na lei. Na interpretação extensiva, ao contrário, parte-se da admissão que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz. (REALE, 2002, p. 293)

Para Damásio de Jesus (2011, p. 84): “diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto. Ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada.” Partindo-se das declarações expostas, realmente não existe lacuna na lei, se adotarmos para o conceito de mulher o critério de correspondência de signos socialmente interpretados como femininos, o que desconfigura a caracterização de analogia. Entretanto, o entendimento de que mulheres *trans* podem ser vítimas do feminicídio também não é difundido na comunidade jurídica. Visto isso, o fenômeno da interpretação extensiva poderia ser apontado, se for utilizado o conceito proposto por Miguel Reale.

Já na definição de Damásio de Jesus, entende-se que o texto da norma é bastante autoexplicativo, e se expressa em “ toda a extensão desejada” visto que não se pode separar as “condições do sexo feminino” (ART. 121, § 2, IV, Código Penal) de seus atributos sociais e representativos, isto é, de seu gênero, conforme foi outrora discutido neste estudo.

Porém, por mais que analogia e interpretação extensiva sejam completamente diferentes, a maioria dos juristas, e dos tribunais superiores, são contra a aplicação das mesmas em casos que os mencionados exercícios exegéticos atuem em desfavor ao réu. Entretanto, pode-se dizer que o dever do intérprete é diferenciar a *mens legis*, ou seja, o espírito da lei, da *mens legislatoris*, a qual diz respeito a vontade do legislador.

No Direito é pacífico, desde Savigny e sua Escola Histórica do Direito, que, entre as duas referenciadas, a *mens legis* deve prevalecer, sendo esta também o próprio limite da interpretação extensiva, visto que, conforme posicionamento de Maximiliano “toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições”. Nesse sentido, é mister asseverar que “a lei é vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.” (MAXIMILIANO, 2006, p. 08)

Com base neste entendimento, há um relevante julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.

2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.

3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime.

4. Negar provimento ao recurso.²¹

Portanto, como já foi visto, muitas vezes o sentido do texto precisa ser formulado em outros instrumentos normativos, e no caso do feminicídio, tanto a lei Maria da Penha, tanto a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, dizem respeito a identificação da vítima de acordo com seu gênero de reconhecimento social. Além disso, outros exemplos de interpretação extensiva na seara penal são:

²¹ STF. RHC 106481-MS. Primeira Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 08.02.2011, DJE-042.

O reconhecimento da prática do crime de *racha* (Código de Trânsito Brasileiro, art. 308) não apenas através de "corrida automobilística", mas também de outros veículos automotores (motocicletas, caminhões etc.); a inclusão das armas impróprias (chave inglesa, bisturi, foice, etc.) no conceito de arma, para efeito de majoração da pena do crime de roubo (CP, art. 157, § 2º, I). (BASTOS, 2007, p. 14)

Sendo assim, segundo a lição de João José Caldeira Bastos:

Nenhuma dogmática jurídico – penal consegue eliminar o que está fora do seu alcance: a dialética do tempo; a lógica jurídica de busca das premissas; a biografia do intérprete; o mistério das palavras; o poder econômico; a força política; os sentimentos éticos e preconceitos inseridos no grupo social. Esses ingredientes é que ajudam a forjar o direito em sua concretude. Nada disso, entretanto, invalida o esforço de identificação e aperfeiçoamento das regras de hermenêutica jurídica. Construídas historicamente, elas permanecem válidas como subsídio retórico a quem se despe da força bruta para, com honestidade intelectual, contribuir com seu próprio gesto para o direito que repute possível e justo, em clima de liberdade e responsabilidade socialmente compartilhadas. (BASTOS, 2007, p. 33)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ter a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, como guia, objetivou-se com o presente estudo fazer um paralelo acerca da normatização de um mecanismo de combate a uma conjuntura prejudicial a sociedade, através de seus aspectos fáticos e valorativos, e um grupo frequentemente afetado por dada circunstância, porém não abrangido pela sua forma de pugnção, visto o preconceito que ainda assola essa parcela de indivíduos: o fato seria o feminicídio e o grupo marginalizado seriam as mulheres *trans*.

Explanando-se os fatos, foram explicitados dados estatísticos sobre os homicídios que tem como vítimas pessoas com essa condição e os critérios que atualmente os juristas utilizam para definir quais membros desse grupo devem, ou não, ser considerados como sujeito passivo dessa forma de homicídio qualificado. Nesse sentido, esses critérios se dividem em: biológico, leva em conta o sexo de nascença da pessoa, psicológico, concernente a como o indivíduo se enxerga, e o jurídico, o qual diz respeito a atual situação documental, registral, da vítima, ou seja, se a mulher *trans* teve, em vida, seu nome e gênero modificados.

No tocante a essa questão, entende-se que, além de sofrer preconceito por toda uma vida, e, conseqüentemente, morrer por ser quem é, a mulher *trans*, aqui tida como vítima do feminicídio, ainda é julgada pelos aplicadores do Direito, os quais por muitas vezes se revelam incapazes de entendê-lo através de suas diversas fontes, assim fazendo da vítima uma espécie de réu subsidiário, passível de julgamentos, especulações, acerca de direitos que muitas vezes estão distantes de sua aferição, como a cirurgia de mudança de sexo e a mudança do nome e gênero de registro.

Desse modo, pode-se dizer que o aspecto axiológico da norma muitas vezes é descartado. Outro prisma que deve ser analisado é a possível contra - argumentação acerca da ideia de “Direito Penal Punitivista”. Sobre o tema, Ela Wiecko V. de Castilho, em seu texto “Sobre o Feminicídio” argumenta que:

Ney Moura Telles refutou a crítica de que seriam todos motivos torpes, sendo desnecessária a sua explicitação na norma. Afirmou que a explicitação é uma exigência imposta pela necessidade de conferir melhor e maior proteção às minorias dentro da sociedade. Não se trata de ampliação do Direito Penal e de recurso a efeito meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento e atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas ou justificadas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico tradicionalmente sob proteção da lei penal, isto é, o direito à vida. (CASTILHO, 2015, p. 05)

Ao falar da circunstancia normativa, concluiu-se que a lei, ao dispor sobre o que queria dizer com “condições do sexo feminino”, definindo como “violência doméstica ou familiar” e “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (ART. 121, § 2, Código Penal), autorizou a interpretação sistemática, visto que o conceito das duas expressões se encontram na Lei Maria da Penha e na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Preconceito Contra a Mulher (CEDAW - 1979), respectivamente.

Ambos instrumentos indicam o gênero no decorrer de suas definições. Dessa forma, a discussão sobre a mudança realizada no conteúdo do projeto de lei original, pela Câmara dos Deputados, a qual trocou “razões de gênero” por “razões de condição de sexo feminino”, seja uma mera redundância. Isso acontece porque a *mens legis*, o espírito da lei, deve ser diferenciada da *mens legislatores*, a qual diz respeito a vontade do legislador, como foi asseverado neste estudo. Além disso, está claro que o referenciado espírito da lei, através das definições retro mencionadas, era abarcar todo o gênero feminino.

Nesta esteira, não há motivos para que o homicídio, no qual a vítima apresenta diversos símbolos definidos socialmente como pertencentes ao gênero feminino, sendo estes os maiores motivadores para a conduta do sujeito ativo, não seja caracterizado como feminicídio. Observa-se que tal interpretação é coerente com a interpretação sistemática, que a lei obriga o hermeneuta a fazer, como já foi referenciado, não necessitando de nenhuma forma de analogia.

Portanto, conclui-se que a tipificação do feminicídio representa um grande ganho para a sociedade brasileira, uma vez que através de nossa história legislativa crimes que hoje são enquadrados nesse tipo foram excluídos de sua ilicitude, conforme ocorriam nos casos popularmente conhecidos como “Legítima Defesa da Honra”. Então, a inclusão de qualquer indivíduo que esteja reproduzindo indubitavelmente o gênero feminino no polo passivo do crime de homicídio qualificado pelo feminicídio, é fundamental para a preservação de todas as outras que o fazem. Visto isso, com base nas lições de Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli (2016, p. 246), “não reconhecer o avanço social é difundir o preconceito”. Dessa forma, o operador do Direito deve se tornar mais consciente sobre as questões de gênero, objetivando zelar pela manutenção do progresso na sociedade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, João José Caldera. **Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica.** 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13481-13482-1-PB.pdf>>. Acessado em 19 jul. 2017.

BENJAMIN, Harry. **The transsexual phenomenon.** New York: Julian Press, 1966.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Direito penal em debate: sobre o feminicídio. **Boletim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, nº 270, p. 04 – 06, maio, 2015.

CRUZ, Mônica da Silva; SOUSA, Tuanny Soeiro. Transfobia mata: homicídio e violência na experiência trans. **Revista do Curso de Direito da UFMA**, São Luís, Ano IV, nº 8, jul/dez 2014.

DIAS, Jossiani Augusta Honório; BERNARDINELI, Muriana Carrilho. O transexual e o direito de acesso ao mercado de trabalho: do preconceito à ausência de oportunidades. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Curitiba, v.2, nº 2, p. 243 – 259, jul/dez, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso. **Fundamentos de medicina legal**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012.

LISTA, Carlos. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Dykinson, 2010.

MACHADO, Marta; MATSUDA, Fernanda. Direito Penal em Debate: Um Copo Meio Cheio. **Boletim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, nº 270, p. 04 – 05, maio, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 02. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 03. ed São Paulo: Malheiros, 1999.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

TRANSGENDER IDENTITY AND WOMEN'S HOMICIDE UNDER A REALEAN PERSPECTIVE

ABSTRACT

Transgender women live in a situation of vulnerability, which makes them extremely prone to violence, that can go from psychological to homicide cases. Currently, the brazilian criminal doctrine uses several criteria to deal with the situations that draw in both transgender people and women homicide, given that there isn't any pattern to follow. Therefore, what is intended with this paper is to connect the mentioned circumstances, using as a basis the Three-Dimensional Theory of Law, created by jusphilosopher Miguel Reale.

Keywords: Transgender, Women's Homicide, Miguel Reale.



DESMONTE DOS DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS POSTOS À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

Clarice Gomes de Medeiros Maia¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre a população em situação de rua no Brasil. Para além da lógica do Capital, fundada em desigualdades, foram ressaltados os direitos que asseguram o povo da rua, evidenciando as políticas públicas nacionais, e, por fim, foram apontados os desafios postos à parcela populacional em questão perante a atual conjuntura política, econômica e social, marcada pelo avanço de princípios neoliberais e o desmonte de direitos sociais historicamente conquistados. Para tanto, o estudo foi realizado com base em pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: População em Situação de Rua. Direitos Sociais. Políticas Públicas. Desmonte dos Direitos Sociais.

“Assim, mais uma vez, a rua nos mostra

A frieza da sociedade,

O pouco caso dos governantes,

As drogas da vida

E a tristeza de um povo esquecido.”

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

1 INTRODUÇÃO

Devido à estrutura própria da sociedade capitalista, cidadãos são expostos a determinações diversas, como a pobreza e as desigualdades, as quais podem levar a uma extrema vertente da questão social: a situação de rua. Encontrando-se nas ruas, os sujeitos conhecem as expressões mais brutais da lógica do Capital, se deparam com os mais ferozes preconceitos, os mais cruéis estigmas e a agressiva condição de indigência.

É fato que a partir do reconhecimento da questão social, no século XIX, como resultante das desigualdades sociais próprias da estrutura do Capital, passou-se a pensar, dentro da lógica da sociedade burguesa, nas políticas sociais. Especificamente no Brasil, a reestruturação do sistema político e ideológico, embasado nos ideais neoliberais, proporciona às políticas sociais repressões abruptas em contextos de instabilidade política e econômica.

No atual cenário brasileiro, frente à sensibilidade no que diz respeito à geração de trabalho e renda perante uma crise política, econômica e social, a população necessita alcançar políticas públicas, por mais que estas visem apenas atenuar a pobreza e as desigualdades, jamais, dentro da estrutura de classes, superando-as. No entanto, a investida neoliberal está direcionada para o corte dos investimentos de cunho social, ocasionando desamparo às necessidades básicas do povo.

Nesse sentido, tendo a população em situação de rua como objeto do presente estudo, cabe discorrer sobre a realidade desses sujeitos já invisibilizados e negligenciados anteriormente ao cenário em questão, e analisar criticamente os desafios postos na atual conjuntura.

2 A SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

De forma evidente, a historiografia mostra que a contradição central do modo de produção capitalista é a produção para além do necessário para saciar as necessidades humanas e a seleta apropriação da riqueza socialmente produzida. Tal realidade leva à divisão desigual de classes sociais, apresentando uma estrutura segmentada essencialmente em trabalhadores e burguesia. A distinção entre as classes sociais se dá pela função exercida e

pela localização dos sujeitos na estrutura produtiva, ou seja, de um lado há a classe trabalhadora – a qual não detém dos meios de produção, e por sua vez, vende a sua força de trabalho, buscando suprir as necessidades básicas para subsistir – e de outro há a classe burguesa – a qual é proprietária dos meios de produção e detentora do excedente produtivo.

A partir da negação da apropriação igual dos bens produzidos coletivamente, se configuram fenômenos na sociedade. Como máxima expressão de tais manifestações, vale apontar a questão social², a qual se caracteriza como sendo a projeção, na sociedade, das contradições entre a classe trabalhadora e a classe burguesa. Cabe ressaltar, ainda, que a questão social

Requer, no seu enfrentamento, a prevalência das necessidades da coletividade dos trabalhadores, o chamamento à responsabilidade do Estado e afirmação de políticas sociais de caráter universais, voltados aos interesses das grandes maiorias, condensando um processo histórico de lutas pela democratização da economia política, da cultura na construção da esfera pública (IAMAMOTO, 2004, p. 10 e 11).

Nesse sentido, o fenômeno situação de rua configura uma extrema vertente da questão social e a história marca o seu surgimento na Europa Ocidental, no final do século XVIII, tendo como base “a expropriação dos produtores rurais e camponeses e sua transformação em assalariados, no contexto da chamada acumulação primitiva e da indústria nascente” (SILVA, 2009, p. 96).

Na contemporaneidade, é certo que a situação de rua é proveniente de determinações diversas, atribuindo ao fenômeno e aos sujeitos envolvidos um caráter extremamente heterogêneo. Especialistas sobre o tema apontam como principais influências do fenômeno *fatores estruturais*, como a privação de moradia, ausência de trabalho e renda, crises econômicas provenientes da logística do Capital; *fatores biográficos*, como a fragilização dos vínculos intrafamiliares, doenças, deficiências e transtornos, uso ou dependência de álcool ou entorpecentes, infortúnios pessoais; e *desastres ambientais*, como terremotos e inundações.

No texto constitucional, entende-se a população em situação de rua, como

[...] considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou

² A “questão social” condensa múltiplas desigualdades mediadas por disparidades nas relações de gênero, características étnico-raciais, relações com o meio ambiente e formações regionais, colocando em causa amplos segmentos da sociedade civil no acesso aos bens da civilização (IAMAMOTO, 2013).

fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009).

Uma vez nas ruas, os indivíduos vivenciam as expressões mais brutais da contradição capitalista, suportam os mais cruéis preconceitos, personificam os mais ferozes estigmas e passam a ocupar uma posição de absoluto anonimato diante da sociedade, embora tenham a identidade humana e cidadã estampadas em seus corpos.

No tocante do perfil das pessoas em situação de rua, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) é responsável pelo censo da população brasileira, no entanto, por basear-se na unidade domiciliar, exclui o povo da rua. Assim, o primeiro levantamento expressivo acerca dessa parcela populacional foi I Censo e Pesquisa Nacional sobre População em Situação de Rua, realizado pelo MDS³ (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome) no período entre agosto de 2007 e março de 2008.

Contudo, tal levantamento apresenta limitações e, por isso, não pode ser interpretado como um censo nacional. Afinal, ele se ateve a entrevistar apenas pessoas com 18 anos completos, negligenciando o quantitativo de crianças e adolescentes em situação de rua; e a coletar dados em apenas 48 municípios, os quais deveriam possuir mais de 300 mil habitantes, e 23 capitais, das quais foram excluídas São Paulo, Belo Horizonte e Recife (por terem realizado pesquisas semelhantes nos anos anteriores) e Porto Alegre (por estar desenvolvendo, no mesmo período, uma pesquisa similar em parceria com o MDS).

Embora mostre restrições, o levantamento censitário do MDS identificou 31.922 pessoas maiores de 18 anos em situação de rua. Destes, 82% correspondiam a homens, enquanto 18% a mulheres. No que se refere à distribuição por raça/cor, à época, 39,1% das pessoas em situação de rua se reconheceram como pardas, 29,5% como brancas e 27,9% como pretas, enquanto às porcentagens referentes à parcela populacional domiciliada são, respectivamente, 38,4%, 53,7% e 6,2%. Notadamente, havia uma expressiva representatividade de negros (pardos somados a pretos) em situação de rua.

Em se tratando do nível de escolaridade, entre os entrevistados, 74% sabiam ler e escrever, 17,11% não sabiam escrever e 8,3% apenas assinavam seus nomes. Ainda, 95% informou não estudar, 3,8% cursava algum curso – 2,1% correspondendo ao ensino formal e

³ Atual Ministério de Desenvolvimento Social.

1,7% a cursos profissionalizantes.

Dentre os principais motivos que os levaram às ruas, foram apontados o uso de drogas lícitas e ilícitas em 35,5% dos casos; o desemprego em 29,8% e os conflitos familiares em 29,1%. Ao menos um dos três pontos citados estava presente na fala de 71,3% dos entrevistados, é válido lembrar, também, que tais situações podem se apresentar correlacionadas ou uma como consequência da outra.

No que diz respeito à geração de trabalho e renda, uma significativa parcela era composta por trabalhadores que exercem alguma atividade remunerada (70,9%), o que desmistifica concepção do senso comum acerca das pessoas em situação de rua como sendo, em sua totalidade e plenitude, desempregadas. Entre as atividades de renda não contínua, estão, catadores de materiais recicláveis (27,5%), flanelinha (14,1%), construção civil (6,3%), limpeza (4,2%) e carregador/estivador (3,1%). Cabe apontar que a maioria dos entrevistados (58,6%) afirmam ter alguma profissão, entre as mais citadas estão atividades relacionadas à construção civil (27,2%), ao comércio (4,4%), ao trabalho doméstico (4,4%) e à mecânica (4,1%). Apesar disso, apenas 1,9% dos entrevistados afirmaram trabalhar com carteira assinada.

No que se trata de dados recentes, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) realizou, em 2015, a Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil. A partir de dados disponibilizados por 1.924 municípios, de um total de 5.570 em se tratando do território nacional, via o Censo Suas (Censo do Sistema Único de Assistência Social), foi possível contabilizar 101.854 mil pessoas em situação de rua no Brasil.

Notadamente, o Brasil não apresenta dados nacionais oficiais e atualizados entorno da temática. Tal carência é negativa para a compreensão do fenômeno em si e da soma de vulnerabilidades que o envolvem e para a articulação de políticas públicas de fato efetivas. Logo, são urgentes pesquisas atualizadas envolvendo a situação de rua no país e dos sujeitos envolvidos.

3 DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

As políticas sociais⁴ são inerentes à sociedade burguesa, no entanto, elas não surgem juntamente à lógica do Capital, mas a partir do entendimento da questão social como causa da

⁴ Nesse estudo, políticas sociais são entendidas como políticas públicas.

estrutura do Capital. É crucial apontar, também, que as políticas sociais, dentro da sociabilidade capitalista, se configuram com o objetivo de apenas amenizar – e jamais superar – as expressões do sistema, promovendo assim a sua continuidade.

Nessa sequência, apenas no final do século XIX, em alguns países do continente europeu, surgiram as primeiras iniciativas de proteção social, anterior a isso, são marcantes ações caritativas e filantrópicas para amparar os vulneráveis. A Alemanha apresentou o modelo bismarckiano, caracterizado por um sistema de seguros sociais, onde o trabalhador deveria contribuir anteriormente. Enquanto a Inglaterra propôs o modelo beveridgiano, embasado no *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social)⁵.

A proteção social brasileira, emergente na década de 30, fez-se aos moldes contributivos e não universalizantes. No contexto da Ditadura Militar as posições assumidas pelo governo autoritário foram em prol do Capital Internacional, logo, as desigualdades sociais acentuaram-se. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 marca o máximo avanço com relação à afirmação de direitos no território brasileiro. Consta no Art. 3º do texto constitucional que são objetivos da nação,

[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Nesse momento, a proteção social brasileira passa a visar atenuar as desigualdades e corresponder às necessidades essenciais da população, alicerçada na Seguridade Social, composta pela tríade das políticas voltadas à Saúde, à Assistência Social e à Previdência Social. A Saúde está voltada à universalidade do atendimento; a Assistência Social fundamenta-se no acesso a programas e serviços a todos que deles precisarem; e a Previdência Social está articulada, mediante contribuição prévia, na proteção à maternidade e ao desemprego. Vale ressaltar o fato de

Ainda que incapazes de instituir a plena igualdade de condições no capitalismo, as políticas sociais podem construir uma via para a redução das desigualdades sociais, desde que assumidas pública e institucionalmente como sistemas legais e legítimos

⁵ Trata-se de manter um padrão mínimo de vida para todos os cidadãos, como questão de direito social, através de um conjunto de serviços provisionados pelo Estado, em dinheiro ou em espécie (Cf. SILVA, 2004).

de garantia de direitos e não apenas como programas focalizados de combate à pobreza extrema (BOSCHETTI, 2004, p 113).

Todavia, com a histórica emergência do neoliberalismo no Brasil, há uma contradição fundamental. Enquanto a Constituição Federal de 1988 amplia a participação do Estado no que se refere às políticas sociais, o modelo que vigorava propõe um orçamento reduzido para a área social. Políticas sociais no Brasil têm sido marcadas pela prevalência da lógica neoliberal em detrimento da perspectiva universalizante (SILVA, 2009, p. 175).

Tendo em vista que não possui dados concretos acerca do quantitativo de pessoas em situação de rua no Brasil limita a criação e aplicabilidade de políticas públicas efetivas às reais necessidades desses sujeitos, o Governo Federal em parceria ao MDS, em 2005, promoveu o I Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua, com o intuito de levantar propostas e estabelecer desafios e estratégias, visando a construção de políticas sociais que contemplem tal parcela da sociedade. Através da Lei nº 11.258 de 30 de dezembro de 2005, foi acrescentado um parágrafo único ao art. 23 da Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), o qual garantiu o serviço de atendimento às pessoas que vivem em situação de rua.

Em seguida, em maio de 2008, foi construída a Política Nacional para a Inclusão Social da População em Situação de Rua como forma de orientar a construção e execução de políticas públicas voltadas a este segmento da sociedade. E, finalmente, após o II Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua, é instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, Lei nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009, a qual fundamentou princípios, diretrizes e objetivos que visam a promoção da inclusão social plena às pessoas em situação de rua. Perante tal política, cabe destaque aos seus princípios,

Art. 5º São princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade: I – respeito à dignidade da pessoa humana; II – direito à convivência familiar e comunitária; III – valorização e respeito à vida e à cidadania; IV – atendimento humanizado e universalizado; e V – respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

No que corresponde à Assistência Social, o SUAS (Sistema Único de Assistência Social/2011) é responsável por materializar a Assistência, tendo como princípios

organizativos a universalidade, gratuidade, integralidade, intersetorialidade e equidade, para, assim, promover direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Em se tratando de população em situação de rua, é coerente se ater a Proteção Social Especial de Média Complexidade, tendo em vista a situação social de risco e os direitos já violados. Os sujeitos em questão têm como direção os Centros POP (Centros de Referência Especializado em População em Situação de Rua), o qual a priori assume o compromisso de suprir as necessidades primeiras do povo da rua, possibilitando a higienização pessoal, alimentação e provisão de documentação civil. A posteriori, considerando a subjetividade dos sujeitos, são realizadas orientações e encaminhamentos para os demais serviços socioassistenciais e políticas públicas, os quais possam viabilizar autonomia, inserção social e proteção às violações. Por fim, as atividades estruturantes do centro têm por finalidade assegurar a sociabilidade, estimular o fortalecimento de vínculos interpessoais e familiares, e impulsionar a construção de novos projetos de vida.

4 DESMONTE DOS DIREITOS SOCIAIS

A década de 70 marcou a reestruturação, de cunho conservador, do sistema teórico e político vigente no Brasil. A partir das crises cíclicas, próprias da sociabilidade capitalista, o liberalismo econômico se reinventou, materializando os ideais neoliberais. Teoricamente, agora, a intervenção financeira estatal seria mínima, afinal, o mercado livre se autorregularia, a estabilidade financeira passa a ser prioritária e a alternativa apontada é a redução dos investimentos⁶ sociais, “sob essa ótica, negam-se as políticas universais, apostando-se nas políticas seletivas, residuais” (SILVA, 2009, p. 173).

Concretamente, as facetas da estrutura neoliberal são extremamente negativas para a massa populacional. Ao passo que esse modelo mostrou seu esgotamento no plano econômico – marcado pela persistência dos desequilíbrios macroeconômicos –, houve a radicalização da concentração de renda, o aumento do desemprego e subemprego, empobrecimento da população e maximização do pauperismo e, somado a isso, o refreamento dos direitos sociais historicamente conquistados, como cortes nas políticas públicas.

Frente às crises do Capital financeiro, com relação população em situação de rua, especificamente com relação ao desemprego e subemprego

⁶ Investimentos vistos pelo mercado financeiro como “gastos” desnecessários.

Essa reação é mais forte ou mais frágil dependendo das condições econômicas, sócio-históricas e da correlação de forças entre as classes sociais. Desse modo, o fenômeno população em situação de rua é uma expressão inconteste das desigualdades sociais resultantes das relações sociais capitalistas, que se processam a partir do eixo capital/trabalho (SILVA, 2009, p. 115).

No cenário contemporâneo, dada a fragilidade da geração de trabalho e renda no contexto de crise, a população carece de políticas públicas cada vez mais efetivas, no entanto, a reação neoliberal é o corte dos investimentos de cunho social.

O CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social), por meio da resolução nº12, de 19 de julho de 2017, aprovou a Proposta Orçamentária da Assistência Social para o exercício de 2018 no valor total de R\$ 59.070.067.715,00 (cinquenta e nove bilhões, setenta milhões, sessenta e sete mil, setecentos e quinze reais). No que se refere especificamente a população em situação de rua, a verba destinada ao Serviço de Proteção Social Especial de Média Complexidade deveria corresponder a R\$ 536.260.440,00 (quinhentos e trinta e seis milhões, duzentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta reais). Ainda, o orçamento proposto para a Estruturação da Rede de Serviços de Proteção Social Especial foi relativo à R\$9.064.000,00 (nove milhões, sessenta e quatro mil reais).

No entanto, a Proposta Orçamentária, referente a 2018, apresentada pelo Governo Federal no tocante da Assistência Social destoou significativamente do que foi estabelecido pelo CNAS. Aos Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade será destinado apenas o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), enquanto para a Estruturação da Rede de Serviços de Proteção Social Especial a quantia será somente de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Logo, de acordo com os dados apresentados anteriormente, é certo afirmar, para o ano de 2018, no que diz respeito à Proposta Orçamentária da Assistência Social e à Proposta Orçamentária do Governo Federal, haverá o corte de 99,9% nos recursos destinados Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade e o corte de 97,8% da verba direcionada para a Estruturação da Rede de Serviços de Proteção Social Especial. Desse modo, está posto um cenário de completo desmonte da Assistência Social, estando em foco aqui, os serviços, programas e projetos destinados à população em situação de rua.

Ao passo que Assistência Social materializa direitos sociais constitucionalmente previstos, cortes expressivos no orçamento dessa política pública inviabilizam a concretização

de ações e atividades efetivas àqueles que delas necessitam. Assim, de forma nítida, está expressa a faceta neoliberal que reduz a participação estatal frente à necessidade de suprir as carências básicas da população.

Focalizando o debate no entorno da população em situação de rua, a Assistência Social configura um enérgico avanço no acesso a direitos. Uma vez que a Assistência está submetida aos cortes supracitados, está em curso a destruturação da sua lógica teórica e metodológica. Ou seja, objetivamente, será ferozmente reprimida a prestação de serviços comprometidos com os anseios primeiros da parcela social em questão, como a higienização pessoal, alimentação e provisão de documentação civil. Para além disso, e ainda mais grave, serão inexecutáveis, práticas estruturantes, as quais promovem a sociabilidade dos sujeitos, fortalecimento de vínculos interpessoais e familiares, e a construção de novos projetos de vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é coerente afirmar que as contradições e negações próprias do sistema socioeconômico vigente se apresentam como causa primeira da situação de rua no Brasil. Logo, é necessário o debate coletivo acerca da questão social, objetivando compreendê-la e identificar suas expressões na sociedade, e mais, em prol da não naturalização do fenômeno e seus desdobramentos.

Indubitavelmente, a ausência de dados nacionais oficiais e atualizados sobre a temática comprometem significativamente o entendimento fenômeno e a articulação de políticas públicas efetivas e caminhos que objetivem a sua superação. Assim, é urgente o levantamento de dados e estudos oficiais no tocante da situação de rua no país e da subjetividade dos sujeitos envolvidos.

Em se tratando de direitos, a partir da retomada da historiografia brasileira, é sabido que a parcela populacional em questão possui direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988. No entanto, é preciso promover o real alcance desses direitos, e mais, é preciso viabilizar o acesso a direitos que de fato supram as necessidades e especificidades desse povo.

No que refere a políticas públicas para os sujeitos em questão, perante a hegemonia neoliberal e o desmonte de direitos básicos, o resultado é a prestação de serviços de forma fragmentada e não eficaz em sua plenitude. Por isso, gozando dos termos do Estado Democrático de Direito, articulações da sociedade civil devem buscar caminhos e estratégias para combater implacavelmente o desmonte dos direitos sociais.

Para a população em situação de rua o foco deve ser em garantir o atendimento das necessidades primárias dessa população e, em seguida, baseado nas carências dos sujeitos, promover serviços, programas e projetos estruturantes. Questões como a caridade, filantropia e opressão o Estado, tendem a serem acentuadas em contextos de crise e a situação de rua requer o enfrentamento social desses pontos, atentando para as necessidades do povo da rua e a responsabilidade estatal de políticas sociais universais.

REFERÊNCIAS

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação*.

2009. Disponível em:

<http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Conselho Nacional de Assistência Social.

Proposta orçamentária da assistência social. Brasília, 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação nacional dos serviços socioassistenciais**. Brasília, 2009.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**. Brasília, 2008.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Norma operacional básica NOB – SUAS**. Brasília, 2012.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Brasília, 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de orçamento federal. **Orçamentos da União exercício financeiro 2018**. Volume II. Brasília, 2017.

IAMAMOTO, Marilda Villela. O brasil das desigualdades: “questão social”, trabalho e relações sociais. **SER Social**, Brasília, v.15, n. 33, p261-384, jul. / dez. 2013. Disponível em: < http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/9520/7600>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Capital fetiche, questão social e serviço social. **O serviço social em tempo de capital fetiche: capital financeiro, trabalho e questão social**. São Paulo: Cortez, 2015. P 105-208.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. **Trabalho e população em situação de rua no brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.

BLASTING SOCIAL RIGHTS: CHALLENGES TO STATIONS IN POPULATION STREET SITUATION IN BRAZIL

ABSTRACT

This article aims to discuss the population living on the streets in Brazil. In addition to the logic of Capital, founded in inequalities were highlighted rights that ensure the people of the street, showing the national public policies, and finally, the challenges were pointed put to the population parcel in question before the Current political, economic and social situation, marked by the advance of neoliberal principles and the dismantling of social rights historically achieved. Therefore, the study was based on bibliographical and documentary research.

Keywords: Homeless population. Social rights. Public policy. Dismantling of social rights.



DOS EFEITOS DAS PENAS NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Daniel Damasceno Leitão¹

RESUMO

O presente trabalho investiga o poder de dissuasão das penas nos chamados crimes do colarinho branco à luz da Análise Econômica do Direito, para qual a avaliação dos custos e benefícios do crime é uma peça fundamental na tomada da decisão criminoso. A Operação Lava-Jato surge como caso paradigmático para o estudo das alternativas penais que têm causado maior efeito dissuasório nos condenados. Conclui-se que a pena privativa de liberdade, embora tenha considerável força desencorajadora, não é capaz de por si só desestimular a prática de tais delitos, pois seus proventos se encontram na esfera patrimonial.

Palavras-chaves: Crimes do colarinho branco. Criminologia. Análise econômica do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta atualmente uma das maiores crises políticas de sua história com os desdobramentos da Operação Lava-Jato, a qual tem exposto o conluio entre políticos e

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

empresários com o objetivo principal de desviar bilhões de reais dos cofres públicos, promovendo o enriquecimento ilícito de particulares e mantendo autoridades públicas no controle do poder político do Estado.

Iniciada a partir de uma investigação de lavagem de dinheiro em um posto de gasolina com lavagem de carros em Brasília (daí o nome da operação), ativos rastreados chegariam a uma compra de uma refinaria de petróleo em Pasadena, EUA, pela Petrobrás – companhia pública brasileira monopolizadora da extração, refinação e distribuição de petróleo no País –, cujos prejuízos milionários para a empresa foram o começo do dismantelamento de um gigantesco esquema de corrupção e pagamento de propina estatal.

O custo financeiro desses crimes é provavelmente diversas vezes maior do que de todos os outros delitos comumente rotulados de “problemas da criminalidade” (SUTHERLAND, 1940, p. 4), muito embora isso não signifique que aqueles detêm maior atenção e preocupação por parte da comunidade política e das autoridades públicas locais. No entanto, se historicamente esses agentes gozavam de certa imunidade processual penal devido à posição de poder que ostentam, é memorável que uma operação dessa magnitude tenha quebrado paradigmas ao perseguir membros das classes mais altas da sociedade brasileira.

Nesse sentido, urge um estudo mais aprofundado dos chamados crimes do colarinho branco, não somente pelo seu aspecto criminológico, dado as causas de sua ocorrência, mas também econômico, com o fim de averiguar quais penas seriam mais eficientes para desestimular os indivíduos a se dedicarem a essa prática delituosa. Isso se dá porque uma aproximação entre essas ciências permite buscar conclusões precisas sobre as consequências das decisões judiciais nas escolhas individuais.

Com isso, Richard Allen Posner (1980), precursor da Análise Econômica do Direito, vai afirmar que as penalidades ideais para combater os criminosos de colarinho branco são as pecuniárias. No entanto, é preciso antes confrontar tal assertiva com a experiência forense, a partir do estudo de dados concretos, a fim de verificar a validade jurídica dessa tese.

Para alcançar tal fim, cumpre, primeiramente, definir o conceito de crime do colarinho branco (seção 2), estudando o tratamento dispensado pela criminologia a esse delito (subseção 2.1). Sintetizadas as principais causas dessa delinquência, será possível delinear quais os principais objetivos de uma teoria econômica do Direito Penal (seção 3), para em seguida avaliar, por meio do método hipotético-dedutivo, as penas que terão maior efeito dissuasório no comportamento dos agentes que se dedicam a essa prática criminosa (subseção 3.1). Finalmente, após analisar suas especificidades (subseção 3.2), se mostra imperioso

estudar os resultados da Operação Lava-Jato (seção 4) para somente então arrematar quais mecanismos são mais eficazes no combate a esses tipos penais (subseção 4.1).

O objetivo deste trabalho é muito menos de desvendar as reais causas dessa modalidade criminosa – apesar de seu estudo não ser negligenciado – do que encontrar mecanismos eficazes de desencorajamento, isso porque a punição aqui tem um caráter muito mais persuasivo do que nos crimes tradicionais, notadamente pela qualificação intelectual do seu autor. Afinal, se há um debate sobre as causas dos delitos, deve haver também um acerca da eficiência das penas aplicadas a eles.

2 OS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

A expressão *white-collar crimes* (crimes do colarinho branco) foi cunhada pela primeira vez pelo norte-americano Edwin Hardin Sutherland (1940) em um ensaio publicado na revista *American Sociological Review*. O sociólogo deu “ênfase à posição social dos criminosos (que seria o fator determinante do seu tratamento diferenciado), e trouxe para o campo científico o estudo do comportamento de empresários, homens de negócios e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria” (VERAS, 2010, p. 35). Do ponto de vista metodológico, o rigor científico desse termo está amparado mais na peculiaridade do ato e no objetivo de seu comportamento do que no fato de o autor gozar de elevada respeitabilidade social (TORON, 1999, p. 76).

Em seu trabalho, Sutherland (1983, p. 07) definiu esse crime aproximadamente como aquele cometido por “uma pessoa de respeito e status social elevado no exercício de sua ocupação”. Para Hermann Mannheim (1984, p. 724), cinco são os elementos constitutivos dos crimes do colarinho branco proposto por Sutherland: i) um crime; ii) praticado por pessoas respeitáveis; iii) com elevada estatura social; iv) no exercício de sua profissão. Acrescenta-se, geralmente, uma violação de confiança.

O primeiro componente não implica maiores explicações, visto que a definição jurídica de crime é pacífica na doutrina – salvo raras exceções – como um fato típico, ilícito e culpável. Todavia, Mannheim (1984, p. 725) critica tanto o segundo quanto o terceiro elemento dado sua imprecisão, dificultando o trabalho do criminólogo na observação de um objeto científico com vaga definição. É certo que essas características tem um valor informativo, qualificando o perfil do delinquente.

Por sua vez, Richard Posner (1980, p. 409) vai além ao conceituar esse delito como uma violação de confiança praticada por indivíduos ou corporações *sem o uso de violência*.² Aqui surge um aspecto diferenciador e fundamental não apontado por Sutherland: a ausência da violência. Realmente, os crimes de colarinho branco são cometidos sem a utilização de força física, senão de forma contingente para o acobertamento de crimes antecedentes, visto que na maioria dos casos não há uma vítima direta. Por isso, enfrentam menor reação da sociedade em comparação àqueles que geralmente são praticados mediante violência ou grave ameaça pelas classes mais baixas.

A relativa desorganização na reação social pode ser explicada pelos seguintes motivos: a) a difusão dos efeitos do crime, os quais não são sentidos imediatamente pelas vítimas; b) o inexpressivo papel dos meios de comunicação de massa em valorar negativamente essas condutas e expor publicamente os seus praticantes,³ em parte porque são fatos complexos e de difícil apresentação jornalística, mas sobretudo porque os jornais pertencem geralmente a homens de negócios responsáveis por ilícitos análogos; e c) o anacronismo legislativo, que não acompanha as evoluções econômicas e tecnológicas ocorridas no seio da sociedade (TORON, 1999, p. 77).

De forma oposta aos crimes tradicionais, que são cometidos em grande parte por pessoas de baixa renda, sem a mínima influência social, especialmente contra o patrimônio e a integridade física dos mais ricos, os crimes do colarinho branco se caracterizam pela “fragilidade de suas vítimas, na maioria das vezes coletividades desorganizadas e desprovidas de conhecimentos técnicos específicos ou titulares de interesses difusos (indetermináveis), tais como consumidores e investidores, e até mesmo todos os indivíduos enquanto membros da sociedade” (VERAS, 2010, p. 39). Isso dificulta a repressão desse tipo de criminalidade, especialmente porque exige um maior domínio em diversas áreas, desde a informática à contabilidade.

2.1 A teoria da associação diferencial

² Posner também critica o quarto componente proposto, afirmando não estar englobada a sonegação fiscal dentro do conceito de atividade profissional – com o que não concordamos.

³ Os meios jornalísticos apresentam uma função relevante no combate a esses crimes, uma vez que a posição de elevada respeitabilidade de homens poderosos é perdida quando seus nomes são vinculados a processos criminais. A execração pública afeta diretamente a sua alta reputação perante a sociedade, amigos e familiares, o que interfere nas suas objeções de consciência quanto à prática delituosa.

As teorias tradicionais da criminologia não eram capazes de explicar por que pessoas de elevada estatura social cometiam crimes, fazendo com que Sutherland elaborasse uma nova teoria.⁴ Segundo ela, a criminalidade é aprendida, direta ou indiretamente pelo contato com aqueles que já praticaram esse comportamento desviante. Então, uma pessoa se tornaria criminosa a depender da frequência e intimidade que entrasse em contato com os obedientes à lei e os transgressores dela (SUTHERLAND, 1940, p. 10-11). Ou seja, tanto mais o indivíduo entre em contato com grupos criminosos, mais ele estará propenso a delinquir, como uma mimese – teoria baseada no processo de aprendizagem ou imitação.

Com isso, a associação diferencial culmina no crime porque a comunidade não está solidamente organizada contra esse tipo de comportamento criminoso. Enquanto a lei pressiona em uma direção, outras forças estão pressionando no sentido oposto. As “regras do jogo” entram em conflito com as normas da lei. (SUTHERLAND, 1940, p. 11). Dessa forma, um homem de negócios que obedece à lei é ultrapassado por seus competidores que desobedecem, sendo compelido a adotar seus métodos ilegais para ganhar competitividade.⁵ Nesse sentido, o sujeito vai “assimilando os valores do meio em que se desenvolve sua atividade profissional, até o ponto de assumi-los completamente. A difusão de condutas fraudulentas pode chegar a ser norma dentro de uma determinada atividade que as apresenta como necessárias, louváveis e, inclusive, justas” (TORON, 1999, p. 78).

Então, se o processo de aprendizagem pressupõe um ato cognitivo de aceitação da ideia assimilada, ou seja, uma atitude racional diante do objeto incorporado, o qual será imediatamente rechaçado se a sua assimilação for desfavorável, significa dizer que a postura do colarinho branco pode ser mais eficazmente desestimulada pelo temor da pena, em comparação a outros crimes. Logo, passível de um estudo econômico.

3 UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

Para a criminologia clássica, a pena se justifica pela culpabilidade do agente, o qual, dotado de livre-arbítrio, escolheu livre e conscientemente violar a lei. Como afirma o seu principal expoente, Cesare Beccaria (2011, p. 80), a pena “deve ser mais forte à medida que o

⁴ Para uma visão crítica dessa teoria, cf. MANNHEIM, 1984, p. 732-738 e 902-904.

⁵ Esse raciocínio influenciou fortemente a chamada Criminologia do Conflito, em especial a teoria da anomia, para qual a estrutura social geraria uma pressão nos seus membros por sucesso e prosperidade sem que houvesse uma pressão em sentido oposto para a utilização de meios lícitos para alcançar tal sucesso. No mesmo sentido, cf. SHECARIA, 2013, p. 184; VERAS, 2010, p. 74-76.

delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas”. Em outras palavras, a punição busca a maximização do bem-estar social por meio de uma progressão da pena correspondente à severidade do delito cometido, sendo quanto mais grave quanto mais promova a destruição da própria sociedade” (BECCARIA, 2011, p. 81).

De fato, a legislação criminal objetiva dissuadir os indivíduos de praticarem determinada conduta, restringindo a liberdade dos agentes de agirem conforme queiram, uma vez que o direito violado é indisponível ou de difícil reparação. Por essa razão, as penas são fixadas para desincentivar os autores a preferirem a realização do ato criminoso apesar da probabilidade de punição (COOTER; ULLEN, 2010, p. 474), já que a mera restituição do dano ocasionado não satisfaz a necessidade de reparação social, pois geralmente é impossível uma indenização perfeita.

Robert Cooter e Ullen Thomas (2010, p. 474) assim esclarecem:

A relação entre a sanção e a psicologia do agente informa o observador se o objetivo da lei é a internalização ou a dissuasão. Quanto mais o comprometimento psicológico do agente aumenta, maior a sanção necessária para dissuadi-lo. Quando o objetivo é a dissuasão, penas mais severas acompanham comprometimentos psicológicos mais intensos com o ato. Por exemplo, a dissuasão exige que um ato deliberado seja punido mais intensamente que o mesmo ato quando realizado espontaneamente. Do mesmo modo, a dissuasão exige uma punição mais intensa para o crime recorrente do que para o primeiro delito.

Diferentemente, o comprometimento psicológico do agente com o ato não afeta o objetivo da responsabilidade civil, posto que a internalização está relacionada aos custos que o agente impõe a terceiros. A internalização não exige que a sanção aumente em proporção ao aumento do comprometimento do agente com o ato, nem que sanções mais fortes sejam aplicadas quando a mesma ação é cometida de maneira deliberada em vez de espontânea, ou recorrente em vez de isolada. Aos indivíduos é lícito agir livremente, desde que reparem o prejuízo causado por suas ações.

3.1 Crime racional e penas eficientes

Com efeito, se as penas têm natureza probabilística, o infrator pode tanto não ser descoberto como não ser condenado depois de pego. Assim, o criminoso racional calculará o

valor esperado pelo crime enquanto cogita a viabilidade do ato criminoso – que é igual ao lucro menos a pena, multiplicado pela probabilidade de ser preso e condenado. É dizer, o fator econômico do delito leva em consideração também a probabilidade da pena a ser aplicada. O agente cometeria então, em condições ideais, o crime desde que o benefício final fosse maior do que a pena esperada (COOTER; ULLEN, 2010, p. 475-476), tendo em vista que “o castigo é o risco profissional do delinquente” (DURKHEIM citado por WEISS, 2013, p. 45).

Logo, é a partir dessa conclusão que surge uma teoria econômica do Direito Penal, com o objetivo de racionalizar a soma dos prejuízos sociais causados pelo crime e o custo para dissuadi-lo (COOTER; ULLEN, 2010, p. 495), questionando como minimizar os efeitos colaterais da criminalidade e desencorajá-la por um sistema de penas eficientes.

Não é somente a certeza da punição, mas também a severidade da pena que dissuade o agente da prática criminosa. O sujeito avesso ao risco⁶ prefere a certeza da pena impotente do que a dúvida da punição imponente. Por isso que penas elevadas com baixa probabilidade de aplicação geralmente são mais eficazes que penas baixas com altas chances de concretização (COOTER; ULLEN, 2010, p. 492). Portanto, a benevolência do legislador ao estipular penas mais brandas pode ser um convite para o indivíduo disposto a assumir os riscos da delinquência (BECCARIA, 2011, p. 80).

Uma teoria econômica do comportamento criminoso afirmará então que o delinquente racional compara os benefícios do crime com a pena esperada imposta pelo sistema judiciário penal antes da tomada da decisão delitiva (COOTER; ULLEN, 2010, p. 495), uma vez que o criminoso racional buscará prever o lucro a ser auferido a partir da internalização dos eventuais custos da empreitada delituosa.

Modernamente, a aplicação da economia ao estudo do crime e da punição foi capitaneada por Gary Becker (1968), para quem que o uso de multas como punição, quando o agente for capaz de pagar, minimizaria o custo social do crime. Seguindo esse raciocínio, Posner (1980, p. 410) sustenta que a cominação de penas pecuniárias é a mais eficiente para os delinquentes de terno-e-gravata porque tanto mantem o poder dissuasório como apresenta um custo menor para a sociedade do que o encarceramento.

Isso se deve ao fato conjunto de o Poder Público lucrar com os valores arrecadados pelas sanções, sem abdicar de seu poder coercitivo, enquanto não despense recursos para proporcionar o aprisionamento do criminoso. “Quando o Estado viola essa regra e prende

⁶ A maioria das pessoas tem aversão ao risco quando há opções de ganho certo, contudo se tornam mais propensas a se arriscar quando todos os cenários lhe são desfavoráveis. É que os indivíduos estão menos ligados ao seu estado atual de riqueza do que com suas perdas e ganhos futuros (KAHNEMAN, 2012, p. 348-352).

alguém com a capacidade de pagar uma multa, teria sido possível economizar o dinheiro do contribuinte e manter o nível de dissuasão constante com a maximização da multa e a redução proporcional da sentença” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 492). Haveria aí um duplo benefício financeiro estatal, uma espécie de transferência econômica reparadora. E tal assertiva não implica discriminar os ricos em relação aos pobres, a não ser que se acredite serem as penas restritivas de liberdade mais severas do que as imposições de multa, o que Posner defende ser uma visão equivocada, do ponto de vista econômico.⁷

De fato, por serem os crimes do colarinho branco não violentos, não haveria, a princípio, a necessidade da segregação social dos autores, visto que estes não representam um perigo físico iminente para a comunidade, satisfazendo assim a multa como única penalidade. Contudo, uma teoria econômica, para ser considerada válida, precisa do confronto da hipótese científica com os dados empíricos colhidos. Certo que todo criminoso é racional,⁸ o colarinho branco está mais propenso a calcular com maior afinco os riscos do crime, devendo a severidade e certeza da punição agir justamente como mecanismo de dissuasão do agente.

Ocorre que o suposto efeito dissuasório da pena não se mostra tão efetivo na experiência forense, apesar de os contra-estímulos penais serem concretos, posto que a aplicação rigorosa da lei penal é impossível de ser alcançada, haja vista a pluralidade de instâncias que se interpõem entre a abstração da norma jurídica na concepção do legislador e sua aplicação no caso concreto (SCHECARIA, 2013, p. 86). Ademais, existem fatores internos e externos, alheios à vontade do agente, que podem influenciar na sua conduta criminosa.

Não obstante, o uso satisfatório da ciência econômica aos crimes do colarinho branco se dá porque o comportamento de seus agentes é muito mais pautado pela racionalidade do que pela necessidade, não somente por seu elevado nível escolar (estima-se que mais de 50% tenha ensino superior completo),⁹ mas também pelo rol de oportunidades que esses indivíduos tiveram à sua disposição, em comparação aos criminosos tradicionais. Esses sujeitos gozam de maior liberdade na sua escolha, pois há menos fatores extrínsecos e intrínsecos viciando a sua conduta, sendo assim possível fazer uma previsão de como agiriam em condições ideais.

⁷ O argumento econômico defende que dinheiro e liberdade devem ser entendidos subjetivamente. Por exemplo, um milionário multado em toda a sua fortuna certamente preferirá o encarceramento do que entregar seus bens, já um sem-teto, que não tem muito a perder, financeiramente falando, provavelmente não.

⁸ Sobre livre-arbítrio vs. determinismo segundo a neurociência, cf. LIBET, 1999, p. 54-56.

⁹ Pesquisa global sobre crimes econômicos 2014 – Brasil: por uma mudança cultural. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/pesquisa-gecs-2014.pdf>>. Acesso em: 21/02/2018. Dentre as principais causas estão: oportunidade, pressão e racionalização dos custos.

3.2 O tratamento diferenciado da lei penal para os criminosos do colarinho branco

Na contramão do que sustentam os partidários da Análise Econômica do Direito, grande parte dos juízes federais norte-americanos experientes em casos dessa natureza, desconsideram a efetividade das penas pecuniárias quando comparadas a outras alternativas penais, isso porque um número considerável de réus está falido no momento da sentença, como também muitos acusados são abastados demais para serem significativamente afetados pelo sistema monetário desatualizado de multas existente nas leis criminais (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 496-497). No entanto, não é apenas isso. Os julgadores tendem a não estar preocupados com a reabilitação ou incapacitação do sujeito e apenas minimamente com a punição no momento da condenação, mas tão somente em dissuadir pessoas em situação similar de agir com igual comportamento (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 482).

De fato, existe uma inconsistência no pensamento desses magistrados, os quais, embora acreditem haver maior dissuasão do encarceramento em relação a outras alternativas penais, nem sempre aplicam a pena restritiva de liberdade na condenação dos réus (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 498). Cinco são os fatores que explicam essa dissonância: a) os objetivos gerais da sentença; b) uma especial sensibilidade do aprisionamento; c) a prevenção de danos a partes inocentes; d) a facilidade de compensação; e) a possibilidade de reparações alternativas (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 486).

Primeiramente, porque o sofrimento da punição é experimentado desde o início da investigação, passando pelo indiciamento e acusação, terminando somente na condenação, cujos efeitos colaterais, além de traumáticos, trazem a perda do emprego, da licença profissional, do *status* na comunidade, o que completaria satisfatoriamente o poder punitivo estatal na visão de muitos magistrados (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 483). Não é à toa que, muitas vezes, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o investigado já é taxado publicamente como culpado. Assim, os julgadores acreditam que o autor já foi punido o suficiente durante o processo criminal, não sendo mais necessário a aplicação de sanções adicionais (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 486).

Um segundo fator é a sensibilidade pelo encarceramento dos colarinhos brancos, vez que estes não representam, em tese, uma ameaça física para a sociedade, bem como na

maioria das vezes são réus primários e de alto nível escolar, com ensino superior concluído.¹⁰ Tais atos não são coibidos com o mesmo rigor dispensado a outros delitos patrimoniais, já que não haveria a necessidade de ressocializar tais delinquentes, pois eles nunca estiveram dessocializados (SCHECARIA, 2013, p. 177-178). Nessa perspectiva, o sistema prisional é muito menos doloroso para aqueles que esperam o confinamento como risco da criminalidade do que para aqueles desabituaados com esse ambiente.

Daí decorre outro aspecto relevante: a prevenção de injúria a partes inocentes; a crença de que os efeitos da sanção devem ser individuais, sem causar danos colaterais à família, aos negócios e à comunidade em geral, que poderá ficar sem a disponibilidade de empregos, produtos e serviços (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 490). Como já havia notado Sutherland (1983, p. 69-70), os juízes se sensibilizam mais com esses agentes, pois estão geralmente na mesma classe social, colocando-se no lugar do acriminado a fim de buscar minimizar os efeitos da sentença. A condição de homem de poder inspira certa admiração e temor por parte das pessoas, inclusive entre os magistrados, os quais partilham do mesmo prestígio social e podem precisar futuramente de favores para ascender na carreira. Há, pois, uma tensão entre os responsáveis pelo sistema penal e os que detêm o poder econômico.¹¹

Além disso, a capacidade dos réus em restituir suas vítimas soma mais uma razão para os julgadores não adotarem sentenças privativas de liberdade. Quando uma restituição depende da continuação do emprego do ofensor, um termo de prisão eliminaria uma potencial contribuição ao conjunto de vítimas tanto quanto eliminaria a contribuição do ofensor à família, aos sócios, aos empregados e à sociedade como um todo (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 491).

Em último lugar, por meio de serviços comunitários, o pagamento pelo dano causado é feito para a sociedade em geral do que uma vítima especificamente definida. A noção de que a comunidade ofendida como um todo pelas faltas do agressor pode ser recompensada é fundamental para a compreensão do conceito de reparação em vez de encarceramento (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 492). Não haveria a necessidade do aprisionamento do ofensor se existem mecanismos mais adequados e eficazes para reparar o dano,

¹⁰ A maior escolaridade dos *white-collar* poderia ser motivo de maior reprovação penal, mas jamais de privilégio.

¹¹ Essa empatia e solidariedade pelo acusado denuncia um tratamento desigual e discriminatório no âmbito criminal, reforçando o argumento da Criminologia Crítica de que todo o sistema penal é apenas um mecanismo de controle e opressão das classes sociais mais baixas e excluídas pelos grupos de poder com o fim de perpetuar a ineficiência e a seletividade no combate à criminalidade (VERAS, 2010, p. 174-178).

abandonando-se as sanções penais em favor de responsabilizações civis e administrativas, posto que os prejudicados estão mais interessados na reparação do prejuízo ocasionado do que em ver os infratores efetivamente punidos. Então, a contribuição que o réu poderia fazer para a sociedade reclamaria penas alternativas à prisão, vez que esta última em nada beneficia o bem-estar geral caso fosse aplicada. Aqui os magistrados encontram tanto dissuasão quanto reparação (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 494).

Todos esses fatores convergem para que a classe jurídica não puna da mesma forma os crimes do colarinho branco, ainda que suas consequências possam ser muito mais lesivas à sociedade, atingindo difusamente um maior número de pessoas e produzindo lesões a várias vítimas (SCHECARIA, 2013, p. 178), o que contribui para a ineficácia no combate a essa criminalidade sofisticada. Nesse cenário, é difícil falar em dissuasão ideal, quando há uma mentalidade conivente ou, no mínimo, mais tolerante com determinada classe de criminosos, tornando inócuo o efeito dissuasório da pena, cujo valor é meramente simbólico ou reparatório, como nos ilícitos civis.

4 A OPERAÇÃO LAVA-JATO

O histórico de impunidade em relação aos crimes praticados pelas classes mais poderosas pode ser explicado, em parte, por sua participação na elaboração e aprovação das leis penais. O poder de legislar em causa própria tem o condão de dificultar a criação de mecanismos eficazes para o combate dessa criminalidade, dando espaço para o surgimento do fenômeno denominado de legislação simbólica, no qual tipos penais são criados somente com o objetivo de saciar o desejo da população por tipificação legal de condutas consideradas reprováveis, sem qualquer expectativa real de efetividade.¹²

No Brasil, havia uma tendência para que as sanções fossem aplicadas no mínimo aos criminosos das classes mais abastadas, já que sua conduta social, antecedentes e personalidade eram favoráveis (GONÇALVES, 2006, p. 3), privilegiando assim penas pecuniárias em vez de pessoais (SCHECARIA, 2013, p. 177). Entretanto, a sociedade civil brasileira tem se organizado para maior rigor no combate a esses crimes, sobretudo de corrupção, por meio de protestos, passeatas, mobilizações virtuais e projetos de iniciativa

¹² Sobre o tema, cf. NEVES, 2006, p. 31 e ss.

popular, o que refletiu em maior preocupação da parte de juízes, promotores e inclusive das autoridades políticas na repressão desse tipo de criminalidade.

Por consequência, foram promulgadas a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2015) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2015), cujos parâmetros estabelecidos foram fundamentais para o firmamento dos acordos de colaboração premiada na Operação Lava-Jato, ao disciplinar os benefícios os quais os delatores poderiam gozar caso colaborassem com a Justiça. Segundo dados do sítio eletrônico do Ministério Público Federal,¹³ a Operação já realizou até o momento mais de 200 (duzentas) prisões cautelares, dentre preventivas e temporárias, e firmou mais de 270 (duzentos e setenta) acordos de colaboração premiada, nas diferentes instâncias do Poder Judiciário, em pouco mais de 3 (três) anos de investigações. O resultado é o pedido total de ressarcimento no valor de 38 (trinta e oito) bilhões de reais, incluindo multas a serem aplicadas, dos quais já foram recuperados aproximadamente 4 (quatro) bilhões de reais.

É interessante perceber, nesse aspecto, o papel crucial que as prisões cautelares têm desempenhado na efetivação dos acordos de delação premiada. Esse fato é empiricamente comprovado pelo número de delações que se sucederam imediatamente à segregação preventiva do investigado, corroborando – ao contrário da filosofia adotada pelos juízes federais norte-americanos – que penas mais dolorosas são muitas vezes as mais eficazes. Sem esse poder de coerção estatal, dificilmente teria sido possível avançar tanto nas investigações, as quais se têm desenvolvido com base no compartilhamento de informações pelos integrantes das organizações criminosas. É evidente, portanto, o poder dissuasório que o encarceramento exerce sobre os criminosos do colarinho branco, visto que esse tipo de punição lhe parece vexatória e humilhante, ainda mais por retirar-lhes do conforto de suas luxuosas habitações.

Nos casos mais graves, como do empresário Marcelo Odebrecht e do ex-deputado federal Eduardo Cunha, as penalidades pecuniárias limitaram-se a módicos 150 (cento e cinquenta) dias-multa, menos da metade do valor máximo estabelecido no *caput* do art. 49 do Código Penal brasileiro, que é de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.¹⁴ Em contrapartida, a perda dos bens como efeito genérico da condenação, nos termos da alínea *b*, inciso II, art. 91 do Código Penal, foi uma sanção que se impôs aos condenados, com o objetivo único de retirar dos agentes o proveito dos produtos adquiridos mediante a prática criminosa, em uma nítida aplicação dos ensinamentos da Análise Econômica do Direito. A divergência se deu,

¹³ Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>>. Acesso em: 19/08/2017.

¹⁴ A quantia é calculada com base no salário-mínimo vigente, cujo valor pode ser multiplicado em até 5 (cinco) vezes, conforme o disposto no § 1º do referido artigo.

contudo, na forma de como melhor aplicar a economia ao direito penal, se pela utilização de multas ou pelo confisco de bens.

4.1 Desencorajando os crimes do colarinho branco

Quando a pena esperada pelos infratores está abaixo da restituição perfeita – isto é, o custo do dano causado pela infração penal –, seja porque nem a totalidade dos recursos desviados será recuperado, nem o tempo de cumprimento da pena carcerária será demasiadamente longo comparado à gravidade do delito, não há que se falar em dissuasão, pois a punição real é inferior àquela calculada pelo agente.

Outrossim, um indivíduo condenado somente a uma pena privativa de liberdade não estará perfeitamente dissuadido a não retornar à prática delituosa, tampouco o apenado exclusivamente ao pagamento de multa. Primeiro porque o encarceramento, por si só, não alcança os produtos do delito, os quais podem ser transmitidos para seus sucessores e companheiros – compensando a prática criminosa para as gerações futuras. Em segundo lugar, a letargia processual permite ao sujeito se desfazer do seu patrimônio pessoal antes da sobrevinda da sentença penal condenatória, transferindo seus bens para terceiros, a fim de que não sejam alcançados por medidas cautelares. Também o uso frequente de “laranjas” pode inviabilizar a aplicação de penas pecuniárias, tendo em vista que as quantias desviadas se encontrarão com terceiros que não o denunciado, de forma a frustrar a recuperação desses ativos devido ao desconhecimento de sua localização.

Tanto as penas privativas de liberdade quanto as multas quando aplicadas isoladamente são ineficientes para dissuadir os agentes de praticar tais crimes, porque não conseguem englobar sozinhas todas as nuances do delito.¹⁵ Como argumenta Sérgio Fernando Moro (2010, p. 14-15), não basta a privação da liberdade do criminoso para prevenir esses tipos de crimes, mas sim o confisco dos ganhos decorrentes da atividade delituosa, ou seja, a prisão e o sequestro dos bens do agente são complementares e não excludentes entre si. Por isso, a pena ideal seria aquela em que houvesse cárcere – ou serviço comunitário, a depender da gravidade do caso e da culpabilidade do agente –, cumulado à apreensão dos produtos do ilícito penal, de modo a tornar improvável a compensação da empreitada criminosa.

¹⁵Analogamente, se o devedor de alimentos pudesse substituir parcelas de sua dívida pela prisão civil, que é limitada pelo Código de Processo Civil brasileiro a até 3 (três) meses, ele certamente o faria, pois implicaria em uma troca muitas vezes vantajosa.

Embora o dispositivo do art. 49 do Código Criminal estabeleça valores ínfimos de multa, como também o art. 33 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional ou do Colarinho Branco¹⁶ (Lei 7.492/1986) – o qual pelo menos permite a extensão desta importância em até 10 (dez) vezes –, quando comparado ao montante nominal das transações ilegais, o sistema monetário defasado das leis criminais torna problemático o uso isolado de sanções pecuniárias, confirmando que quando multas são aplicadas em conjunto a outra penalidade é geralmente esta última a sanção com o maior efeito desencorajador (MANN; WHEELER; SARAT, 1980, p. 498). Resta então se utilizar os mecanismos processuais acautelatórios para assegurar a expropriação dos bens provenientes de origem ilícita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O argumento econômico trazido por Posner, embora não esteja totalmente correto, apresenta uma crítica jurídica válida ao demonstrar que um fator decisivo para o crime é o objetivo de maximizar os lucros e reduzir os prejuízos, analisando o agente, antes de perpetrar a ação criminosa, os custos e benefícios em face da penalidade esperada caso seja condenado. Assim, ainda que as penas pecuniárias não tenham um poder desencorajador quando aplicadas isoladamente, elas podem ter importante função ao produzir efeitos inalcançáveis pela pena restritiva de liberdade, notadamente o patrimônio do agente, agindo, pois, de forma complementar a esta.

A Operação Lava-Jato tem ido nessa direção, uma vez que as sentenças condenatórias estão cominando, além de pena privativa de liberdade, sanções patrimoniais, com o fito de não somente confiscar os bens do infrator, mas também de ressarcir indiretamente os valores desviados, os quais dificilmente seriam recuperados por outro meio.

Certamente, essa estratégia criminal garantirá maior eficácia às penas aplicadas, influenciando na tomada de decisão de futuros criminosos. É preciso, no entanto, mudar a mentalidade estritamente carcerária dos juízes brasileiros em geral, que confiam sobremaneira no poder dissuasório e expiatório do confinamento social, no sentido de buscar alternativas penais mais eficazes, mais humanas e, especialmente, mais econômicas para o Estado. Afinal, à medida em que for dispensado aos criminosos do colarinho branco um tratamento igual aos

¹⁶ Corroborando a ideia da legislação simbólica, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2006, p. 5-7) demonstra como essa Lei do Colarinho Branco foi efetivamente elaborada para não funcionar, desde a má redação dos tipos penais aos privilégios de classe garantidos aos criminosos abastados.

infratores comuns, com o uso dos meios adequados para alcançar tal fim, provavelmente haverá uma redução significativa daquela criminalidade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Exame necroscópico da lei do colarinho branco. *In*: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). **Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos da Lei n. 7.492/1986**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2012.

LIBET, Benjamin. Do we have free will? **Journal of Consciousness Studies**, Cincinnati, v. 6, p. 47-57, 1999.

MANN, Kenneth; WHEELER, Stanton; SARAT, Austin. Sentencing the white-collar offender. **American Criminal Law Review**, Yale, v. 17, p. 479-500, 1980.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. 2 vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

POSNER, Richard A. Optimal sentences for white-collar criminals. **American Criminal Law Review**, Chicago, v. 17, p. 409-418, 1980.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version**. Yale: Yale University Press, 1983.

_____. White collar criminality. **American Sociological Review**, Washington D.C., v. 5, n. 1, p. 1-12, feb., 1940.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 73-84, out./dez., 1999.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova criminologia dos crimes do colarinho branco**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEISS, Raquel. Sociologia e direito na teoria durkheimiana. *In*: RODRÍGUEZ, José Rodrigo e SILVA, Felipe Gonçalves (Coord.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

THE EFFECTS OF PENALTIES ON WHITE COLLAR CRIMES: AN ECONOMIC ANALYSIS OF OPERATION CAR WASH

ABSTRACT

This work intent to investigate the deterrence power of penalties in the so-called white-collar crimes. For the Economic Analysis of Law, an assessment of the costs and benefits of crime is a key role in criminal decision making, thus the study of the most dissuasive criminal alternatives is indispensable for the repression of criminality. So,

Operation Car Wash appears as a paradigmatic case to draw conclusions of the defendants reaction. It is concluded that deprivation of liberty has a considerable function, although its incapacity of inhibiting on its own a practice of such crimes without the persecution of patrimonial earnings.

Keywords: White-Collar Crimes; Criminology; Economic Analysis of Law.



EFETIVAÇÃO DO PLURALISMO NO DIÁLOGO ENTRE REALIDADE ESCOLAR E SOCIAL

Alan Victor Neres Paixão¹

RESUMO

Este artigo busca revelar um caminho pelo qual os agentes educacionais devem seguir para a efetivação da ideia de pluralismo na prática pedagógica, ao tempo que tece algumas críticas sobre os rumos tomados por alguns destes agentes. Inicia-se com um levantamento teórico da ideia geral de pluralismo, suas principais nuances e áreas de incidência, extraindo todos os conceitos da legislação nacional atinentes ao tema. Feito isso, todo apanhado teórico e normativo é apresentado à realidade atual, revelando uma dissonância entre o dever ser e o ser. Por fim, o trabalho apresenta uma alternativa que defende dever ser seguida pelos agentes da educação escolar brasileira.

Palavras-chave: Pluralismo. Educação. Proselitismo. Despolitização.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Colaborador da revista eletrônica Direito Diário. Membro pesquisador da Sociedade Acadêmica Fran Martins.

O debate acerca das responsabilidades delegadas a cada um dos membros da comunidade educacional divide opiniões de políticos, pais, educadores e de membros da comunidade civil. Dentre os principais temas em pauta hoje está o da orientação de políticas pedagógicas que delegam aos professores parte da responsabilidade na formação de uma opinião política e de senso crítico por parte dos alunos.

Nesse contexto, surgem alguns movimentos que apregoam a despolitização das escolas, com o fito de combater a politização enviesada das mesmas. Para que seja possível compreender a relevância do assunto, cumpre entender algumas noções de pluralismo, seus desdobramentos, sua incidência no campo normativo e quais são os efeitos de sua efetivação no plano prático.

Este é o escopo do presente trabalho, que coletou referências teóricas e analisou sistematicamente as normas pertinentes à questão do pluralismo, com destaque para o pluralismo político, institucional e pedagógico, a fim de que fosse possível desenvolver uma solução para os problemas relacionados à prática pedagógica.

Desse modo, o trabalho aponta para uma solução no que diz respeito à questão da politização das escolas, que não segue uma proposta radical de despolitização delas, alterando todo o quadro pedagógico atual, tampouco segue uma proposta de aceitação da realidade hodierna do ensino nas escolas, pois é sabível que o problema da politização enviesada das escolas é tão grave quanto a despolitização das mesmas. Soma-se a isto o fato de que a nova ordem constitucional estabelecida com a Magna Carta de 1988 teve especial cuidado em reconhecer que a sociedade brasileira é, antes de tudo, complexa em suas relações e interesses, e por isso devem ter salvaguardados seus direitos à participação ativa nas instituições, ajudando no processo de redemocratização, relativamente recente no País.

Ante tudo isso, verifica-se que a aplicação prática do que se entende por pluralismo na teoria é de suma importância para a solução desses problemas, especialmente no que atine às relações entre escola e sociedade na formação cidadã dos educandos, como será corroborado no decorrer da leitura deste trabalho.

2 O QUE É PLURALISMO?

A concepção política de pluralismo propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a

função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar o centro do poder dominante, identificado como Estado (BOBBIO, 1998, p. 928).

Essa doutrina opõe-se a qualquer forma de concentração de poder em um único ente e considera a sociedade como um complexo de agrupamentos sociais que devem tomar suas decisões autonomamente, conciliando-as com as decisões e interesses dos demais grupos, mesmo que sejam diametralmente opostas entre si. Em um viés menos antiestatal, é entendido como uma proposta de solução do tradicional problema das limitações do poder, que, embora não tenha por escopo eliminar o centro de controle do poder (o Estado), apresenta-se como uma pretensão ideológica a fim de evitar os abusos por parte dele, garantindo maior autonomia por parte dos grupos e dos indivíduos que o compõem.

O pluralismo é visto como antítese de duas frentes, quais sejam: a estatal, na qual o controle e a expressão do poder advêm do Estado, e a individual, na qual cada pessoa detém absoluto poder de decisão e efetivação dos seus interesses, em uma perspectiva individualista de não observância dos interesses de seus pares. O escopo dessa doutrina política é de uma sociedade formada por grupos de poder que articulam interesses, sejam estes harmônicos, conflitantes ou até díspares entre si.

Obviamente, é imperativo expor uma definição de pluralismo no contexto da formação do Estado moderno, para efeitos de visualização da origem e evolução epistemológicas do termo. Contudo, para os fins aos quais este trabalho declina, as noções contemporâneas deste termo serão de maior valia.

De salutar importância é a definição de política da autora Hannah Arendt, a qual diz que a política é definida “por uma pluralidade dos homens ou de povo” (ARENDR, 2002 p. 43). Em outras palavras, a própria ideia de política tem por pressuposto a diversidade de ideias e de concepções, que constituem fenômenos inerentes aos indivíduos em coletividade. Nesse sentido, a política surge do conflito entre diferentes e não do convívio entre iguais. Vale lembrar que o contexto dentro do qual a autora desenvolveu suas ideias foi o dos regimes totalitários do século XX, sistemas duramente criticados pela autora alemã em sua obra *As Origens do Totalitarismo*.

Para Maria Helena Diniz, o pluralismo pode ser definido como:

A teoria pela qual os seres componentes do mundo são múltiplos, individuais e independentes. Logo, não podem ser considerados como fenômenos de uma única realidade. Em ciência política é a teoria que propõe como modelo a sociedade composta por vários grupos ou centros do poder, mesmo que em conflito entre si,

aos quais se confere a função de controlar o poder dominante, identificado com o Estado. (DINIZ, 2005, p. 701)

Tal perspectiva destaca-se por não buscar abolir o ente estatal, mas tão somente controlar o poder por ele exercido, para que não haja excessos por parte do ente estatal sobre os interesses da coletividade. Vale dizer que se entende por interesses da coletividade todos aqueles expressados por um grupo social, e não um interesse comum a todos os grupos.

Como esclarece a autora, há uma multiplicidade de fenômenos em uma mesma sociedade, bem como, acrescentando ao que foi dito pela autora, uma multiplicidade na forma como esses fenômenos são compreendidos. A finalidade desta teoria é reconhecer tal multiplicidade fenomenológica e buscar adequá-la a uma sociedade composta por grupos e indivíduos igualmente múltiplos.

Impende ressaltar que, na realidade social, o caráter pluralista se traduz no constitucionalismo ocidental, como expõe André Hauriou, “pelo pluralismo das opiniões entre os cidadãos e a liberdade de reunião, através do qual opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas – somente, em princípio, a passagem às ações contrárias à ordem públicas são vedadas” (HAURIUO, André, *citado por* SILVA, 2009, p. 24)

Sumamente, o pluralismo possui uma definição multiforme, cuja extensão não é possível de mensurar em um único trabalho. Pela pertinência relacionada ao tema, algumas facetas deste termo serão aqui expostas, mas certamente não será aqui compreendida uma completa noção das várias nuances a respeito do Pluralismo. A compreensão deste termo, bem como dos seus efeitos na realidade social, que melhor atende às pretensões do trabalho é de autoria de Nilo Júnior, que acertadamente afirma:

O conceito contemporâneo de pluralismo traz em seu bojo a possibilidade de obterem-se decisões e soluções diferentes para um mesmo problema, ou seja, a interpretação diversificada da realidade, considerando os seus fatores e situações históricas de um mesmo campo e atuação [...]. A sociedade humana, em face das suas evoluções, social, política, econômica, científica e cultural, tornou-se complexa diante dos desafios da vida moderna, transformando-se numa sociedade politicamente pluralista, ou seja, não há apenas uma única ideia, mas uma gama diversificada de ideias [...]. (2011, p. 38)

O autor conclui, ainda, confirmando o que já foi exposto anteriormente, isto é, que “a sociedade plural é, ideologicamente, oposta à unificação do poder ou à unanimidade totalitária”. (JÚNIOR, 2011)

Vale destacar que a perspectiva do pluralismo como tentativa de mitigar a centralização do poder no ente estatal, assegurando maior liberdade para os diferentes grupos sociais na consecução de seus interesses, compreende o aspecto político deste termo, dispensando um tópico específico para aprofundar ainda mais esta vertente do pluralismo. O trabalho segue com a introdução da ideia de Pluralismo e Pluralismo Político na Magna Carta de 1988.

3 PLURALISMO, PLURALISMO POLÍTICO E PLURALISMO INSTITUCIONAL NA MAGNA CARTA DE 1988

De início, pode-se dizer que o pluralismo é um dos pilares principiológicos da Magna Carta de 1988, na medida em que reconhece, no seu preâmbulo, a República Federativa do Brasil como Estado Democrático. Como anteriormente dito, esta é uma tendência doutrinária do constitucionalismo ocidental, marcado pelo pluralismo de ideias entre os cidadãos, da liberdade de expressão e de associação, pelo pluralismo partidário e por várias outras ideias, cuja observância se mostrou relevante sobretudo após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.

Um movimento paralelo ao do constitucionalismo ocidental merece especial relevo é o do Constitucionalismo Andino, do qual a Magna Carta de 1988 não é vista como principal adepta.

São exemplos que seguem na esteira deste movimento as Constituições boliviana, equatoriana e colombiana, com as quais a Magna Carta de 1988 guarda algumas semelhanças, como o fato de reconhecer a diversidade cultural própria do Brasil, bem como de todos os países latino-americanos, e de assumir o papel de elemento formal que deve integrar todos os setores da sociedade, assegurando a todos o direito de expressão de ideias e de manifestação.

O pluralismo e suas vertentes estão insculpidos tanto no ordenamento pátrio como nas instituições que dele decorrem. Na Magna Carta de 1988, em seu preâmbulo, é assegurado pelo Estado Democrático como valor supremo uma sociedade pluralista e fundamenta-se no pluralismo político (artigo 1º, V da Magna Carta de 1988).

Cumprir observar que esse movimento constituinte, certamente, deu-se em razão das consequências do regime militar (1964-1985), principalmente daquelas que dizem respeito à liberdade de expressão e de opinião. Foi ao contexto politicamente monista e autoritário da ditadura militar que a Constituinte fez oposição ao consagrar a ideia de pluralismo na Magna Carta de 1988, representando um marco no processo de redemocratização do País.

Como princípio fundamental e estruturante da República Federativa do Brasil, é indubitável que o Pluralismo irradiou por toda a Magna Carta de 1988, bem como por todos os institutos que dela decorrem. São exemplos deste fenômeno normativo: Pluralismo partidário (Artigo 17, Magna Carta de 1988); Pluralismo econômico (Artigo 170, Magna Carta de 1988); Pluralismo dos meios de comunicação (Artigo 220, caput e §§ 1º e 5º, Magna Carta de 1988); Pluralismo cultural (Artigos 215 e 216, Magna Carta de 1988) e o Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (Artigo 206, III, Magna Carta de 1988).

Também está insculpida no Artigo 206, III, da Magna Carta de 1988 a coexistência de instituições públicas e privadas, apesar de que, em primeira discussão, os constituintes elaboraram o texto da seguinte forma: pluralismo de ideias, de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas de ensino (SILVA, 2009, p. 787), negando que o pluralismo poderia estender-se às instituições públicas e privadas em geral.

Contudo, a teoria do pluralismo conhece várias formas – pluralismo jurídico, social, político, por exemplo – que reconduzem a três tipos básicos: político, ideológico e institucional. Como já exposto anteriormente, o pluralismo político consubstancia-se na tentativa de mitigar a centralização do poder no ente estatal, assegurando maior liberdade para os diferentes grupos sociais na consecução de seus interesses. O pluralismo ideológico caracteriza-se pelo respeito, tolerância e reconhecimento ao que é contrário e pela livre expressão de distintas ideias, doutrinas, crenças, valores e opiniões (ORELLANA, 2012, p. de internet). E o pluralismo institucional consiste na possibilidade de reconhecimento, coexistência e desenvolvimento de diversas instituições que fazem parte da vida social, sejam elas públicas ou privadas (como a família, a escola, as comunidades religiosas, o ambiente de trabalho, etc.).

O diálogo e a cooperação para o desenvolvimento mútuo entre as instituições são fundamentais na construção da sociedade pluralista inscrita no preâmbulo da Magna Carta de 1988, contudo, o constituinte optou por ater-se à palavra “coexistência” ao se referir às instituições públicas e privadas de ensino, mitigando a incidência do princípio geral do Pluralismo no texto constitucional.

Ainda sobre as disposições normativas que versam sobre formas de pluralismo, é importante, agora, destacar devidamente o conteúdo do artigo 206, III da Magna Carta de 1988, que consagra o princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas como um dos princípios basilares para o ensino.

Em “Comentários à Constituição do Brasil”, Marcos Augusto explica que o Princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas está compreendido no Princípio da liberdade de ensinar e divulgar o pensamento, visto que a ideia essencial de liberdade implica o respeito à diversidade de pensamento (MENDES, 2013, p. de internet).

O Princípio da liberdade de ensinar e divulgar o pensamento está inscrito no inciso II, do supracitado artigo, da seguinte forma: II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Percebe-se aqui a conjugação da liberdade de aprender com a liberdade de ensinar, em uma relação de interdependência. Sobre esse dispositivo, Marcos Augusto analisa com acerto que “o tema [...], está vinculado, por certo, à realidade histórica e cultural de cada país. Com exceção dos casos de flagrante violação dos princípios constitucionais [...], os limites estarão vinculados aos elementos de consenso que se formam no ambiente social” (MENDES, 2013, p. de internet).

Como se pode ver, a liberdade de ensinar e de aprender estará sempre inserida em uma ordem constitucional que reflete a realidade social existente. Na realidade brasileira, a diversidade em seu amplo sentido foi devidamente reconhecida na Magna Carta de 1988, que já em seu preâmbulo consagrou, como valor supremo a ser assegurado, uma sociedade pluralista.

Por fim, o mesmo autor chama atenção para o fato de que “o direito à liberdade reveste-se de elemento fundamental no trato de questões que precisam ser debatidas no espaço público” (MENDES, 2013, p. de internet). O direito à liberdade de aprender e ensinar, do qual decorre o respeito à diversidade de ideias e o princípio do pluralismo pedagógico, possui capital importância no debate sobre questões que interessam ao público, como a própria prática pedagógica.

4 PLURALISMO DE IDEIAS PARA A FORMAÇÃO CIDADÃ

No tocante à prática pedagógica, é evidente que ela se dá de diversas formas, as quais devem sempre conduzir o aluno ao aprendizado escolar, à visão crítica da realidade e à formação cidadã. O artigo 205 da Magna Carta de 1988 verbaliza esse entendimento ao trazer

como escopo da educação o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

É neste azo que a ideia de pluralismo é essencialmente importante, na medida em que o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania só é possível se o educando dispor de recursos que o faça entender uma realidade social diversificada e fruto de um processo histórico – que, certamente, possui diferentes leituras políticas – e entender a si próprio como integrante dessa mesma realidade. Em uma sociedade cuja ordem constitucional reconhece uma sociedade eminentemente pluralista, é inconcebível que o aluno disponha de apenas uma determinada visão de mundo e de si próprio.

Feitas tais observações, o trabalho seguirá com um breve levantamento do atual quadro da sociedade brasileira no que atine ao tema proposto, apresentando os problemas que decorrem principalmente da distância entre ela e o que se entende por sociedade pluralista, como ela dialoga com as instituições públicas de ensino, o que a legislação dispõe sobre, como os setores diretamente ligados à educação se posicionam a respeito do tema, e outras questões de igual pertinência.

5 PLURALISMO NA REALIDADE EDUCACIONAL: QUADRO NORMATIVO

O sistema educacional brasileiro é fruto da ação positiva do Estado incumbido de prover e garantir o acesso à educação a todos, como dispõe o supramencionado artigo 205 da Magna Carta de 1998. A discussão sobre a responsabilidade conjunta do Estado e das instituições educacionais (incluindo família e sociedade) sobre a formação dos alunos é extremamente relevante para este trabalho, que será retomada de forma mais aprofundada posteriormente. No momento, o debate orbitará apenas a instituição escola.

Pode-se dizer que o sistema educacional, fruto do dever estatal de garantir uma formação adequada aos educandos, tem a escola como principal mecanismo para cumprir este dever. E, para fins de orientação no uso da escola para sua finalidade constitucionalmente garantida, é imperativa a necessidade de fazer alguns apontamentos sobre o Projeto Político-Pedagógico decorrente da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional², sobretudo

1 BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9.394/96. 20 dez. 1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm> Acesso em: 11 dez. 2017.

no que concerne à importância da concepção pluralista no trato das relações que existem no ambiente escolar.

O artigo 1º, parágrafo segundo da LDB (Lei nº 9394/96) diz que “a educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”. Entende-se que a prática social referida compreende o exercício da cidadania, na medida em que esta expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 1998, p. 14).

Em outras palavras, não se entende a prática escolar desvinculada do ensino para exercer a cidadania, visto que esta é condição essencial para a prática social. Tal relação é corroborada logo no artigo subsequente, o qual diz que “a educação [...], tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

A importância de tal finalidade traduz-se em dois aspectos: no contexto do processo de redemocratização após o fim da Ditadura Militar e na Nova Ordem Constitucional instituída com a Magna Carta de 1988. A reflexão herdada da ditadura sobre a liberdade de expressão e de manifestação políticas, bem como o relevo dado pela Magna Carta de 1988 à cidadania e ao pluralismo político como princípios estruturantes da República Federativa do Brasil, têm implicações diretas na orientação das práticas pedagógicas para inserir o educando no hodierno – e recente – quadro de redemocratização das instituições, que não obstante apresentarem um progresso, ainda possuem diversas falhas, como nas próprias instituições educacionais, que não possuem, de um modo geral, mecanismos efetivamente estabelecidos para que haja um diálogo efetivo entre as mesmas – o artigo 12, VI e V da LDB pode ser entendido como mecanismo meramente formal, sem eficácia direta. São graves as implicações desta falta de diálogo, as quais serão exemplificadas mais adiante.

A questão é que, para cumprir a função da educação pretendida pela LDB, é imprescindível que o plano político-pedagógico das escolas seja pautado pela ideia geral de pluralismo, haja vista não apenas o que já foi anteriormente, como também pela obrigatoriedade do ensino (público) ser ministrado com base no princípio da gestão democrática. Para compreender a relevância deste princípio sob a ótica do tema aqui trabalhado, cumpre destacar que o significado etimológico de democracia corresponde àquilo que é regido pelo povo, pela sociedade diretamente interessada, e não por alguns grupos de poder.

Além disso, cumpre ressaltar que, em leitura conjunta dos artigos 9º, I; 10, III; 11, I e 12, I, as instituições de ensino têm autonomia para definir o plano pedagógico que melhor coaduna com a realidade específica da sociedade na qual elas se encontram, observando os planos pedagógicos de seus respectivos Municípios, Estados, e da União, verbalizado na LDB.

Como é perceptível, a ideia de pluralismo institucional, desenvolvida anteriormente, está implicitamente normatizada na LDB no que atine à formulação do plano pedagógico, cuja competência é dividida em vários âmbitos, inclusive ao da própria unidade escolar, que pode, desse modo, comportar as demandas específicas da comunidade diretamente interessada na orientação da prática escolar, envolvendo, inclusive, outros agentes educacionais (como família ou responsáveis), integrando sociedade e escola (consoante artigo 12, VI da Lei nº 9394/96) com um objetivo em comum.

5.1 Pluralismo político como garantia da gestão democrática das escolas

Verifica-se que, com o fito de desenvolver uma compreensão sobre o passado para entender e participar do processo de redemocratização no presente, o vínculo entre política e educação assume papel fundamental na condução da prática pedagógica.

É importante deixar claro que o termo política aqui não assume somente um sentido amplo, de uma orientação a ser seguida por todos em sociedade, mas no sentido de um engajamento efetivo de entidades estudantis, da família e dos próprios educandos diretamente interessados pelo desenvolvimento pedagógico e administrativo das instituições escolares, o que caracteriza a efetivação do Princípio da gestão democrática das escolas.

Ao trazer de volta a afirmação de que “a política baseia-se no fato da pluralidade dos homens”, entende-se que a efetivação do Princípio da gestão democrática das escolas só é possível se o pluralismo nas orientações políticas das escolas for devidamente reconhecido – no plano administrativo e pedagógico, se toda a comunidade educacional (Estado, família e educando) participar ativamente na administração escolar, bem como, por exemplo, na propositura das orientações políticas a serem discutidas em salas de aula.

Tudo isso demonstra a possibilidade jurídica de efetivação da ideia de pluralismo nas escolas, isto é, que tal ideia está implícita dentro do campo normativo, abrindo espaço para que, tanto o plano político-pedagógico como a gestão interna das escolas sejam deliberadas e efetivadas por todos aqueles diretamente interessados, quais sejam, entes públicos, associações estudantis, associações de professores, família e o próprio aluno.

Resta saber se esse quadro normativo coaduna-se à realidade hodierna, se existem institutos ou outras leis que servem de auxílio para sua efetivação, ou se o que existe hoje é apenas uma possibilidade jurídica de efetivar a ideia de pluralismo (político e institucional), que não encontra tanta expressividade no plano prático das escolas e da sociedade.

6 PLURALISMO POLÍTICO NA REALIDADE SOCIAL: ANÁLISE FÁTICA

Para fins de delimitação do campo de análise, a reflexão sobre o pluralismo na realidade social hodierna desenvolver-se-á sobre uma crítica ao fatídico Movimento denominado “Escola Sem Partido”, que vem dividindo opiniões – em última pesquisa de consulta popular, o PLS 193/2016 teve 48% dos votos a favor³ – e suscitando debates acerca da responsabilidade das escolas em ministrar aulas com teor político ou ideológico.

O Movimento surgiu em 2004, por iniciativa de membros da sociedade civil como reação ao que chamam de “fenômeno da instrumentalização do ensino para fins políticos-ideológicos, partidários e eleitorais”⁴.

Em termos práticos, o objetivo principal do Movimento é instituir uma série de deveres que restringem a atividade do professor, como garantia de que os alunos serão escolarizados de forma totalmente isenta de discussões e opiniões políticas, ideológicas, morais e religiosas, sejam estas do professor ou dos colegas de classe. Além disso, está na pauta do Movimento a criação de um canal de informação destinado ao recebimento, por parte das secretarias de educação, de reclamações relacionadas ao descumprimento desses deveres. As reclamações seriam encaminhadas ao órgão do Ministério Público responsável, sob pena de responsabilidade.

São diversas as críticas contra os projetos de lei que instituem o Programa “Escola Sem Partido”, como por exemplo, os tramitados em Assembleias Legislativas de alguns Estados, por violarem competência que é privativa da União, conforme leciona o artigo 22, XXIV, da Magna Carta de 1988, contudo, será dado especial enfoque às críticas mais pertinentes ao tema deste trabalho.

³Consulta Pública ao PLS 193/2016. **Senado**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=125666>> Acesso em: 11 dez. 2017.

⁴Entrevista de Miguel Nagib à revista Profissão Mestre. **Escola sem partido**. 8 mar. 2005. Disponível em <<http://escolasempartido.org/midia/395-entrevista-de-miguel-nagib-a-revista-profissao-mestre>>. Acesso em 20 abr. 2018.

A esse respeito, cumpre inicialmente apontar a inconstitucionalidade de tal programa por violação direta do artigo 205 da Magna Carta de 1988, que determina a educação como “dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade”, e do artigo 206, III, que estabelece que o ensino será ministrado com base no “princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas”.

Percebe-se que o projeto, ao buscar isentar da prática pedagógica quaisquer opiniões e concepções políticas, isola a educação na escola da educação das demais instituições – família e sociedade, que por sua vez são natural e profundamente constituídas por concepções e ideias políticas variadas –, vedam diretamente, no plano prático, os princípios do pluralismo político – ao não permitir que professores e alunos expressem suas opiniões – e institucional – ao delegar responsabilidades de forma separada a cada instituição, quando na verdade todas devem atuar conjuntamente e de forma complementar.

É verossímil o tom do Ministério Público Federal, ao afirmar em nota técnica que a escola, ao possibilitar a cada qual o pleno desenvolvimento de suas capacidades e ao preparar para o exercício da cidadania, tem de estar necessariamente comprometida com todo tipo de pluralismo⁵.

De todas as instituições envolvidas na formação educacional, a escola é a única que assume o posto de núcleo de produção de transmissão do conhecimento, bem como a que recebe pessoas que vivem realidades sociais relativamente diferentes, herdadas de seus familiares ou de outros círculos sociais concepções prévias que, de forma complementar, devem ser desenvolvidas em sala de aula.

E isso não se restringe apenas ao campo político-ideológico, a importância do pluralismo na orientação das práticas pedagógicas vai além disso. A título de exemplo, qual a solução pedagógica para as matérias ministradas que, em determinado ponto, recorrem inevitavelmente a postulados teóricos ou a concepções puramente filosóficas, os quais o conhecimento técnico ainda não alcançou? A possibilidade de a interpretação criacionista ou darwiniana sobre a origem da vida resultar em insatisfação por parte de alguns alunos ou pais destes justifica a obrigatoriedade de o professor não explicar nenhuma dessas teorias?

Este trabalho entende e vem buscando demonstrar que isso não é possível, sendo tal impossibilidade ainda mais latente no trato de temas como a formação para o exercício da

⁵Heloisa Cristaldo. MPF diz que Escola sem Partido é inconstitucional impede o pluralismo. **Agência Brasil**. 22 jul. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-07/mpf-diz-que-escola-sem-partido-e-insconstitucional-e-impede-o-pluralismo>> Acesso em: 11 dez. 2017.

cidadania ou da responsabilidade da educação no processo de redemocratização e de estabelecimento da ordem constitucional prevista na Magna Carta de 1988.

Somado a este quadro de discussão sobre o Movimento Escola Sem Partido, verifica-se o crescimento de movimentos político-partidários com orientações ideológicas diversas daquelas que prevaleciam há alguns anos. Exemplo que pode ser citado é o Movimento Brasil Livre, que vem ganhando adeptos por todo o País, principalmente pelos jovens, e apresentam orientações políticas diferentes – em alguns casos, oponíveis – de outros movimentos que existem ou já existiram no País.

Diante desses e vários outros fatos que refletem a complexidade e a variedade das concepções políticas que são sustentadas e desenvolvidas pelo tecido social, suas peculiaridades, que devem ser observadas como em toda sociedade plural, vem à tona o seguinte questionamento: como a escola deve se portar diante desta conjuntura?

7 O QUE A ESCOLA DEVE FAZER?

Como dito antes, um dos principais objetivos do Projeto Escola Sem Partido é combater o que chamam de “doutrinação político-ideológica” nas salas de aula. A crítica aqui desenvolvida sobre este projeto não desconsidera o fato de que as discussões em salas de aula sobre matérias ou temas que envolvem política e ideologia, muitas vezes, não dispõem de um espaço amplo para discuti-las sob pontos de vista diferentes daqueles adotados pelo professor ou pela direção da escola, por exemplo. Essa é uma realidade tão preocupante quanto àquela proposta pelo Projeto, tendo em vista que os efeitos de uma educação escolar orientada completamente por uma única visão política da realidade podem ser tão deletérios para a formação do educando quanto uma educação escolar isenta de concepções políticas.

De todo modo, é importantíssimo que os educandos possam fazer uso do ambiente escolar para desenvolver, além do conhecimento em si, criticidade sobre o que acontece na sociedade na qual ele está inserido, para que possa formular não apenas juízos de conhecimento e de realidade, como também juízos de valor.

Por outro lado, a denúncia sobre uma prática de doutrinação pelas escolas não deixa de ser verdadeira, como mostra uma pesquisa realizada pelo Sensus⁶, a qual apontou que, 61% dos pais acham normal que os professores façam proselitismo ideológico nas escolas. Além disso, a mesma pesquisa mostra que, segundo os alunos entrevistados, figuras como Che Guevara e Vladimir Lênin são citadas na maioria das vezes sob uma conotação positiva (86% e 65%, respectivamente).

Diante disso, observa-se que a relação entre a sociedade e a escola ainda não contempla a ideia de pluralismo aqui desenvolvida, seja pelo consentimento da família em que haja proselitismo político – que em muitos casos favorece partidos políticos ou governos – nas salas de aula, seja pela militância de membros da sociedade em prol de um projeto que prevê a “despolitização das escolas”.

A solução a ser desenvolvida não segue nenhum dos dois caminhos, mas deve se fundamentar na ideia do pluralismo político e institucional, que tenha reflexos na prática pedagógica e na administração interna das escolas. Assim, estimula-se os alunos, pais e comunidade a participarem ativamente da realidade escolar, desenvolvendo conjuntamente o programa político-pedagógico das instituições de ensino em particular, sempre prevalecendo o respeito e a possibilidade de discussão de um tema sob qualquer viés possível.

Em termos práticos, ao invés da adoção de um discurso maniqueísta sobre eleições entre candidatos de orientações político-ideológicas divergentes ou sobre projetos de lei que separam opiniões de acordo com cada ideologia, o professor deve apresentar os dois lados da mesma moeda e estimular debates acerca de tais temas, envolvendo inclusive a participação de especialistas com diferentes pontos de vista e apresentá-los aos alunos, para que desse modo eles possam desenvolver senso crítico e atuar na realidade social de acordo com o que é construído na realidade escolar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi explanado, verifica-se a importância da ideia geral de pluralismo nas práticas educacionais, nas escolas, nas relações destas com os alunos e de ambos com a

⁶ 5 exemplos de como a doutrinação ideológica atua na educação brasileira. SPOTNIKS. 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://spotniks.com/5-exemplos-de-como-a-doutrinacao-ideologica-atua-naeducacao-brasileira/>>. Acesso em 11 dez. 2017.

comunidade, a fim de que se possa desenvolver efetivamente uma consciência cidadã de forma autônoma por parte dos educandos, um dos principais objetivos da educação no País.

Temas que a Magna Carta de 1988 deu especial tratamento, como por exemplo, a erradicação das desigualdades sociais e o combate ao racismo, certamente devem ser ministrados nas salas de aula seguindo a orientação política que melhor possa atendê-los. Se porventura outras orientações políticas se mostrem mais efetivas no combate à desigualdade, elas devem ser debatidas entre todos os membros da comunidade educacional (Estado, família, escola e sociedade) e esses debates devem refletir nas salas de aula.

Contudo, o que se verifica é uma tentativa de isolamento por parte desses membros em relação à escola, seja pela passividade dos pais e da sociedade sobre a prática de proselitismo político nas salas de aula, ou pela ação de pais e outros membros da comunidade na tentativa de despolitizar as escolas com o Projeto Escola Sem Partido, todas estas contrárias ao que é entendido como pluralismo e igualmente deletérias para a educação e a construção da cidadania.

No campo de vista normativo, uma leitura sistêmica dos artigos supramencionados da Magna Carta de 1988 e da Lei 9.394/96 permite concluir que existe um aparato legal para a efetivação do pluralismo político e institucional dentro das instituições públicas de ensino. Em outras palavras, existe uma possibilidade jurídica, mas ainda não é perceptível a sua efetivação no plano prático. Todavia, o atual quadro político e legislativo apresenta a possibilidade de um retrocesso, no caso de um dos projetos de lei aptos a implementar o programa Escola Sem Partido, em tramitação no Congresso Nacional, lograr êxito.

Portanto, resta verificar quais serão os resultados desse movimento legislativo, seus efeitos no plano normativo, caso o projeto seja aprovado, bem como os desdobramentos das manifestações contrárias ao projeto, como o Movimento Ocupa Escolas, cujos resultados práticos ainda não são totalmente apreciáveis no espectro legislativo, e como a sociedade vai se posicionar em relação ao tema, se ela vai adotar uma das duas propostas aqui criticadas, ou se vai seguir a terceira via desenvolvida neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ARENDDT, Hannah. **O que é Política?** 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Disponível em: <<https://mega.nz/#F!c8FFACJB!udliVwBZgMzx0-0i4dNpUQ>> Acesso em: 11 dez. 2017.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília DF: editora Universidade de Brasília, 1998.

DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo SP: Moderna, 1998.

DINIZ, Maria. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. v. 3. São Paulo SP: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Nilo. O Princípio do Pluralismo Político e a Constituição Federal. **Revista Eleitoral TER/RN**. v. 25, 2011. Disponível em:

<http://www.trers.gov.br/arquivos/Pinto_junior_O_principio.PDF> Acesso em: 11 dez. 2017.

ORELLANA, Eugenio lloret. **El pluralismo ideológico**. Disponível em:

<<http://www.revistavance.com/articulos-octubre-2012/el-pluralismo-ideologico.html>> Acesso em: 11 dez. 2017.

SILVA, José. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo SP: editora Malheiros, 2009.

EFFECTIVENESS OF PLURALISM IN THE DIALOGUE BETWEEN SCHOOL AND SOCIAL REALITY

ABSTRACT

This article aims to reveal a path which educational agents must follow in order to effectively apply the idea of pluralism in the pedagogical practice, at the same time as it criticizes the paths taken by those agents. The article begins with a theoretical survey of the general idea of pluralism, its main nuances and its incidence areas, and, after that, every national legislation concepts regarding the theme is extracted. Done that, all the theoretical and normative gathering is

introduced to the current reality, revealing a dissonance between what it should be and what it really is. Finally, the article presents and defends an alternative which must be followed by brazilian educational agents.

Keywords: Pluralism. Education. Proselytism. Despoliticization.



MEDIDAS DA CRIMINALIDADE: UMA APROXIMAÇÃO À CRIMINOLOGIA

Camila Iglesias¹

RESUMO

Trata o presente artigo de uma breve reflexão teórico-conceitual a respeito das formas tradicionalmente utilizadas para se aceder às chamadas “medidas da criminalidade”. Traçou-se um percurso que vai desde a utilização dos instrumentos oficiais até aos recentes desenvolvimentos no âmbito da Criminologia. Ao final, destacou-se os avanços brasileiros relativos à matéria, especialmente no que toca à realização da primeira Pesquisa Nacional de Vitimização.

Palavras-chave: Medidas da criminalidade. Estatísticas oficiais. Cifras negras. Vitimização.

“A Criminologia tem, portanto, uma importância decisiva para o Ensino do Direito, desde que não reduzida a uma rubrica excludente que, mais do que valorizar a disciplina e auxiliar na compreensão do poder e do controle social e penal (...), concorra para infantilizar o imaginário acadêmico, com a visão positivista da boa “ciência” para o combate exitoso da criminalidade”
(DE ANDRADE, Vera Regina Pereira)

¹ Mestranda em Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

1 INTRODUÇÃO

A pergunta retórica que abre o item quatro da célebre obra de André Kuhn e Cândido da Agra (2010, p. 36) reflete a ansiedade que cerca a questão criminal: *Pode-se medir a criminalidade?* Aproximar-se das dimensões reais do problema talvez ajudasse a encontrar com mais precisão a dose certa do seu *remédio* – e é esta expectativa que, sem dúvida, motiva o estudo incansável do crime, suas causas, seus atores, seus contextos e suas consequências. Neste sentido, à Criminologia incumbe o papel de fornecer (e aprimorar) as ferramentas de pesquisa necessárias ao diagnóstico do que se pode chamar de “o montante *real* da criminalidade” (TIERNEY; O’NEILL, 2013, p. 35).

Assim, propõe-se a realização, através do presente artigo, de um breve percurso teórico-conceitual quanto às medidas da criminalidade, e este percurso será traçado por meio de uma abordagem Criminológica com um enfoque especial sobre as realizações em contexto brasileiro.

2 DA INSUFICIÊNCIA DAS ESTATÍSTICAS OFICIAIS

Quando se pergunta sobre os índices de violência de um determinado local, ou de um determinado país, o pensamento natural conduz à busca das respostas pretendidas junto às instâncias formais de controle através de seus relatórios e levantamentos estatísticos oficiais. As “estatísticas oficiais da criminalidade” – como ficaram conhecidos estes levantamentos – gozam de credibilidade popular e são uma espécie de registro administrativo (BARREIROS, 2014, p. 37) daquela criminalidade que chega ao conhecimento do sistema de justiça através de fontes diversas, como a própria vítima e o Ministério Público.

Estas estatísticas oficiais, apesar de tacitamente aceitas pelo senso comum, padecem de inúmeras críticas no que diz respeito à sua transparência, confiabilidade e consequente utilidade prática às ações estatais, persistindo uma defasagem entre o real e o registrado.

No que toca à confiabilidade dos dados publicados, o enviesamento político que subjaz à divulgação destes indicadores é muito bem referido no excerto de Van Dijk:

(...)os governos não querem ser expostos a estatísticas que possam mostrar seus países em uma luz desfavorável nesse domínio extremamente sensível. As

estatísticas do crime geralmente são vistas pelos governos como a "roupa suja" de sua nação, algo que não deve ser exibido na arena pública.² (2007, p. 08)

Desta forma, estes levantamentos oficiais não se mostram capazes de captar a integralidade dos comportamentos antissociais praticados, e o que resta desta imprecisão é o que a doutrina comumente chama de “cifras negras da criminalidade”³. Este conceito se refere àquelas ofensas não reportadas formalmente e que terminam por não serem contabilizadas nos relatórios oficiais sobre o crime. A existência deste tipo de subnotificação é muito comum, por exemplo, quando se está diante de crimes como a violência sexual e violência doméstica, onde a vergonha e a *privacidade* muitas vezes impedem que as vítimas denunciem os atos contra si praticados.

Outro problema é a questão do esfacelamento da confiança nas instituições. Conforme acentua Barreiros: “a força motora da Cifra Negra é catalisada pela descrença social nas estruturas estatais” (2014, p. 71), noutras palavras, quanto menores os indicadores sociais de confiança nas instâncias formais de controle (e, neste caso, mais especificamente na polícia) maiores serão as chances de um aumento no número de subnotificações.

Existem, inclusive, situações extremas para as quais os números apontados pelos registros oficiais não só são insuficientes como também refletem o oposto do real. É o que se verifica, por exemplo, nos episódios que envolvem a chamada criminalidade econômica e financeira, matéria espinhosa em que “(...)os crimes registrados pela polícia podem de fato ser usados como indicadores inversos da realidade criminal. Quanto menor o registro policial, maior será a prevalência real desses crimes.”⁴(VAN DIJK, 2007, p. 31)

Desta forma, por maiores e mais sérios que sejam os esforços e os meios empreendidos para se aceder às medidas da criminalidade, a questão da subnotificação (motivada por muitas razões) sempre salta como um problema a ser enfrentado quando se está disposto a perceber as dimensões e a distribuição do crime em um determinado espaço geográfico/temporal.

²Tradução própria da autora. No original: “(...) governments do not want to be exposed to statistics that may show their countries in an unfavorable light in this extremely sensitive domain. Crime statistics are generally seen by governments as their nation’s “dirty laundry”, something not to be flaunted in the public arena.”

³No inglês: *darknumbers* ou *dark figures*, conforme nos referenciam Biderman e Reiss, 1967, Skogan, 1977 e Hulsman, 1986.

⁴Tradução própria da autora. No original: “(...) police recorded crimes may in fact be used as inverse proxy indicators of criminal reality. The lower the police figures, the higher the actual prevalence of those crimes is likely to be.”

3 O PAPEL DAS PESQUISAS DE VITIMAÇÃO

Acompanhando-se os desenvolvimentos avançados na área da Vitimologia e com a finalidade de reduzir a defasagem existente entre a criminalidade real e a criminalidade registrada, surgem as chamadas *surveys* (pesquisas) de vitimação.

Estas pesquisas, por adotarem um formato de autor relato, possuem vantagens significativas em relação às estatísticas oficiais no que diz respeito à construção de um quadro mais realista quanto à vitimação e ao crime. E isto se deve especialmente ao fato de que a participação nestas pesquisas é realizada mediante garantia de anonimato pleno. Ou seja, ao reportar uma ofensa durante a participação neste tipo de inquérito, a vítima o faz sabendo que não será identificada, o que a deixaria, em tese, a salvo de eventuais represálias por parte do agressor/a ou mesmo prejuízos à sua própria imagem ou reputação. A garantia do anonimato – que não é possível se assegurar plenamente quando estamos diante da denúncia formal de um crime – é uma das características que fazem com que os inquéritos de vitimação sejam uma fonte bastante fiável do ponto de vista da exploração dos números ocultos da criminalidade (BIDERMAN; REISS, 1967, p. 14).

Para além desta grande vantagem, este tipo de pesquisa pode “identificar e comparar o que é institucionalmente rotulado como crime com aquilo que é consensualmente rotulado como crime”⁵(BIDERMAN; REISS, 1967, p.14). Por outras palavras, isto quer dizer que as pesquisas de vitimação não estão limitadas a abordar apenas aquilo que é considerado crime segundo a legislação do local de aplicação dos inquéritos, bem como podem abarcar outros comportamentos que são tidos como socialmente reprováveis ainda que não gozem de expressa proibição legal.

Neste sentido, ao longo dos últimos trinta anos, este tipo de pesquisa se tornou cada vez mais comum (especialmente nos países da Europa Ocidental e América do Norte) e a aplicação de inquéritos desta natureza tem sido aperfeiçoada através da elaboração de questionários que, por seu caráter estandardizado, possibilitam sua aplicação em diversos contextos diferentes e permitem, para além de um panorama global acerca dos números da vitimação, a elaboração de estudos mais profundos e de cariz comparativa entre os países. É importante dizer que este tipo de questionário comporta, além de questões relativas à vitimação, outras questões atinentes aos níveis de confiança nas instituições, coesão social e

⁵Tradução própria da autora. No original: “(...)the survey can identify and compare what is institutionally labeled as crime with that consensually labeled as crime.”

sentimento de insegurança – variáveis que se encontram na base da compreensão das principais teorias criminológicas atualmente difundidas.

Citou-se o exemplo de um dos pioneiros estudos desta magnitude: o *International Crime Victims Survey* (ICVS). Em todas as suas seis edições (ou *rounds*, as quais se iniciaram no ano de 1989) o ICVS já foi aplicado com sucesso em mais de oitenta países, contando com a participação de quase meio milhão de respondentes (VAN DIJK, 2012, p. 07). Os dados coletados durante as séries temporais do ICVS permitem uma análise de tendências, através da qual é possível perceber o comportamento da vitimação e outras variáveis ao longo do tempo e em cada espaço.⁶

4 O ICVS, O BRASIL E PRIMEIRA PESQUISA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO⁷

O Brasil participou das edições de 1992, 1996 /1997 do ICVS, tendo sido a cidade do Rio de Janeiro a escolhida para representação do país no inquérito internacional. Após este período, observa-se um avanço em níveis nacionais relativamente à produção de dados nesta modalidade de estudos, especialmente com a publicação pelo Ministério da Justiça, no ano de 2013, do relatório final referente à primeira Pesquisa Nacional de Vitimização (PNV).

A primeira Pesquisa Nacional de Vitimização foi realizada pelo Instituto Datafolha em parceria com o Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais (CRISP) e contou com a participação de uma amostra representativa do universo da população adulta brasileira⁸ – sendo selecionados, aproximadamente, 78.000 respondentes com idades iguais ou superiores aos dezesseis anos.

A PNV foi realizada durante os períodos temporais compreendidos entre os meses de junho de 2010 a maio de 2011 e entre os meses de junho de 2012 a outubro do mesmo ano. A

⁶Aesterespeito: “The ICVS provides, first of all, comparable data on victimisation by several types of much-occurring crimes. The key results of the surveys are league tables of countries according to their levels of ten types of common crime. The data have also been used for cross-sectional analyses of relationships between characteristics of countries and levels of crime. The ICVS has, as said, been conducted in six major sweeps between 1989 and 2010. The availability of trend data covering two decades allows time series analyses looking at relationships between changes in characteristics of countries over time and changes in the levels of victimisation. The ICVS has from the outset also collected data on reporting of crime to the police by victims, satisfaction of victims with their treatment by the police, the reception of specialized victim support, fear of crime and opinions on police performance and on sentencing.” (VAN DIJK, 2012, p. 07).

⁷Há discussões do ponto de vista ortográfico, entretanto, ambas as expressões “vitimação” e “vitimização”, são utilizadas na literatura brasileira para referir-se àquilo que a literatura de língua inglesa uniformemente chama de *victimisation*.

⁸Participaram da pesquisa apenas os municípios com população superior a 15.000 habitantes, conforme relatório oficial da pesquisa.

pesquisa esteve dividida em blocos caracterizados por tipos de ocorrências passíveis de registro policial no Brasil, tendo abordado, ainda, questões relativas à confiança e satisfação com as polícias e sentimento de insegurança. Os resultados desta pesquisa, embora ainda timidamente explorados pela comunidade científica nacional (e internacional), representam um grande passo na consolidação de trabalhos comprometidos com a seriedade e o rigor científico que se exige para uma melhor compreensão da questão criminal em nosso país. A este respeito, conforme ressalva inicial do relatório técnico:

Pesquisas desta natureza constituem-se no mais importante levantamento de dados acerca das condições reais de segurança da população. Elas buscam identificar, através dos crimes não comunicados às polícias, a real dimensão do agudo problema de nossa segurança pública. Desde a década de 1970, análises acadêmicas têm colocado em questão se os registros administrativos oriundos dos crimes contabilizados pelas polícias (militar, com atividade ostensiva, e civil, com atividade judicial) seriam as melhores fontes para a realização de uma contabilidade oficial de crimes. Agora, este levantamento demonstra, por exemplo, que somente algo entre 25% e 30% dos problemas chega ao conhecimento das autoridades. (2013, p.04)

Inegável é, portanto, a importância de trabalhos desta natureza para melhor compreensão do fenômeno criminal⁹. Importância que sobe de tom quando tratamos de contextos sociais tão controvertidos e problemáticos quanto os identificados nos países latino-americanos – e aqui fazemos uma referência especial ao Brasil, cujas dimensões continentais refletem também o tamanho de seus dilemas sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que “apenas uma ínfima parcela da ação macro delitiva é posta nas malhas da justiça pública – e tudo o que se vê não é senão a ponta do iceberg” (CÂMARA, 2007, p.24). Assim, o estudo científico-criminológico da realidade (especialmente da realidade brasileira) é uma necessidade que se impõe. Diante da insuficiência das ferramentas tradicionais, a Criminologia é chamada ao protagonismo para oferecer, inclusive, o seu “contributo operacional” com vistas ao aperfeiçoamento dos diagnósticos em matéria criminal e demais questões relativas segurança pública.

⁹ Importante é a reflexão avançada por Guilherme Costa Câmara: “Comungamos da ideia de que nenhuma sociedade seria capaz de desocultar toda a delinquência. Entendemos também que a busca por uma transparência absoluta, numa tentativa vã de erradicação das “cifras negras”, além de inviabilizar o sistema judiciário-penal, levaria a um Estado totalitário, de intervenção máxima, logo, contrário ao princípio da dignidade humana. Porém, não estimamos como desarrastado buscar-se reduzir o contingente excessivo de criminalidade oculta desvendado pela investigação criminológica.” (2007, p. 25-26.)

No caso brasileiro, a primeira Pesquisa Nacional de Vitimização representa um marco na realização de trabalhos desta envergadura em contexto nacional, um avanço que não pode deixar de ser perseguido e, embora seja inegável o bom trabalho nela realizado, é preciso continuar caminhando.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Gustavo Alem. **Estatísticas criminais oficiais brasileiras como evidências empíricas: um estudo comparado ao modelo alemão**. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

BIDERMAN, Albert D.; REISS JR, Albert J. On exploring the "dark figure" of crime. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 374, n. 1, p. 1-15, 1967. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/000271626737400102>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CÂMARA, Guilherme Costa. A investigação criminal desenvolvida pelo ministério público e o problema das “cifras negras”. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, a. 1, n. 1, p. 22-34, 2007. Disponível em: <arquivos.mppb.mp.br/relatorios/rev01_juri_mppb.pdf#page=24>. Acesso em: 16 fev. 2018.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. Por que a Criminologia (e qual Criminologia) e importante no Ensino Jurídico? **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 3, n. 6, p. 179-183, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v3e62013179-183>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

HULSMAN, Louk H. C. Critical criminology and the concept of crime. **Contemporary Crises**, v. 10, n. 1, p. 63-80, 1986. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2F978-1-4020-2849-6?LI=true>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KUHN, André; AGRA, Cândido. **Somos todos criminosos?** Pequena introdução à criminologia e ao direito das sanções. Alfragide: Casa das Letras, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Secretaria Nacional de Segurança Pública. Relatório Primeira Pesquisa Nacional de Vitimização. 2013. Disponível em <<http://www.crisp.ufmg.br/pesquisas/#Vitimiza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SKOGAN, Wesley G. Dimensions of the dark figure of unreported crime. **Crime & Delinquency**, v. 23, n. 1, p. 41-50, 1977. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/001112877702300104>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

TIERNEY, John; O'NEILL, Maggie. **Criminology: Theory and context**. Londres: Routledge, 2013.

VAN DIJK, Jan. **The world of crime: Breaking the silence on problems of security, justice and development across the world**. Londres: Sage Publications, 2007.

VAN DIJK, Jan. **Closing the doors: Highlights of the International Crime Victims Survey 1987-2012**. Tilburg: Prismaprint, 2012.

CRIME MEASURES: A CRIMINOLOGICAL APPROACH

ABSTRACT

This article is a brief theoretical-conceptual reflection about the traditional ways of accessing so-called 'crime measures'. We draw a path from the use of official instruments to recent developments in the field of Criminology. In the end, we highlight the Brazilian advances in this area, in particular with regard to the first National Victimization Survey.

Keywords: Crime measures. Official statistics. Dark figures. Victimization.



NOVOS CAMINHOS INCLUSIVOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA EM FACE DA LEI Nº 13.146/2015

Aurélia Carla Queiroga Da Silva¹

Renan Rodrigues Pessoa²

RESUMO

A Lei nº 13.146/2015 é um marco face à personalização dos direitos da pessoa com deficiência, visando à promoção dos Direitos Humanos. Busca-se através do método dedutivo discutir as novas alternativas inclusivas para a pessoa com deficiência. Apesar dos inúmeros avanços da Lei nº 13.146/2015, ainda são flagrantes as violações aos direitos das pessoas com deficiência, especialmente quanto à falta de acesso aos canais de participação popular. Apresenta-se como indubitável a atuação dos magistrados, dentro de uma perspectiva multiculturalista junto à sociedade civil, desenvolvendo ações empoderadoras das pessoas com deficiência e assegurando a plena aplicabilidade dos seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Direitos humanos. Dignidade humana.

¹ Mestre em Direito na Área de Concentração: "Constituição e Garantia de Direitos" pela UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil, com Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFCG - Universidade Federal de Campina Grande. Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica pela UERN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Diretor Acadêmico do Projeto de Ensino, Pesquisa e Extensão Simulação de Organizações Internacionais - SOI.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015, mais conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD/2015), reverbera-se como um marco para a personalização dos direitos da pessoa com deficiência, buscando promover os Direitos Humanos deste grupo e, bem como, propiciar a integração e inclusão social destes cidadãos no âmago da sociedade pátria.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência oportunizou a reforma de pontos essenciais do Código Civil de 2002 ao ressignificar a ideia de capacidade jurídica, garantindo o pleno exercício da autonomia da vontade da pessoa com deficiência, em especial àquelas com deficiência intelectual. Assim, dando as salvaguardas adequadas para cada caso, como também na superação da teoria das incapacidades, aboliu uma perspectiva médica e assistencialista que rotulava como incapaz aquele que ostenta uma insuficiência psíquica ou intelectual. Destaque-se que o atual diploma legal, laureando o princípio da Dignidade Humana, fez com que a pessoa com deficiência deixasse de ser estigmatizada como incapaz, adotando institutos protetivos específicos, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, para a prática de atos na vida civil.

Entretanto, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência avance bastante no sentido de garantir a plena isonomia para os direitos da pessoa com deficiência, colocando-as em um novo patamar enquanto sujeitos de direito, constata-se que há, ainda, uma grande dificuldade quanto à efetivação de políticas públicas necessárias para a plena inclusão social deste grupo na sociedade brasileira. É preciso lembrar que a Constituição vigente determina que a acessibilidade é direito fundamental da pessoa com deficiência, sendo essencial a superação de barreiras que obstem o exercício pleno do direito de ir e vir.

Outrossim, o novo olhar trazido pelo estatuto é de grande valia para a criação de mecanismos participativos no sentido de trazer os portadores de necessidades especiais para o centro das políticas públicas, como também estabelecer novas soluções de caráter jurídico, tornando a isonomia uma realidade para estes indivíduos.

Nesse sentido, a pesquisa objetiva fornecer novos subsídios teóricos para o âmbito acadêmico-jurídico sobre os novos caminhos inclusivos para as pessoas com deficiência. Com isso, busca-se aclarar os entendimentos sobre a possibilidade de enfrentamento da problemática a partir de uma ampla análise da Lei nº 13.146/2015 quanto à capacidade jurídica, como também observar as substanciais alterações no Código Civil de 2002. Frisa-se também a análise da superação da teoria das incapacidades, base fundamental para a

personalização dos direitos da pessoa com deficiência, tendo como premissa a isonomia de direitos e nesse sentido, a Dignidade da Pessoa Humana, marco de um Estado Democrático-Constitucional de Direito³.

Para depurar a problemática, a metodologia a ser utilizada consubstanciar-se-á, predominantemente, na pesquisa bibliográfica e de cunho documental, sedimentada no método dedutivo, balizando-se na utilização dos instrumentos de consulta na doutrina civilista pátria, na Constituição vigente, bem como na legislação infraconstitucional e jurisprudência correlata às novas alternativas inclusivas para a pessoa com deficiência e seus desdobramentos históricos, filosóficos e jurídicos.

A pesquisa se propõe a discutir os avanços e os desafios no âmbito jurídico quanto à ampliação dos direitos das pessoas com deficiência, sugerindo o envolvimento do Magistrado para que, a partir de uma perspectiva multiculturalista e participativa, contribua para o desenvolvimento de ações efetivas que empoderem este importante segmento da sociedade brasileira. Tais iniciativas são vitais para que este grupo tenha efetiva participação na formulação de políticas públicas, garantindo a personalização dos seus direitos e, sobretudo, a plena aplicabilidade de seus direitos fundamentais.

2 AS NOVAS DIRETRIZES PARA O TRATAMENTO LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A evolução legislativa brasileira de forma a incluir as pessoas com deficiência ainda é um processo bastante recente e com um viés bastante ligado à proteção assistencialista dentro do ordenamento jurídico-constitucional. Para exemplificar, a primeira legislação a dispor sobre uma tutela protetiva foi a Constituição de 1934, cujo artigo 138 decretava ser da incumbência da União, dos Estados e dos Municípios assegurar amparo aos desvalidos, com a criação de serviços especializados para os grupos sociais excluídos, sendo, segundo Luiz

³ A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático [*conceito utilizado nesse trabalho*]. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

Alberto David Araújo (1997, p. 58), “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente”.

Outro importante avanço durante a evolução legislativa para a tutela protetiva das pessoas com deficiência foi a Emenda Constitucional nº 12/1978 que buscou assegurar aos deficientes a melhoria de suas condições socioeconômicas, apontando instrumentos para a consecução deste objetivo, tendo o mérito de sistematizar em uma só emenda o rol de direitos específicos desse grupo de pessoas. (SALES, 2011, p.02).

Todavia, a Constituição de 1988 simbolizou um marco histórico na proteção à pessoa com deficiência ao dispor em seu artigo 3, inciso III, como objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e o princípio da igualdade, tendo como premissa essencial um modelo de inclusão da pessoa com deficiência calcada em políticas públicas de trabalho e emprego, de educação inclusiva e, sobretudo, na integração social e familiar desses grupos para o pleno direito à cidadania. (PIOVESAN, 2012, p.87-88).

Ainda esquadrihando a Constituição de 1988, o artigo 7 abriga inovação à vedação da discriminação em matéria de salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Somando-se a isso, o artigo 37, inciso VIII, assegura a reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, que foi regulamentado pela lei nº 8112/1990. Já o artigo 203 propõe medidas protetivas contra a exclusão social e assegura condições materiais mínimas à pessoa com deficiência, como no inciso V, ao prevê o pagamento do chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC) no valor de um salário mínimo ao deficiente e ao idoso comprovadamente hipossuficientes. (ARAÚJO, 2010, p.915).

Os artigos 227 e 244 tiveram essencial importância em dois pontos imprescindíveis para as pessoas com deficiência: em primeiro lugar, ao tornar como dever do Estado brasileiro a criação de programas de prevenção e atendimento especializado às pessoas com deficiência física, sensorial ou mental e de promover a integração do adolescente com deficiência, bem como definindo a ideia de acessibilidade, dando ao legislador infraconstitucional a fixação de normas de construção e adaptação de logradouros e edifícios de uso público, atuando para a remoção de barreiras arquitetônicas para a pessoa com deficiência. (CAMPOLI, SILVA e PIOVESAN, 2009, p.356).

Dessa forma, é preciso constatar que a Constituição atual foi vital para romper com a tendência biológico-assistencialista dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência tão propugnada durante o século XX, possibilitando a formulação de políticas públicas arrojadas no sentido de efetivar os direitos fundamentais das mesmas.

A legislação infraconstitucional abrangida por leis e decretos também acompanhou o avanço da Constituição de 1988 ao regulamentar diversos direitos imprescindíveis à pessoa com deficiência. Sendo assim, a Lei Federal nº 7.853/1989 buscou promover o exercício pleno dos direitos individuais e sociais da pessoa com deficiência, definindo que o Estado e a sociedade são responsáveis em assegurar o respeito aos direitos e as garantias das pessoas com deficiência, devendo definir estratégias de políticas públicas que visassem o acesso ao mercado de trabalho e a acessibilidade, bem como prevendo medidas punitivas contra aqueles que estigmatizassem ou tratassem com desrespeito a pessoa com deficiência. (PIOVESAN, 2012, p.356).

Outra lei de grande valia para a inclusão das pessoas com deficiência foi a Lei Federal nº 8.213/1991 que regulamentou na prática o artigo 37, inciso VIII, estabelecendo um sistema de cotas para empregados com deficiência. Tal ação afirmativa não teve apenas o objetivo de propiciar a melhoria de renda deste grupo, mas também, promover a integração via acesso ao mercado de trabalho das pessoas com deficiência, possibilitando assim sua visibilidade e participação no meio comunitário, bem como promovendo a cidadania a partir do trabalho. (QUARESMA, 2010, p.941).

A Lei Federal nº 8.742/1993 também teve o objetivo de possibilitar a melhoria no acesso aos serviços de assistência e seguridade social à pessoa com deficiência, delimitando os contornos do BPC (Benefício da Prestação Continuada) e definindo que são considerados hipossuficientes aqueles com renda per capita mensal inferior a um quarto de salário mínimo. Entretanto, esta lei mutilou a assistência social à pessoa com deficiência, posto de modo a deixar lacuna perpetuadora da exclusão social. O chamado requisito da incapacidade ou hipossuficiência, ao invés de contribuir para o enfrentamento da pobreza, do contrário, levou as pessoas com situação de penúria a resistir em participar do programa, em especial as pessoas com deficiência, pois restringiu o benefício apenas àquelas pessoas que são incapacitadas para a vida independente no trabalho. (SALES, 2011, p.06).

Quanto à acessibilidade, o Brasil tem uma legislação bastante protetiva com relação às pessoas com deficiência. A Lei Federal nº 10.048/2000 determinou que repartições públicas, empresas públicas e outros prestadores de serviços públicos dispensem tratamento prioritário no atendimento de pessoas com deficiência, a partir da reserva de local adequado para atendimento, como também que os logradouros públicos, banheiros públicos e os meios de transporte fossem planejados de maneira a facilitar o uso para pessoas com deficiência. (ARAÚJO, 2010, p.916-917).

Todavia, uma das falhas do sistema brasileiro de proteção aos direitos de pessoas com deficiência é justamente na visão exclusivista de que a acessibilidade é apenas a eliminação de barreiras arquitetônicas para pessoas com dificuldade de locomoção. Tal pensamento, ainda, mostra que os direitos da pessoa com deficiência são ainda pouco discutidos no âmbito da sociedade civil, principalmente dos grupos diretamente interessados, que deveriam participar ativamente na formulação e aplicação das políticas públicas. (SALES, 2011, p.07).

Outro ponto de grande polêmica na legislação infraconstitucional era quanto à definição de pessoa com deficiência. Os decretos de nº 914/1993, 3.298/1999 e 5.298/2004 definiam pessoa com deficiência como aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Ora, esse padrão de normalidade/anormalidade tem oposição aos novos conceitos de direitos fundamentais da pessoa com deficiência, pois, mais uma vez, se além a critérios biomédicos, e não socioeconômicos, não tratando este grupo como sujeitos de direitos.

Dessa forma, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), e seu Protocolo Facultativo, feitos em 2006, foram firmados pelo Estado brasileiro em 30 de março de 2007. Ao ser aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, e pelo Decreto do Poder Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adquiriu equivalência de Emenda Constitucional. Vale lembrar que com a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o § 3º no artigo 5, em que dispôs que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição, colocando dessa forma os tratados internacionais relacionados aos direitos humanos em um novo patamar, e celebrando o valor fundante da Constituição Cidadã: a dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2012, p.127-128).

Assim ao ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estado brasileiro assumiu o desafio de harmonizar seu arcabouço jurídico e adequar suas políticas públicas com a definição de deficiência descritas pela Convenção. Além de alterar aspectos relevantes quanto ao ajuste formal do conceito de deficiência e incapacidade, o Poder Público atuou no sentido de adotar em uma nova metodologia de avaliação da deficiência e do grau de incapacidade para a vida independente e para o trabalho, utilizadas

como parâmetros na concessão de benefícios vinculados aos programas sociais e às ações afirmativas existentes. (QUARESMA, 2010, p.942).

Porém, era fundamental que houvesse um dispositivo legal que consolidasse as leis e decretos existentes e avançasse nas conquistas que garantissem mais cidadania para as pessoas com deficiência. Nesse sentido, em 2015, o Senado aprovou por unanimidade o Projeto PLS 6/2003 do senador Paulo Paim (PT-RS), que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015, buscando estabelecer diretrizes gerais para assegurar, promover e proteger o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, estabelecendo com plenitude o Princípio da Igualdade, definido pela Constituição de 1988. (LIMA, 2015, p.223).

Sancionado pela presidenta Dilma Rousseff ainda em 2015 e com a sua entrada em vigor em 2016, a Lei nº 13.146/2015 é um resultado da intensa participação de segmentos ativos da sociedade civil, que defendem que o portador de deficiência permanente não pode ser apartado do convívio social, tratando-o como um sujeito protagonista da luta por seus direitos. Por conseguinte, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é um marco histórico no tratamento legal da pessoa com deficiência no Brasil a ratificar de forma ampla e irrestrita uma noção consagrada na Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil faz parte, e que, com o novo diploma legal, passa a assegurar que as pessoas com deficiência tenham uma lei específica. (MENEZES, 2015, p.02).

É imperioso ressaltar que em seus 127 artigos prevê-se uma série de garantias e direitos, além de se definirem prioridades e ações de caráter afirmativo e inclusivo a serem desenvolvidas pelo Estado, pelo setor privado e a sociedade civil para evitar a discriminação das pessoas portadoras de deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais. Ao invés de uma visão assistencialista e biologicista, que procurava munir a pessoa deficiente de instrumentos para adaptá-la ao meio social e ao sistema normativo, agora, a sociedade e o Poder Público devem desenvolver políticas públicas inclusivas para acolher as pessoas com deficiência. (LIMA, 2015, p.223).

Portanto, as novas diretrizes para o tratamento legal da pessoa com deficiência no Brasil, em especial com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inauguram um marco para a emancipação social e política das pessoas com deficiência no país, podendo ser descrita como um processo longo e vigoroso de conquistas de legislações protetivas que coloquem a pessoa com deficiência enquanto centro das políticas públicas de direitos humanos, garantindo sua plena participação em todas as esferas da sociedade.

2.1 A superação da teoria das incapacidades no Direito brasileiro

Ao longo da história do Direito Brasileiro, a concepção de capacidade de exercício para a prática dos atos da vida civil esteve ligada a ideia de discernimento, existindo diversas possibilidades de enquadramento nos moldes legais, classificando como sujeitos jurídicos que tivessem pleno discernimento como pessoas plenamente capazes; algum discernimento com relativamente incapazes; e nenhum discernimento como absolutamente incapazes. (LIMA, 2015, p.224).

É preciso lembrar que o revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 3, negava a capacidade de exercício, definindo como “absolutamente incapazes aos chamados loucos de todo o gênero”, ou seja, aqueles que apresentassem transtorno mental. Da mesma forma, era negada aos “menores de dezesseis anos de idade, aos surdos-mudos, que não pudessem exprimir a sua vontade, e aos ausentes, declarados tais por ato do juiz”. Além disso, definia-se como “relativamente incapazes, por deficiência mental, aqueles que tivessem o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. (GONÇALVES, 2016, p.110).

Ora, o legislador brasileiro à época não se atentou para o grau de comprometimento das faculdades mentais e intelectuais, nem para os diferentes transtornos mentais, problemas neurológicos e desenvolvimento mental incompleto. Nesses casos era necessário o processo judicial para decretar a interdição e nomear o representante legal do incapaz, sendo que a interdição servia naquele contexto a proteger o incapaz, principalmente nas questões de natureza patrimonial, uma vez que o foco protetivo do diploma legal de 1916 era muito mais nos papéis do sujeito no mundo jurídico do que no aspecto existencial da pessoa humana. (LIMA, 2015, p.226).

Todavia, com a emergência da constitucionalização do Direito Civil e o advento da Constituição de 1988, houve um processo de repersonalização do Direito Privado, recolocando a pessoa humana enquanto centro do Direito Civil, passando as questões patrimoniais para o segundo plano. No caso da teoria das incapacidades, começou a haver críticas por parte da doutrina, de sua má aplicação, ao privar a pessoa com deficiência com a interdição do exercício dos seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 fez mudanças significativas na teoria das incapacidades, porém não se afastou de fixar as três categorias de sujeitos jurídicos, ligando a capacidade de exercício ao discernimento. Assim, baseado em outra visão das relações jurídicas privadas, bem como nos avanços da Psiquiatria, o diploma legal de 2002 buscou dar um tratamento adequado aos transtornos mentais, enquanto restrição à capacidade de fato. Em

primeiro ponto, dispôs como absolutamente incapazes, além dos menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Em segundo ponto, dispôs como relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos. (GONÇALVES, 2016, p.110-115).

Por conseguinte, o Código Civil de 2002 buscou ampliar o leque de possibilidades de enquadramento jurídico das pessoas que possuem déficit de discernimento, embora ainda ligasse a capacidade jurídica à ideia de discernimento, interditando aquelas que fossem absolutamente ou relativamente incapazes. Frisa-se que o estatuto civil avançou ao tornar desenvolvimento mental incompleto como causa autônoma de incapacidade relativa, objetivando dar uma solução moderada nos casos em que o transtorno mental não afetava o discernimento da pessoa em praticar os atos jurídicos. No entanto, este diploma legal não ficou isento de críticas, pois, ao ainda trabalhar com um modelo de teoria de incapacidades abstrato, o Código Civil de 2002 não personalizou os direitos das pessoas com deficiência, privando-as do acesso aos seus direitos fundamentais. (LIMA, 2015, p.225).

Por isso, a Lei n° 13.146/2015 foi fundamental para superar a teoria das incapacidades ao romper com a concepção de que a pessoa com deficiência tem um valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais. Vale ressaltar que o artigo 6 do EPD/15 expressa, de modo bastante claro, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa que poderá, inclusive, casar e constituir união estável; exercer os direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos; ter acesso às informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar a sua fertilidade; exercer o direito à família e à convivência comunitária; e, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (MENEZES, 2015, p.12-13).

Com a vigência desse diploma legal, ocorreu um novo processo de “repersonalização do direito civil”, colocando as pessoas com deficiência em um novo patamar, isto é, tornando-as sujeitos de direito, possibilitando o processo de autonomia em suas decisões.

Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 revogou expressamente os incisos I, II e III do artigo 3 do Código Civil de 2002, mostrando que a deficiência não é mais um critério hábil para, por si, afirmar a incapacidade absoluta do sujeito e, portanto, para o impedimento do pleno exercício de sua vida civil. Além disso, o diploma legal que protege

as pessoas com deficiência alterou as redações dos incisos III e IV do artigo 4 do Código Civil de 2002, considerando apenas relativamente incapazes os ébrios habituais, os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. (TARTUCE, 2016, p.1441).

Assim, houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, repercutindo de forma direta nos institutos do direito assistencial, em especial para a curatela. É fundamental salientar que essa enorme modificação gerou controvérsias entre os doutrinadores civilistas quanto ao que foi disposto pelo novo Estatuto, conforme se abstrai do trecho abaixo:

Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira - à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel - condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente - liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze - aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão. (TARTUCE, 2016, p. 1441).

Vale salientar que Pablo Stolze (2015, p.03) sustenta a sua posição, dizendo que ao homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estatuto da Pessoa com Deficiência pretendeu fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser estigmatizada como incapaz, mas não se descuidou da necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, para a prática de atos na vida civil, como afirma o artigo 84 do presente estatuto legal.

Dessa maneira, a superação da teoria das incapacidades proporcionada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência teve como objetivo colocar também no centro do Direito Civil a autonomia da vontade das pessoas com deficiência. Como aduz Dworkin (2003, p.317), o direito individual à autonomia é que torna possível a autocriação e permite a expansão da personalidade do sujeito, permitindo que cada indivíduo seja aquilo que é dentro dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico. Ora, se o Estado brasileiro garante à pessoa, indistintamente, a dignidade que a legitima enquanto pessoa humana, não pode negar efeito jurídico a essa autonomia, exceto nos casos extremos e especificamente localizados e com o fim de melhor lhes assegurar uma proteção.

Portanto, a superação da teoria das incapacidades demonstra que a categorização do ser humano no binômio capaz/incapaz nunca foi efetivo no ser da realidade normativa, uma vez que a multiplicidade de situações da vida ultrapassa os modelos jurídicos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência assegurou a pessoa com deficiência a plena autonomia em desenvolver a sua vontade, prevendo em casos de dificuldade concreta para a realização de sua capacidade legal necessitar do auxílio de outras para exercer direitos de natureza patrimonial e de natureza existencial a partir da curatela e da tomada de decisão apoiada. Assim, a Lei nº 13.146/2015 cumpre mais uma etapa em personalizar os direitos da pessoa com deficiência, garantindo a esse grupo para o exercício independente de seus direitos fundamentais.

2.2 Inovações da Lei nº 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência reverbera-se como um marco para a emancipação das pessoas com deficiência, ao dispor sobre os mecanismos de apoio à capacidade legal. Nancy Fraser (2010, p.167-168) aduz que tais políticas se inserem nos chamados dois eixos para a realização da justiça: o *reconhecimento*, ou seja, a garantia por parte do ordenamento jurídico de que os grupos antes marginalizados pela sociedade passarão a ter respeito social, e a *redistribuição*, isto é, a criação de condições econômicas e sociais que proporcionem maior igualdade material entre os grupos.

Nesse ínterim, a Lei nº 13.146/2015 concebeu diversas inovações, como também reforçou novas prioridades. Vale ressaltar o artigo 8, que ressaltou de forma expressa o papel compartilhado do Estado, da família e da sociedade em efetivar de forma prioritária os direitos da pessoa com deficiência, seja os relacionados à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, como também os direitos sociais, como a educação, a saúde, a habitação, o transporte, a acessibilidade, a cultura, mas, sobretudo, a dignidade, a liberdade e a convivência comunitária, conforme assegura a Constituição e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Tal compartilhamento de responsabilidades será fundamental para o estabelecimento de ações protetivas e mecanismos políticos que ampliem os direitos da pessoa com deficiência. (MENEZES, 2015, p.25).

Dentro das políticas de reconhecimento de direitos, o artigo 9 do novo diploma legal assegurou de forma inovadora, conforme o conceito de acessibilidade, a garantia da disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque; o acesso a informações e

disponibilização de recursos de comunicação acessíveis; recebimento de restituição de imposto de renda; tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências. (LIMA, 2015, p.229).

Quanto às ações afirmativas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência propôs cotas mínimas para este grupo, seja em unidades habitacionais, estabelecendo 3% de suas vagas (artigo 32, I); seja ao propor que 10% dos computadores de *lan houses* deverão ter recursos de acessibilidade para pessoa com deficiência visual (artigo 63, § 3). Conforme Miguel (2005, p. 30), tais iniciativas “visam resgatar grupos em mais profunda desvantagem na sociedade contemporânea que foram sujeitos a exclusão legal da cidadania e a discriminação patrocinada pelo Estado”.

Com relação às questões sociais, o artigo 94 da Lei nº 13.146/2015 foi importante ao estabelecer o chamado auxílio inclusão para pessoa com deficiência moderada ou grave. É preciso lembrar que a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) estabeleceu que só pode receber o Benefício de Prestação Continuada a pessoa com deficiência que estivesse incapacitada para o trabalho; e não receberia mais o benefício caso o indivíduo ingressasse no trabalho remunerado. Agora, pela nova lei, a pessoa com deficiência admitida em trabalho remunerado terá suspenso o benefício de prestação continuada, mas passará a receber o auxílio-inclusão. Esse dispositivo legal é de grande valia nas políticas redistributivas de renda, estabelecendo um mecanismo protetivo para grupos antes estigmatizados pelo Estado brasileiro. (LIMA, 2015, p.232).

Por último, cabe analisar um novo mecanismo de apoio para a capacidade legal destacada pelo novo Estatuto: a tomada de decisão apoiada. O artigo 115 da Lei nº 13.146/2015 ao acrescentar o artigo 1.783-a e onze parágrafos ao Código Civil, estabeleceu que a tomada de decisão apoiada tem como escopo a preservação da autonomia da pessoa com deficiência, entretanto, buscando protegê-la, permite que esta receba apoio de terceiros no processo de tomada de decisão e, em especial, aquelas que implicarem efeitos jurídicos para si ou terceiros. Assim, dependendo do caso concreto, fixa-se o âmbito da vida da pessoa na qual a medida será conferida.

De início, conforme o *caput* da norma, a tomada de decisão apoiada é processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. A este autor parece que a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime

de incapacidades dos maiores, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela. (TARTUCE, 2016, p.1474).

É imperioso ressaltar que esse apoio deve envolver o esclarecimento acerca dos fatores preponderantes para a decisão sobre ato ou negócio jurídico, incluindo a ponderação sobre os seus efeitos, auxiliando na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Todos esses mecanismos devem garantir à pessoa com deficiência o direito de decidir, desaparecendo a discussão sobre a validade/eficácia dos negócios jurídicos praticados. A tomada de decisão apoiada se enquadra enquanto bandeira de luta humanitária, consolidando a mudança de paradigma na apreciação da autonomia do sujeito com deficiência, não mais como sujeito incapaz de decidir, mas como um protagonista de seus atos dentro das relações privadas. (MENEZES, 2015, p.16).

Assim, as novidades proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência resultam da luta consciente dos movimentos e associações de apoio às pessoas com deficiência que lutam há décadas por novas políticas públicas que retirem estes grupos de um processo de marginalização e estigmatização de sua cidadania perante a sociedade e o Poder Público. Entretanto, tais direitos precisam ser efetivados a partir da ampla participação e a criação de mecanismos dialógicos dos grupos envolvidos em defesa desses direitos, envolvendo de forma fundamental o magistrado para a concretização dessas conquistas.

3 O PAPEL DO MAGISTRADO NA GARANTIA DE NOVAS PERSPECTIVAS PARA UMA MAIOR INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Como visto anteriormente, a luta pela inclusão das pessoas com deficiência no Brasil sempre foi marcada por um longo e árido caminho na garantia de ações afirmativas e inclusivas que ressignifiquem a dignidade humana desses grupos perante a sociedade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi mais um passo para a tentativa de se concretizar políticas de reconhecimento e redistribuição social dentro de uma perspectiva multiculturalista, procurando incluir no regime democrático-liberal grupos sociais que antes viviam marginalizados por não estarem de acordo com a ideia do padrão social desenvolvido pela cultura dominante, atribuindo um significado negativo a identidade de grupo. (MIGUEL, 2005, p.30).

Todavia, esse processo de inclusão e reparação das pessoas com deficiência, na maior parte das vezes, tem envolvido cada vez menos os grupos interessados na concretização dessas políticas de reparação social. Vale ressaltar que ao analisar os dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e a própria Lei nº 13.146/2015, não há nenhum ponto ressaltando o processo de inclusão da pessoa com deficiência na arena política e nas esferas decisórias para a formulação de políticas públicas. Ora, autoras como Heloísa Borges Pedrosa Campoli, Flávia Piovesan e Beatriz Pereira da Silva (2009, p.304-305) explicitam, como uma falha do sistema brasileiro de proteção aos direitos de pessoas com deficiência, a baixa participação da sociedade civil, principalmente dos grupos afetados, na elaboração e na execução das políticas públicas.

Esse processo de falta de participação das pessoas com deficiência na construção de ações públicas que concretizem seus direitos é fruto, sobretudo, do processo de cidadania no Brasil. Para José Murilo de Carvalho (2002, p.219-221), enquanto que nas democracias consolidadas, como a americana ou a inglesa, havia uma lógica que reforçava a convicção democrática, com a garantia, em primeiro ponto das liberdades civis, depois dos direitos políticos abonados pelos partidos políticos e o Legislativo e, em último, a tutela protetiva estatal a partir dos direitos sociais, no Brasil, esse processo se inverteu completamente: primeiro vieram os direitos sociais, nascidos no governo Vargas; depois os direitos políticos, expandidos de forma curiosa durante os períodos autoritários; e, por último, os direitos civis, que continuam inacessíveis para a maioria do povo.

Desse modo, a inversão dessa lógica traduziu-se na excessiva valorização que os grupos mais estigmatizados e oprimidos da sociedade têm em relação ao Poder Executivo.

O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação. Como vimos, até mesmo uma parcela do movimento operário na Primeira República orientou-se nessa direção; parcela ainda maior adaptou-se a ela na década de 30. Essa cultura orientada mais para o Estado do que para a representação é o que chamamos de "estadania", em contraste com a cidadania. (CARVALHO, 2002, p.221).

Exemplos dessa crença no Estado como garantidor dos direitos da pessoa com deficiência foi a criação em 2010 da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência por meio do Decreto nº 7.256/2010, como também da criação de

diversos órgãos protetivos destes grupos nos Estados e municípios visando coordenar políticas públicas nessa área. No entanto, direitos fundamentais como a acessibilidade ainda não são garantidos a todos, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, ao impedir o ir e vir do cidadão. Por isso, para a efetivação da cidadania das pessoas com deficiência é fundamental a abertura de espaços na arena pública para que estes cidadãos possam propor ações e medidas necessárias para a efetivação dos seus direitos fundamentais. (MIGUEL, 2005, p.29).

É nesse sentido que o papel do magistrado é de grande valia para atuar em parceria com as pessoas com deficiência para o estabelecimento de políticas públicas empoderadoras que promovam a cidadania e a inclusão. Vale lembrar que dentro do sistema jurídico-constitucional vigente, a Magistratura tem o papel para desempenhar as funções básicas: solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garantia da preservação e desenvolvimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemplado na Constituição de 1988. No caso das pessoas com deficiência, é papel do magistrado garantir o cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como também, auxiliar junto ao Poder Público na plena efetivação dessas políticas. (SARLET, 2010, p. 239-241).

Porém, a desigualdade de acesso na arena política para os grupos mais estigmatizados na sociedade brasileira não é fundada apenas no controle dos espaços jurídicos ou do monopólio midiático, mas, sobretudo, pela deslegitimação da expressão dos dominados no campo político. Como afirma Bourdieu (2007, p.538):

a linguagem dominante destrói, ao desacreditá-lo, o discurso político espontâneo dos dominados: não lhes deixa outra opção que não o silêncio ou a linguagem emprestada, cuja lógica não é mais a do uso popular, sem ser a do uso culto, linguagem enguiçada, onde as ‘palavras elevadas’ estão presentes apenas para assinalar a dignidade da intenção expressiva e que, nada podendo transmitir de verdadeiro, de real, de ‘sentido’, priva aquele que a fala da experiência mesma que julga exprimir.

Por isso, é dentro de uma perspectiva multiculturalista e participativa, que o magistrado deve enfatizar seu papel de defesa dos grupos mais estigmatizados e em especial da pessoa com deficiência, a partir de iniciativas importantes como a realização de audiências públicas junto com as pessoas com deficiência, para que elas possam relatar os seus problemas frente ao cotidiano e que possam, junto aos órgãos jurisdicionais, formular

soluções de cunho prático para garantir a efetivação de seus direitos fundamentais como, também, a realização de palestras com a presença de juízes nas escolas públicas no intuito de divulgar o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a ideia de como as políticas de reconhecimento e redistribuição são fundamentais para integrar a pessoa com deficiência para com a sociedade.

Além disso, a parceria entre os órgãos jurisdicionais e Organizações não Governamentais (ONGs) representantes dos direitos das pessoas com deficiência no sentido de se estruturar projetos sociais inclusivos voltados à promoção da cidadania e da educação popular, incentivando a formação política das pessoas com deficiência, podem influir decisivamente na efetivação de seus próprios direitos.

Portanto, abrir novas perspectivas para os direitos da pessoa com deficiência perpassa por um amplo processo dialógico entre estes grupos e a posição majoritária da sociedade, a partir de mecanismos cada vez mais expressivos de comunicação e de participação política, para que os mesmos possam expor de forma equânime e livre as suas reivindicações na esfera pública. Construir uma democracia valorada nos princípios da isonomia significa sanar os paradoxos entre as diferenças sociais e o valor da igualdade, a partir da promoção da cidadania e o reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitos que também são protagonistas em face da construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro de uma visão dedutiva, o presente estudo trouxe contribuições científicas sob o influxo de uma nova forma de abordagem quanto à problemática da abertura de novos caminhos para a pessoa com deficiência por meio de uma análise depurada do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, partindo da premissa que o Direito é um elemento fundamental no combate às desigualdades e ao preconceito. Buscou-se aprofundar o exame das controvérsias pertinentes ao reconhecimento dos direitos da Pessoa com Deficiência no Brasil e, ainda, das dificuldades e desafios alusivos às questões normativas, filosóficas e políticas.

Observou-se a importância da evolução da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como da própria Lei nº 13.146/2015, no que se refere ao objetivo estratégico de formar uma sociedade que reconheça a inclusão como um valor positivo, mas, que também possa emancipar social e politicamente grupos que antes foram estigmatizados e

excluídos do processo de cidadania, sobretudo sujeitos a discriminação patrocinada pelo Poder Público.

No entanto, apesar destes avanços na área jurídica e no âmbito do alcance protetivo conferidos aos Direitos Humanos, uma das grandes falhas do sistema brasileiro de proteção às pessoas com deficiência é a baixa participação dos grupos envolvidos e da sociedade civil, resultado de um processo histórico de formação da cidadania, em que há uma crença generalizada no Estado brasileiro enquanto garantidor dos direitos dos mais fracos e oprimidos.

Assim, verificou-se que a abertura de novos cenários para a pessoa com deficiência demanda o enfrentamento corajoso da problemática, perpassando pela atuação proativa dos magistrados e dos órgãos jurisdicionais, dentro de uma perspectiva multiculturalista e participativa, promovendo iniciativas que disponibilizem canais abertos de diálogos às pessoas com deficiência, com o escopo de fomentar uma atuação empoderada do seu público-alvo.

É preciso planejar/executar ações educativas, condizentes com a ideia de desenvolvimento humano e, sobretudo, potencializar investimento maciço na formação básica do cidadão, desde a mais tenra idade, para conviver com as diferenças, aceitando-as e dignificando-as no melhor sentido da expressão “solidariedade social”, onde todos e cada um são sujeitos de direitos, responsáveis pela construção do progresso da nação. Somente através da educação será possível preparar as novas gerações para o exercício pleno dos seus direitos fundamentais.

Do exposto, constatou-se que apesar dos diversos avanços oriundos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da edição de medidas inovadoras que proporcionam mais autonomia e independência para a pessoa com deficiência, ainda é flagrante o cenário de violações nos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, seja na questão da acessibilidade como também na falta de acesso aos canais de participação popular. Em passo igual, detectou-se a título de resultados do estudo que, para superar tais obstáculos, é essencial que os magistrados atuem em parceria com a sociedade civil e os movimentos sociais, no sentido de desenvolver ações afirmativas e atreladas à conscientização social, que juntas possam assegurar a plena aplicabilidade dos direitos fundamentais desse segmento minoritário da sociedade brasileira, abrindo novos caminhos inclusivos para a pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 1997.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação de direitos. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre, RS: Zouk, 2007.

CAMPOLI, Heloísa Borges Pedrosa; PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Temas de direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v.1.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/98362>>. Acesso em 02.jan.2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. v. 4, n. 1, p. 01-34, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria democrática atual: esboço de mapeamento**. BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n. 59. São Paulo, 2005, p. 5-42.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUARESMA, Regina. A Pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. A proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil: o Diálogo entre o direito interno e o direito internacional. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sócio jurídicas**. v. 11, n. 16, p. 1-12, 2011. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/703/362>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STOLZE, Pablo. Estatuto da pessoa com deficiência e sistema de incapacidade civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

NEW INCLUSIVE PATHWAYS OF THE DISABLED PERSON IN BRAZILIAN SOCIETY UNDER LAW 13.146/2015

ABSTRACT

Law 13.146/2015 is a milestone in the face of personalization of the rights of persons with disabilities, aiming at the promotion of Human Rights. It is sought through the deductive method to discuss the new inclusive alternatives for the disabled person. Despite the numerous advances in Law 13.146/2015, violations of the rights of persons with disabilities are still flagrant, especially regarding the lack of access to popular participation channels. It presents as undoubtedly the performance of the magistrates, within a multiculturalist perspective with civil society, developing actions empowering persons with disabilities and ensuring the full applicability of their fundamental rights.

Keywords: Person with disability. Human rights. Human dignity.



POLÍTICA, JUSTIÇA E PODER: O DESCRÉDITO NO LEGISLATIVO LEGITIMA UMA ATUAÇÃO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL?

*Isabela Santos Dias¹
Yago da Costa Nunes dos Santos²*

RESUMO

A democracia brasileira vivencia tempos conturbados, de descrédito no Poder Legislativo e uma aparente crise de representatividade no Congresso Nacional. Assim, o Poder Judiciário aparece como suposta alternativa essencial à manutenção do Estado de Direito. Todavia, há quem vislumbre aqui verdadeira atuação abusiva dos juízes, pois constantemente ultrapassariam limites hermenêutico-interpretativos, inovando no ordenamento jurídico. Numa análise que perpassa por pressupostos filosóficos e jurídicos, este artigo começa traçando uma abordagem histórica entre o Direito e a justiça, até desembocar no hodierno embate entre a concretização do justo e o ativismo judicial.

Palavras chave: Ativismo judicial. Crise política. Legitimidade. Democracia.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Membro do Núcleo de Competições Internacionais

² Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Membro do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade, do Núcleo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade e do Grupo de Pesquisa acerca das Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito Processual.

“As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuarem previamente, é como se se quisesse coser pétalas com linhas, o primeiro sol do meio dia haveria de chamuscá-las.”
(Konrad Hesse)

1 INTRODUÇÃO

O poder consiste numa espécie de potência básica que anima a existência dos agrupamentos humanos, mantendo-os unidos, coesos e solidários. Sem essa energia, vislumbra-se o caos, a guerra de todos contra todos, de maneira que o poderio estatal se impõe como verdadeiro limitador ao criar normas de comportamento e utilizar do Direito a fim de proporcionar a conformação social.

Assim, com o perpassar da história e o surgimento de sociedades cada vez mais complexas, fez-se necessário aprimorar os modelos jurídico-político organizacionais, de modo a permitir o eficiente funcionamento do Estado e o desenvolvimento da esfera individual dos cidadãos. Os poderes de fato se permutaram em poderes de direito e ideias como as de Locke, Montesquieu e Rousseau se delineararam como autêntica revolução copernicana. Esta concatenação de eventos resultou nos pilares do Estado Democrático de Direito, que hoje se observa: reconheceu-se a supremacia da Constituição, a separação dos poderes e a afirmação da democracia participativa enquanto modelo governamental.

A despeito do amadurecimento da *cultura constitucional*, o Brasil vivencia um momento político demasiado conturbado. As descobertas dos desvios de dinheiro público, advindas de investigações como o *Mensalão* e a *Lava-Jato*, agravaram a crise de confiança na qual o país está imerso. Por conseguinte, tem-se o descrédito da população no Poder Legislativo, cujas bases parecem mergulhadas em escândalos de corrupção, que provocam genuína crise de legitimidade na jovem democracia brasileira.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tenta se mostrar como a *última voz* de esperança, que ao ecoar em meio ao caos e ao ceticismo, acaba por sinalizar uma suposta saída democrática, que adeque o Direito aos postulados da Justiça e transmute a solidez retrógrada da lei no progresso representado pelas inéditas normas delas extraíveis.

É com vistas neste cenário que o artigo em tela pleiteia analisar o ativismo judicial, questionando se é ele um produto da crise política e da descrença do povo no Legislativo

brasileiro, que resulta no depósito de demasiadas expectativas no Judiciário. Para tanto, contudo, parece metodologicamente mais adequado compreender o histórico dinamismo entre quem julga e quem produz a lei, partindo de uma análise dos enlaces entre as concepções de justiça, poder e direito.

2 OS ENLACES ENTRE PODER, JUSTIÇA E DIREITO

Michael Sandel (2012, p. 43-54) demonstra que as relações entre a justiça, o poder e o Direito podem ser vislumbradas desde as mais singelas escolhas humanas, mas também nas políticas de Estado e nos grandes feitos emplacados pela sociedade moderna. Isso já tinha sido constatado por Foucault (1979, p. 49), que em sua *Microfísica do Poder* deixa claro que “não são necessariamente os que exercem o poder que têm interesse em exercê-lo; os que têm interesse em exercê-lo não o exercem e o desejo do poder estabelece uma relação ainda singular entre o poder e o interesse”. Desse modo, onde há vontade, há poder; onde há poder, deve haver o Direito, para mediante procedimentos justos, realizar sua contenção.

Por isso, na Antiguidade clássica, o Direito se constrói tendo como lastro a ideia de justiça cósmica e realiza-se enquanto reflexo da natureza humana. Assim, tem-se em Heráclito de Éfeso a defesa da existência de uma ordem jurídica imutável, em conformidade com a lei natural e a razão universal, donde o Direito positivo tiraria sua força e seu prestígio (MACHADO NETO, 1957, p. 13).

Os sofistas, por seu turno, apesar de negarem a razão enquanto medida do conhecimento, defendem a centralidade humana como parâmetro de todas as coisas e, por isso, com a filosofia antropológica de Protágoras, buscou-se saber o que é justo segundo a natureza e o que é posto apenas utilitariamente pelos homens.

Em Sócrates, todo o labor intelectual se dirige através da razão e da maiêutica, método através do qual ele pleiteava encontrar conceitos éticos, sendo um destes a justiça. Como o conceito, para a filosofia socrática, era a representação de um objeto realmente existente, necessário é concluir pela afirmação de um ideal de justiça imutável. Enquanto isso, porém, Aristóteles, defendia a existência de um Direito natural que constantemente fundamentaria o direito positivo (MACHADO NETO, 1957, p. 11-22).

Na Idade Média, a doutrina cristã desenha novas dimensões ao problema da justiça, que passa a ser encarada como emanção da vontade divina. Neste cenário, há uma mudança paradigmática em relação ao homem, daí em diante visto não como um ser político, mas

social, detentor de dignidade e livre arbítrio (COMPARATO, 2013, p. 13). Por ser livre, o homem era destinado à salvação, e, para salvar-se havia de se conformar à ordem divina, cuja máxima expressão era a lei. “*Lex e ordo* (lei e ordem) passaram a ser a chave mestre da concepção medieval do Direito” (FERRAZ JR, 2011, p. 38). Neste período, a filosofia agostiniana e tomista, embasadas, respectivamente, em Platão e Aristóteles, afloram como pensamento dominante que reverbera na história enquanto marco teórico do Direito com uma dimensão de sacralidade transcendente.

Com o surgimento do Estado Moderno, o pensamento contratualista ganha espaço na filosofia social e política. Neste contexto, Thomas Hobbes aparece como fundamentador de um *Leviatã* poderoso, do qual emanaria todo o Direito existente e ao qual competiria definir o justo e o injusto (CHEVALLIER, 1982, p. 362). Para ele, o homem é um ser hedonista, que busca o constante prazer e a felicidade, “levado a respeitar as leis naturais somente se e nos limites nos quais o outro as respeita” (BOBBIO, 2006, p. 34). Logo, vislumbra-se a ideia do *homo homini lupus*, isto é, o homem como lobo do homem, que para manter a ordem e a paz, delega toda a sua liberdade a um terceiro, em busca de proteção e segurança. Todavia, Jean Jacques Chevallier, ao analisar a obra hobbesiana, assinala que, a despeito dessa transferência operada pelos homens naturais ser total e absoluta, as vontades individuais que firmaram o contrato com o Leviatã em nenhum momento se fundamentam numa vontade comum ou “geral” (CHEVALLIER, 1982, p. 364).

Diferente, contudo, é o pensamento rousseauiano, segundo o qual por mais livre que seja o homem, sempre estará ele preso a grilhões, precisando – por isso mesmo – agrupar-se, a fim de possibilitar o exercício de todas as suas faculdades individuais³. Vê-se, então, que o fundamento do contrato social, nos autores supracitados, é distinto: enquanto Hobbes defende a necessidade do Estado para assegurar a paz e, portanto, o Direito estabelecido pelo governante, Rousseau advoga que a existência do Estado objetiva garantir a realização da vontade geral.

O fato é que o advento do Estado moderno trouxe consigo a concepção positivista da ordem jurídica, de tal modo que rompeu com a visão dualista entre direito natural e positivo. Instaurou-se, assim, o monismo jurídico, segundo o qual todo o Direito era prescrito pelo poder Estatal. Por esse prisma, Norberto Bobbio (2006, p. 26) pontua que “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro Direito senão o positivo”.

³ Rousseau inicia sua obra maior dizendo que “O homem nasceu livre, porém, por toda parte, encontra-se sob os grilhões” (2013, p. 17).

Esta mudança de perspectiva implica também uma transformação a respeito do papel do juiz na resolução dos casos concretos. Se antes, a solução dos conflitos se dava não só com base no Direito escrito, mas também fundamentada nos costumes e critérios equitativos, doravante, passou-se a defender uma maior cientificidade na aplicação da justiça, que deveria calcar-se nas normas postas pelo Estado.

Ao magistrado, desta maneira, restou subtraída a faculdade de criação jurídica a partir das normas sociais, sendo-lhe relegada a mera subsunção da legislação à situação fática. O positivismo tem, portanto, como característica, o legalismo estatal, que por sua vez se coaduna com a ideia weberiana⁴ de legitimidade legal-burocrática (2004 p. 57). Efetivamente, “para o positivismo jurídico, o Direito é um fato e não um valor. O jurista deve estudar o direito, do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural” (SOARES, 2012, p. 2).

Tal concepção, entretanto, mostrou-se incapaz de acompanhar as inovações advindas do ineditismo que a realidade oferta. O próprio Hobbes vê um limite na onipotência do legislador, já que este, “não sendo Deus, não pode prever todas as circunstâncias” (BOBBIO, 2006, p.43).

Na busca por soluções para tal problemática, tem-se delineado, no âmbito da filosofia e da hermenêutica, o pós-positivismo jurídico, que busca reaproximar a norma posta e os ideais valorativos de justiça. Dessa forma, o Direito passa a estar inundado de influências advindas da Ética e da cultura, que se plasmam em princípios, de tal maneira a reafirmar os enlaces existentes entre legitimidade e justiça.

Materializa-se, portanto, a incessante busca por um Direito justo e, ao mesmo tempo, estável, que se funda na lei, mas também nos valores de um povo. O juiz já não se apresenta como funcionário inerte do Estado, mas surge como verdadeiro intérprete da lei e das normas constitucionais. Neste contexto, aparece o questionamento a respeito dos limites entre a interpretação e a inovação no ordenamento jurídico; entre a legitimidade do judiciário para realizar direitos fundamentais e a necessária separação de poderes num Estado democrático de Direito; entre a atividade interpretativa e o ativismo judicial.

⁴ Para Max Weber existem três fundamentos da legitimidade: “antes de tudo, a autoridade do ‘passado eterno’, isto é, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los. Tal é o poder tradicional, que o patriarca ou senhor de terras outrora exercia. Existe em segundo lugar a autoridade que se funda em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo (carisma). [...] Existe, por fim, a autoridade que se impõe em razão da legalidade, em razão da crença na validade de um estatuto legal e de uma competência positiva, fundada em regras racionalmente estabelecidas”.

3 ATIVISMO JUDICIAL: QUANDO O JUIZ SE TRANSFORMA EM LEGISLADOR

Na *modernidade líquida*, o tempo parece ter sido abolido pelo instante, de maneira que as constantes transformações sociais são a tônica da realidade hodierna (BAUMAN, 2001, p. 9). Por esse prisma, os sistemas jurídicos, mormente nos regimes de matriz romano germânica, encontram como obstáculo a necessidade de se manterem atuais.

É nesta conjuntura que, no pós-guerra, desenha-se o pós-positivismo jurídico, e se propõe, como inexoráveis consequências, o construtivismo principiológico, o reconhecimento de que as normas podem ter conteúdo moral, e a propagada diferenciação entre o texto e o sentido dele se extraível (STRECK, 2011, p. 84). Por conseguinte, tem-se o *judicial activism* (ativismo judicial), enquanto autêntica alternativa ao atraso normativo em relação às mutações sócio-políticas.

É bem verdade que se encontram indícios do que hoje se denomina de ativismo judicial desde o Direito Romano, a exemplo do que acontecia na *actio publiciana*⁵ (MARKY, 1995, p. 70). Entretanto, o termo só fora cunhado em 1947, pelo historiador e crítico social norte-americano Arthur Schlesinger Jr, em uma matéria da revista *Fortune*⁶, intitulada *A Suprema Corte* (KMIEC, 2004, p. 1446). A despeito da utilização da expressão à época, por muito tempo seu significado não fora delimitado, de tal modo a obstar a real compreensão daquilo por ela designado. Essa situação reflete no fato de que, a priori, a expressão podia ter conotação positiva, conquanto isso nem sempre fosse uma constante⁷.

Isto fica mais nítido quando se percebe a inexistência de consenso acerca do conceito de ativismo judicial. Para o professor Luiz Flávio Gomes⁸, o ativismo judicial representa “uma espécie de intromissão indevida do judiciário na função legislativa”. Nas palavras de Marshall, pesquisador estadunidense (2002, p. 34), consiste na “recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”.

⁵ Um pretor chamado Quinto Publicius, no afã de conferir maior justiça ao Direito romano, criou a *actio publiciana*, que era ação apta a exigir a devolução da coisa ao comprador.

⁶ A *Fortune* é uma revista americana sobre negócios, fundada por Henry Luce em 1930.

⁷ Francisco Antônio Pereira Rodrigues (2008, p. 55), esclarece que “Embora o termo tenha sido manuseado pejorativamente desde os primórdios de sua utilização, ele também serviu para referências positivas. Um dos juízes da Corte de 1947, classificado por Schlesinger como ativista, Frank Murphy, foi elogiado por seus votos, que seriam reflexos de sua objetividade e independência como juiz, nos casos de direitos civis”.

⁸ O autor explica que “judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o “ativismo judicial” (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição)”. (2009, página da internet).

Em contraponto, há posicionamentos no sentido de que o ativismo judicial corresponde à legítima defesa dos princípios constitucionais e, portanto, estaria de acordo com o ordenamento jurídico, já que, segundo Garcia Herrera (2001, p. 104), “*cuando se defiendem los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución*”⁹.

Nestes meandros, com aporte teórico nas definições acima delineadas, percebe-se que o ativismo judicial se encontra na fronteira entre a interpretação jurídico-constitucional e a sobreposição do judiciário frente aos demais poderes. Nesse ínterim, o tema apresenta-se como autêntico assunto complexo e controverso a ser enfrentado.

Com vistas neste contexto, parece seguro afirmar que a atuação dos juízes, no tocante à interpretação das normas, não deve ultrapassar os limites a eles conferidos pelo povo ao eleger a sua Constituição. Contudo, apresenta-se como desmedido disparate a inovação legislativa que vem rotineiramente sendo feita pelo Supremo Tribunal Federal: como já lembrava Francis Bacon (1983, p. 165) “*judges ought to remember that their office is ius dicere and not jus dare; to interpret law and not to make law or give law*”¹⁰.

Evidente que os juízes contemporâneos não podem mais ser compreendidos como meras “bocas da lei”, cuja realização da jurisdição se dá mediante simples subsunção da norma ao caso concreto¹¹. Ao contrário, devem atuar como legítimos *juízes constitucionais*, porquanto “a jurisdição constitucional, em razão da sua importância, para a supremacia constitucional, para a democracia, para as minorias e para os direitos fundamentais, revela-se como uma necessidade radicada na história, mesma antiga, da civilização humana” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 57).

Daí depreende-se que o ponto central desta temática diz respeito aos limites e ao grau de criatividade do judiciário ao adequar o texto à realidade fática. É neste sentido a observação de Cappelletti (1981, p. 16-17) ao pontuar que:

The real question is not one of a sharp contrast between (uncreative) judicial interpretation on the one hand, and judicial law making on the other, but rather one

⁹ Em tradução livre: quando se defendem os princípios constitucionais não se faz política, mas defesa jurisdiccional da constituição.

¹⁰ Em tradução livre, diz ele que juízes devem lembrar que seu papel é de *ius dicere* e não de *ius dare*; é de interpretar a lei e não fazê-la.

¹¹ Conforme elucida Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 28), “as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.”

of degree of creativity, as well as one of the modes, the limits, and the acceptability of law-making through the courts¹².

Para sintetizar, é preciso ter em mente que a Constituição é a *lei fundamental de uma nação*, e todas as decisões judiciais devem tê-la como parâmetro estruturante (LASSALLE, 1933, p.8). Assim sendo, cabe aos juízes e aos tribunais realizar a adequação do texto constitucional ao âmbito normativo, criando a norma¹³. Mas é preciso obstar quaisquer abusos, verificados quando o exercício jurisdicional ultrapassa o liame ditado pela imperatividade da Constituição. Parece inadmissível, portanto, que o Direito Constitucional seja tão somente aquilo que é posto pelos juízes.

Contudo, a doutrina verifica que está em voga um *moderno Direito Constitucional*, em que as principais sentenças são instrumentos da formação do jurista constitucional porquanto os *leading cases* (casos líderes) resolvidos pelos tribunais são fontes do conhecimento da *Constituição viva*. (CANOTILHO, 2003, p. 26)

4 GUERRA ENTRE OS PODERES: O DESCRÉDITO DO LEGISLATIVO E O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA.

Mesmo após as diversas mudanças socioculturais vivenciadas no Brasil, o Direito encontra-se amarrado aos grilhões de outrora. Isto é, a ciência jurídica está sempre correndo atrás daquilo que é vanguarda no seio social, mas situa-se a longínquos passos de alcançá-la. Não obstante ainda existam aqueles defensores da aplicação estrita do direito positivado, através de mera subsunção, a realidade fática mostra que a efervescência cultural ultrapassa os limites impostos pelo cientificismo jurídico.

É nesta conjuntura, na qual se afirma o ideal de democracia como modelo governamental de efetiva participação popular, que o acesso à justiça ganha tons mais nítidos. Por isto mesmo, a sociedade tende a reclamar novos direitos e a ansiar pela efetivação

¹² Em tradução livre: A verdadeira questão não é a de um nítido contraste entre a interpretação judicial (não criativa), por um lado, e o direito judicial, por outro, mas sim o grau de criatividade, assim como um dos modos, os limites e a aceitabilidade da legislação através dos tribunais.

¹³ “Friedrich Müller desenvolveu a Teoria Estruturante do Direito, partindo da premissa de que a norma não pode ser confundida com texto normativo, descartando o pressuposto do positivismo de que o teor da validade da disposição legal está na sua forma linguística. A distinção fundamental entre texto normativo e norma impede o intérprete de limitar-se à aplicação lógica. Limitar a visão de textos normativos constitucionais (de disposições formais, de segurança do Estado de Direito, de garantias processuais) atrapalha a visão particularmente material de seus âmbitos normativos e de suas alterações históricas”. (TORRES; SILVA, 2015, p. 14)

daqueles já proclamados. O Legislativo, portanto, possui demasiada importância diante do cenário que se desenha, porquanto, a ele compete a função legisferante e, por conseguinte, é o detentor da capacidade de transmutar a vontade do povo em verdadeiras normas positivas.

No entanto, a prática demonstra o *modus operandi* (modo de agir) do poder Legislativo em total dissonância com o pleiteado numa ideal democracia. Isto porque, conforme pontua o professor Gabriel Marques da Cruz, o Congresso Nacional “não tem conseguido, salvo honrosas exceções, efetivar os compromissos exigidos pela Constituição, responsável por dotá-lo de competências importantes no cenário político nacional” (DA CRUZ, 2016, p. da internet). Ora, tem-se um dos Legislativos mais caros do mundo, mas vivencia-se sua inoperância perante os reclamos da população brasileira: 0,1934% do PIB brasileiro é destinado às despesas com o Poder Legislativo, o que proporcionalmente representa 10,9 vezes mais do que o investido no Legislativo da Espanha e 6,0 vezes mais do que os Estados Unidos gastam com o Congresso Nacional norte-americano¹⁴.

No Brasil, a impotência do Poder Legislativo é reconhecida pelos próprios parlamentares¹⁵ e reverbera por todo território nacional, explicando o descrédito dos congressistas. Não se pode, então, ignorar os dados divulgados pelo IBOPE no tocante ao ICS-Índice de Confiança Social relativo à 2015, em cujo estudo, numa escala de zero a cem, o Congresso Nacional obteve apenas vinte e dois pontos de credibilidade. Isso evidencia a descrença do povo em relação às instituições legisferantes e aos partidos políticos, que deveriam atuar como autênticos representantes dos interesses populares, mas só atingiram dezessete pontos na pesquisa¹⁶.

Pontue-se, por oportuno, que esses dados se mostram ainda mais alarmantes em 2017, vez que, em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, demonstrou-se que o Poder Legislativo conta com a credibilidade de apenas 7% da população brasileira, ao passo que as Forças Armadas e a Igreja contam com a confiança de 56% e 53% dos brasileiros, respectivamente¹⁷.

¹⁴ Estes dados foram retirados de um relatório divulgado pela Transparência Digital e podem ser acessados em: <<http://excelencias.org.br/docs/custos%20do%20congresso%202013.pdf>>. Acesso em 21 de dez. 2016.

¹⁵ Em 2015, o deputado Afonso Mota, do PDT/RS disse que os deputados estão distantes da população e que não compreendem os apelos da sociedade, de maneira que não conseguem responder aos mínimos anseios da população. Para mais informações, ler reportagem disponível em: <http://www.pdtnacamara.com.br/afonso-motta-critica-inoperancia-do-legislativo/>. Acesso em 23 de dez. 2016.

¹⁶ A pesquisa realizada pelo IBOPE entrevistou 2.002 pessoas em 142 municípios e está disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em 23 de dez. 2016.

¹⁷ Estudo disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em 01 de dez. de 2017.

Tudo isso coaduna com a tese daqueles defensores de um Judiciário forte, a fim de possibilitar a reafirmação da Constituição e adequar o Direito aos anseios do povo. Dirley da Cunha Júnior, defensor veemente da justiça constitucional como mecanismo de contenção dos abusos de poder numa democracia, afirma que:

[...] a maioria parlamentar, em regra, não corresponde com a vontade popular, uma vez que a representação política não mais se presta como efetivo instrumento de representação dos interesses da população, circunstância que vem fortalecendo a descoberta de novos instrumentos de representação popular. Neste cenário de crise do sistema representativo, ainda mais agravado pela busca incessante, por outros caminhos legítimos, de pressão ao governo, torna-se cada vez mais necessário o reconhecimento da jurisdição constitucional como remédio eficiente contra as maiorias (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 40)

Parece assistir razão o professor e Juiz Federal baiano ao afirmar que o Judiciário deve remediar as violações dos direitos fundamentais orquestradas pelas maiorias ocasionais, seja no âmbito Congresso Nacional ou no Poder Executivo. Todavia, noutro giro, consoante já disse Joaquim Barbosa, numa República deliberativa, como a brasileira, o mérito das decisões cruciais cabe ao Legislativo e não parece possível que o Supremo Tribunal Federal possa se substituir ao Congresso Nacional¹⁸.

Ocorre, todavia, que, no Brasil hodierno, a crise econômica e política parece refletir sobre a Praça dos Três Poderes em Brasília, onde os dissídios entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional são constantes, ao ponto de os jornalistas afirmarem haver verdadeira *Guerra dos Poderes*¹⁹. É diante desse quadro que se estampa, por exemplo, a ainda recente polêmica envolvendo o Senador Renan Calheiros, quando a Mesa do Senado Federal resolveu descumprir liminar do Ministro Marco Aurélio, que decidiu pelo afastamento do parlamentar²⁰. Noutro caso, após o Supremo Tribunal Federal julgar inconstitucional lei

¹⁸ Isto foi dito pelo então ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADI-MC 4048 em 14/05/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>. Acesso em 26 de dez. 2016.

¹⁹ No dia 30/11/2016, o informativo eletrônico Época publicou reportagem intitulada “A guerra dos Poderes vem aí” referindo-se aos dissídios entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/11/guerra-dos-poderes-vem-ai.html>> Acesso em 26 de dez. de 2016.

²⁰ O teor da decisão liminar está disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-afasta-renan-calheiros.pdf>. Acesso em 26 de dez. de 2016. Dentre as reportagens comentando o descumprimento da decisão pela Mesa do Senado Federal, a do Portal G1 parece bastante elucidativa, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em 26 de dez. de 2016.

regulamentadora da vaquejada no Ceará, rapidamente tramitou no Legislativo a PEC 50/2016, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição, para permitir a realização das vaquejadas, registradas como patrimônio cultural brasileiro.

Certamente, é razoável dizer que tal contexto impulsiona maior atuação do Poder Judiciário, primeiro pela descrença do povo no Congresso Nacional; e depois porque parece haver uma espécie de *backlash* (uma resposta conservadora) como reação dos parlamentares frente às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Como já dito, a democracia representativa num Estado de Direito pressupõe atuação equilibrada e harmônica entre os Poderes da República; é típico do sistema de freios e contrapesos a contenção mútua entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Se assim não for, a harmonia se transforma em desordem e o controle mútuo desfigura-se em *guerra entre poderes*.

5 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

É perceptível, em todo o mundo, o exponencial avanço da justiça constitucional em detrimento da política majoritária. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, os tribunais têm desempenhado importante papel na construção e estruturação dos ordenamentos político-jurídicos (BARROSO, 2009, p. 17-18). O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem seguido caminho semelhante e são inúmeros os exemplos que podem ser apontados.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 perante o STF²¹. O que se pleiteava era a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, a fim de descriminalizar o aborto de feto anencéfalo.

O julgamento ocorreu em 2012 e o STF decidiu pela procedência do pedido. Contudo, os debates decorrentes da ação foram notáveis, tanto no âmbito acadêmico quanto no próprio STF e na sociedade civil. Isto porque, parte da doutrina e dos magistrados perceberam na decisão da Corte verdadeiro ato de ativismo judicial, enquanto outros vislumbraram-na como atuação necessária à proteção da vontade do constituinte originário. O Ministro Ricardo Lewandowski, durante a discussão da ADPF, afirmou que “não é dado aos integrantes do judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se

²¹ STF. ADPF nº 54-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 12.04.2012, DJU 30.04.2013.

parlamentares eleitos fossem”. Desta forma, o brocardo latino “*In claris cessat interpretatio*” (no claro, cessa-se a interpretação) aplica-se perfeitamente ao caso, já que, segundo Lewandowski, “de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele”.

Noutra perspectiva, revelam-se os argumentos favoráveis ao deferimento da ADPF. Os motivos explanados pelos ministros que votaram de acordo são vários e parecem, inclusive, plausíveis e razoáveis. O Ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, diz ser um “contrassenso chancelar a liberdade no caso de aborto resultante de estupro e vedar nos casos de malformação fetal gravíssima”. Marco Aurélio, por seu turno, pontua que “o anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo, não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos”.

Conquanto se concorde com muitos dos fundamentos em termos de mérito, não se pode ignorar a competência - ou melhor, a falta de competência - do Supremo Tribunal Federal para tomar esta decisão, porquanto representa autêntica *exegese contra legem*, (exegese contra lei), verdadeira inovação no ordenamento jurídico.

Outros *leading cases* (casos líderes) foram a ADIn 4277²² e a ADPF 132²³, referentes ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Ambos os casos foram julgados conjuntamente e decidiu-se que o artigo 1.723 do Código Civil deveria ser interpretado conforme a Constituição de maneira a permitir a proteção do Estado também em relação às uniões homoafetivas. Impende ressaltar, todavia, que o próprio texto constitucional é explícito ao afirmar, em seu artigo 226, § 3º, que “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”. Neste caso, o STF parece ter feito explícita mutação constitucional porque não há que se falar em interpretação conforme a Constituição quando o texto constitucional é exatamente o mesmo daquele previsto no Código Civil. Evidente que se reconhece a importância humanitária da decisão e se concorda com seu mérito, mas também entende-se que é ao Poder Legislativo que compete inovar no ordenamento jurídico.

Desta forma, a despeito de parecer correta e coerente com a Constituição enquanto sistema, a decisão não se coaduna com a necessária divisão entre os poderes num Estado Democrático de Direito. É que, conquanto a Constituição não deva ser interpretada em tiras,

²² STF. ADI nº 4277. Pleno. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011, DJU 14.10.2011.

²³ STF. ADPF nº 132-RJ. Pleno. Min. Ayres Britto. j. 05.05.2011, DJU 14.10.2011.

quando um artigo é específico e trata com tamanha profundidade de determinado tema, interpretá-lo de outra forma que não a literal constitui interpretação *contra legem* (contra lei). Assim, a invasão do Judiciário na competência do Legislativo aparenta ser explícita. Neste aspecto é observação feita pelo Juiz Federal William Douglas:

O STF acertou na decisão, mas errou em sua abordagem. Ao invés de interpretar a Constituição, ousou reescrevê-la sem legitimidade para tanto. Mas, que razões levaram a Corte Suprema a isso? A imperdoável incapacidade dos contendores de agir de forma tolerante, democrática e respeitosa. (2011, p. da internet)

Não se está a defender, por óbvio, um judiciário inerte, que retorne ao formalismo da exegese, mas é preciso ter em mente os limites da atuação judicial. A Constituição deve adequar-se à realidade, mas não se pode permitir que a interpretação ultrapasse os ditames estabelecidos pela própria imperatividade normativa. Onde a norma é clara, o método interpretativo deve ser o literal, pois *in claris cessat interpretatio* (no claro, cessa-se a interpretação). É isto o que defende, inclusive, Paulo Bonavides (2009, p. 520) ao afirmar “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”.

No entanto, a mesma postura ativista do Supremo Tribunal Federal pode ser verificada no HC 87.585/TO²⁴ e no HC 92.566/SP²⁵, que proibiram a prisão do depositário infiel; bem como no HC 91.592/SP²⁶, do qual resultou o Enunciado de Súmula Vinculante nº 11, que restringiu o uso de algemas²⁷ (MARTINS, 2011, 45-54). Obviamente, as decisões representaram importante avanço na garantia de Direitos Fundamentais, mas o que se teme é o contrário: quando o STF passar a utilizar seu poderio para decidir de maneira autoritária, de modo a restringir garantias, como fez no julgamento do HC 126.292²⁸, Rel. Min. Teori Zavascki, que fixou entendimento mitigador da presunção de inocência, doravante permitindo a prisão desde a condenação em segunda instância.

²⁴ STF. HC 87.585/TO. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 13.12.2008, DJU. 25.06.2009.

²⁵ STF. HC 92.566/SP. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 09.10.2007. DJU. 15.10.2007.

²⁶ STF. HC 91.592/SP. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07.08.2008. DJU. 19.12.2008.

²⁷ Enunciado de súmula vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

²⁸ STF. HC 126.292. Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 17.02.2016, DJU. 07.02.2017.

Com isso, parece coerente afirmar que malgrado ao Judiciário seja dado o poder hermenêutico-interpretativo, para que leia adequadamente signos e faça a correspondência dos enunciados normativos à realidade, tal concreção não pode ser descolada dos direitos e garantias plasmadas no texto constitucional. Se assim não for, estar-se-á a relegar a ciência jurídica àquilo que Rui Barbosa chamou se “ditadura togada” e hoje Oscar Vieira (2008, p. 441) denomina “supremocracia”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que, embora Direito e política estejam em simbiose, estes não são sinonímia, e, portanto, não devem ser confundidos. Desse modo, depreende-se que a Constituição representa uma ponte entre o universo político e o jurídico, aqui exercendo a função de “acoplamento estrutural”.

Entretanto, o que se percebe é que, cada vez mais, há uma aproximação dessas duas esferas, tendo-se, por consequência, a politização da justiça. Tal fenômeno se relaciona a diversos fatores, desde a expressiva quantidade de princípios abertos, conceitos indeterminados e cláusulas gerais no sistema jurídico brasileiro, até a inércia do Legislativo; mas, certamente, o ativismo judicial ocupa local de destaque neste cenário.

Observa-se que este fator é predominante na medida em que o Judiciário atua em desconformidade com suas atribuições, transpondo os limites determinados pela normatividade constitucional. Isto se dá quando os magistrados realizam procedimentos restritos ao Legislativo, a quem verdadeiramente compete inovar na ordem jurídica.

Por outro lado, o descrédito no qual estão imersos o Congresso Nacional, os partidos políticos e os parlamentares faz do judiciário mola propulsora da adequação do Direito à realidade e, portanto, tende a legitimar o ativismo judicial.

Esta postura, todavia, é demasiada perigosa porquanto, a busca pela justiça, calcada no senso moral e nos anseios populares, abre espaço para tirania e arbitrariedade. É que a força da Constituição está na segurança que ela proporciona e a interpretação casuística mostra-se esterilizante, vez que submete a sociedade a algo distinto daquilo que fora decidido mediante processos democráticos, bem como esvazia de sentido a principal fonte normativa do âmbito jurídico.

Nesta senda, a Constituição deve ser bússola guia dos julgamentos e decisões judiciais. Com isso não se busca negar a necessidade de interpretação, mas, ressalta-se,

porém, que, quando a imperatividade constitucional é taxativa, seus preceitos são impositivos e sua aplicação não é mera faculdade, mas dever.

REFERÊNCIAS

BACON, Francis. Of judicature. In: **Essays London**: Everyman's Library. 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário iberoamericano de justiça constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de direito administrativo, v. 232, p. 141-176, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Law-Making Power of the Judge and Its Limits: a Comparative Analysis**. The Monash UL Rev., 1981.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político:** da Cidade-Estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade:** teoria e prática. Salvador: Juspodvm, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder:** organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, v. 4, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito:** Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Editora Atlas SA, 2011.

KAHN, Paul W. **Comparative constitutionalism in a new key.** Michigan Law Review, v. 101, n. 8, p. 2677-2705, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of" judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1933.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia do Direito Natural.** Salvador: Progresso, 1957.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano.** Ed. Saraiva, 1995.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1217, 2002.

MARTINS, Leonardo. Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2009/2010. In. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2011.

NETO, Antônio Luís Machado. **Sociologia do Direito Natural**. São Paulo: Progresso, 1957.

PEREIRA Francisco Antônio Pereira. **Ativismo judicial e a ideia de atividade política do poder judiciário: perfil e limitações**. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará: Fortaleza, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Rezende. São Paulo: Martin Claret, 2013. São Paulo: Lumen juris, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa?** 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico**. Dissertação. Repositório da UFBA, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Lumen juris, 2011.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remedios Fontes. **Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no Estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy**. Revista CEJ, Brasília, v. 18, n. 64, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracy**. São Paulo: Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2004.

POLITICS, JUSTICE AND POWER: DISCREDIT IN LEGISLATIVE LEGITIMATES AN ACTIVIST ACTUATION IN TODAY'S BRAZILIANS' JUDICIARY?

ABSTRACT

Brazilian democracy has experienced troubled times, of discredit on the Legislative Branch and an apparent crisis of representation in the National Congress. Thus, the Judiciary appears as a supposed essential alternative to the maintenance of the Rule of Law. However, there are those who see it as a real misuse of the judges, because they would constantly exceed the hermeneutic-interpretive limits, innovating the legal order. In an analysis that runs through both philosophical and legal presuppositions, this article begins by drawing a historical approach between law and justice, until it leads to the current clash between the realization of the just and judicial activism.

Keywords: judicial activism. Political crisis. Legitimacy. Democracy.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

Leonardo Albuquerque Melo¹

RESUMO

Este artigo trata da atual dinâmica de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo gerado por terceiros, valendo-se principalmente do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014. Subsidiariamente, aborda sobre assuntos correlatos, como a Internet e a liberdade de expressão. Analisa ainda a jurisprudência pátria, concluindo que se deve prezar pela responsabilidade subjetiva, quando do descumprimento de ordem judicial, mas ressaltando que a remoção de conteúdo também pode se dar pela via extrajudicial, em havendo previsão de hipótese determinada nos termos de uso das aplicações, no caso concreto, e pelo fato de esta conduta não ser vedada pela Lei.

Palavras-chave: Internet. Provedor de Serviços de Internet. Responsabilidade Civil.

1 INTRODUÇÃO

¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado *latu sensu* em Direito Digital e Compliance, pela Faculdade Damásio/IBMEC.

A Internet é uma rede que impulsiona liberdades e, ao mesmo tempo, controla o seu usuário. É uma plataforma que possibilita o exercício da liberdade de expressão e o acesso a informações, o que a transforma num reduto de encontro, confronto e troca de opiniões, com todas as vantagens e riscos das relações sociais (PAESANI, 2006) podendo gerar danos em larga escala e de difícil contenção (SOUZA; LEMOS, 2016).

No Brasil, o avanço das telecomunicações em um curto espaço de tempo trouxe a rápida disseminação e utilização da Internet, colocando-o na posição de um dos países que mais faz uso da Rede e das plataformas de redes sociais na América Latina (CANALTECH, 2016, p. de internet) e, quiçá, no mundo.

Diante deste cenário de crescimento e adesão, a Internet se faz cada vez mais presente no cotidiano, ao trazer consigo alguns paradoxos que devem ser enfrentados para que se chegue a um ponto comum entre, sobretudo, a liberdade de expressão e o regime de responsabilização dos agentes envolvidos na disponibilização de conteúdo e na prestação de serviços na Rede.

Partindo disso, buscou-se discutir, de maneira colaborativa, a edição de normas que disciplinassem sobre o uso de novas tecnologias e sobre princípios e valores para o uso da Internet. Como produto destas discussões, em 23 de abril de 2014, foi publicada a Lei nº 12.965, o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Desde então, o Marco Civil da Internet vem sendo amplamente aplicado nos tribunais brasileiros (KAMINSKI, 2016, p. de internet) além de ter servido de inspiração para a edição da Declaração de Direitos na Internet italiana (SOUZA; TEFFÉ, 2017, p. de internet) e ter sido fonte para resolução de casos na corte argentina (SOUZA, 2014, p. de internet).

Partindo da preocupação em proteger os usuários e responsabilizar devidamente os provedores de serviços de internet que efetivamente causam danos, diferencia-se o regime de responsabilização entre os provedores de conexão e os provedores de aplicações de Internet no bojo da Lei nº 12.965/2014 (SERRO, 2015).

Outrossim, há de se ressaltar que um dos aspectos mais importantes do Marco Civil da Internet é a valorização e o tratamento conferido à liberdade de expressão, que deverá ser considerada nos casos de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo gerado por terceiros. O artigo 19 Lei nº 12.965/2014 que trata especificamente sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet, inicia a disciplina do tema

indicando que a dinâmica a ser empregada é a da prevalência da liberdade de expressão, evitando-se a censura no âmbito da Rede.

Muito embora tenha-se hoje uma diretriz legal e a pacificação do entendimento jurisprudencial acerca do tema, para o devido entendimento sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo gerado por terceiros, deve-se fazer uma ponderação entre a liberdade de expressão *versus* o controle de informações. Nesse sentido, faz-se substancial realizar um levantamento do entendimento jurisprudencial anterior à vigência do Marco Civil da Internet e tratar deste regime de responsabilização à luz da doutrina e a jurisprudência atual.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* CONTROLE DAS INFORMAÇÕES

A fim de se contextualizar a dinâmica de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet, inicialmente, cumpre abordar brevemente sobre o desenvolvimento da Internet. Embora tenham sido inauguradas as pesquisas no meio militar estadunidense, o embrião da Rede se desenvolveu no ambiente universitário norte-americano e, em virtude de seu potencial lucrativo, depois se estendeu a outros nichos, como a comunicação e o comércio (LESSING, 2006).

Dentro do ambiente acadêmico, a Internet se desenvolveu e se difundiu dentro da ideia de liberdade de expressão, de pensamento e de criação. Logo, esta ferramenta se propôs a consolidar um ambiente democrático e econômico em que todos poderiam se manifestar livremente, bem como compartilhar conhecimento e informações (LIMA, 2015). Noutra etapa do desenvolvimento tecnológico e, sobretudo da Internet, as redes sociais surgiram após a criação da *Web 2.0*, que viabilizou a comunicação interativa entre as pessoas em nível global. Segundo Carolyn Elefant e Nicole Black (2010, p. 4), “a *Web 2.0* proporcionou o nascimento das redes sociais de hoje, que incluem *blogs*, fóruns *online* com oportunidades para comentários e retornos de clientes, sites de comunidades *online* e *websites* colaborativos, os *wikis*”.

Todavia, há de se ressaltar que o ambiente proposto pelas redes sociais, um ambiente propício à livre manifestação de pensamento e compartilhamento de informações, pode ser

² Tradução livre para: *Web 2.0 spawned the birth of today's social media platforms, which include blogs, online directories with opportunities for client reviews and feedback, online community sites and wikis.*

uma ameaça a direitos e garantias fundamentais, como a proteção à honra, à privacidade e à imagem (LIMA, 2015). Disso,deparar-se-á com o enfrentamento entre a liberdade de expressão³ e o controle de informações para proteger os retromencionados direitos e garantias fundamentais⁴.

Para tanto, tem-se como uma ferramenta importantíssima para o controle da informação a vedação ao anonimato prevista no inciso IV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵. Atualmente, a Internet vem sendo utilizada como meio de comunicação em massa, uma vez que traz maior rapidez, eficácia, facilidade e uma sensação de invisibilidade tanto para quem é autor de blogs, nos quais não há controle prévio do conteúdo a ser veiculado, como também para quem comenta artigos ou postagens diversas, valendo-se de pseudônimos ou outros métodos para não ser identificado.

A liberdade de expressão foi utilizada como fundamento para a sistematização da responsabilidade dos provedores no Marco Civil da Internet (LEONARDI, 2012) sendo necessário, pois, explorar este e outros conceitos para a devida compreensão do tema proposto.

Dessa forma, a necessidade da notificação judicial para tornar o conteúdo julgado como infringente indisponível, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014⁶, foi posta para que a liberdade de expressão dos usuários dos provedores de aplicações de Internet não seja tolhida por outros usuários e/ou pelos próprios provedores de maneira indiscriminada e sem critérios.

Conquanto se tenha o Judiciário como a autoridade autorizada a fazer o juízo de valor, se o conteúdo veiculado é ou não infringente, nos termos do Marco Civil da Internet, cumpre mencionar que os próprios provedores de aplicações de Internet podem fazer este tipo de controle, de maneira embasada, publicizada e discriminada em seus Termos de Uso, como

³ Dentro da perspectiva que este trabalho se propõe, pode-se identifica a liberdade de expressão assegurada nos incisos IV, VI e XI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no artigo 2º, *caput*, e nos incisos I, IV e VII do artigo 3º da Lei nº 12.965/2014.

⁴ A proteção à honra, à privacidade e à imagem estão assegurados no inciso X, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no inciso II, do artigo 2º, nos incisos II e III, do artigo 3º, nos incisos I, II e III, do artigo 7º e no artigo 8º, todos da Lei nº 12.965/2014.

⁵ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

⁶ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

uma forma de garantir o cumprimento do contrato estabelecido entre a Plataforma e o Usuário.

Em suma, na medida em que a Internet trouxe vantagens em relação à rapidez, ao amplo acesso à informação, ao baixo custo e à divulgação mundial de conteúdo, a Rede traz um risco social, de promover o dano à pessoa, a violação da intimidade e vida privada, o que não pode ser ignorado pelo Direito (LIMA, 2015).

Assim, percebe-se que a sociedade se depara com o desafio de atingir o equilíbrio entre a garantia ao direito à informação, à liberdade de expressão, à proteção à intimidade e à vida privada diante dos novos modelos de relações sociais, proporcionados através da tecnologia.

3 A DINÂMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS ANTES DA LEI Nº 12.965/2014

Inicialmente, quando da comercialização da Internet no Brasil, o tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo gerado por terceiros era tratado com parcimônia por parte da doutrina e da jurisprudência. Isso se deu pelo fato de a Rede ser um elemento novo a se considerar nas relações sociais, não sendo, pois, um meio tecnicamente palpável pela comunidade jurídica, bem como pelo fato de, à época, não existir um diploma legal que servisse de parâmetro.

Partindo disso e tomando por base a experiência internacional, os provedores de serviço de Internet adotaram um procedimento a fim de minimizar os riscos de responsabilização civil. Esse procedimento ficou conhecido por *notice and take down* (em tradução livre, denúncia e retirada de conteúdo).

Para viabilizar este procedimento, o provedor deveria manter um canal de comunicação direto com seus usuários para que estes denunciassem a ocorrência de um conteúdo ofensivo, devendo aquele tomar as medidas necessárias para tornar indisponível o conteúdo infringente, de forma a bloquear o seu acesso e fazendo cessar a lesão (LIMA, 2015).

No âmbito internacional, em 1998, com a publicação da *Digital Millenium Copyright Act* – DMCA (em tradução livre, Lei Estadunidense de Direitos Autoriais), o procedimento de

notice and take down se tornou mandatório, pois era tido como inestimável para a rápida remoção de conteúdos violadores de direitos autorais (LEONARDI, 2005).

No Brasil, o sistema jurídico adotou o critério da culpa (responsabilidade subjetiva), por não haver norma específica que versasse sobre o tema, exigindo-se a configuração de culpa ou de dolo do agente causador do dano, e o do risco (responsabilidade objetiva), com fulcro no inciso III, do artigo 932 do Código Civil, bem como nos ditames dispostos no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, havia duas linhas interpretativas: a da adoção da responsabilidade subjetiva, com exceção dos conteúdos gerados pelos empregados ou prepostos; e a da responsabilidade objetiva, pautada no risco da atividade e/ou no defeito da prestação do serviço em relação de consumo.

3.1 A corrente da responsabilidade subjetiva

No âmbito internacional, mais especificamente na União Europeia, há a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, na qual, em seu artigo 15⁷, assenta que os Estados-Membros não deverão impor aos provedores de serviços de Internet a obrigação de vigiar o conteúdo gerado por terceiros.

Nos Estados Unidos da América, através do *Communications Decency Act* (Lei de Boas Práticas em Comunicações) de 1996, o *United States Code* (Código dos Estados Unidos) foi alterado em seu título 47, seção 230^{8,9}, eximindo o provedor de serviços de Internet pelo conteúdo gerado por terceiros.

⁷ Art. 15: Ausência de obrigação geral de vigilância 1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. 2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0031>>. Acesso em 08 jan 2018.

⁸ Disponível em: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=%28title:47%20section:230%20edition:prelim%29%20OR%20%28granuleid:USC-prelim-title47-section230%29&f=treesort&edition=prelim&num=0&jumpTo=true#230_1_target>. Acesso em 08 jan 2018.

⁹ Traduzido livremente para:

§ 230. Proteção para bloqueio privado e triagem de material ofensivo [...] c) Proteção para o “Bom Samaritano” no bloqueio e rastreamento de material ofensivo

No Brasil, essa teoria foi abraçada, uma vez que estava de acordo com o entendimento sobre responsabilidade civil à época predominante. Contudo, pautando-se, sobretudo, na experiência estadunidense, com o *notice and take down*, firmou-se que o provedor que não retirasse o conteúdo após a devida notificação por parte do ofendido não estaria atuando de forma diligente e, assim, responderia solidariamente pelos danos não cessados face a sua omissão (LIMA, 2015).

Para tanto, há de se considerar que o dever de diligência é o grau de esforço exigível para cumprir um dever normativo, variando de acordo com as circunstâncias para atuação do agente de modo a se evitar prejuízo a terceiros. Logo, de acordo com Lucas Vicente Romero Rodrigues dos Santos (2015, p. 115), “quem não age de forma diligente, com prejuízo de terceiro, age com culpa”.

É consensual que o ato ilícito é aquele que se mostra contrário ao direito, mas a delimitação da antijuridicidade é controversa, uma vez que há atos frontalmente contrários, bem como práticas que não são legalmente proibidas e nem permitidas. Neste condão, surge a regra geral da responsabilidade civil extracontratual, na medida em que “a fronteira da ilicitude é marcada pela violação do dever jurídico” (JORGE, 1999, p. 75).

Quanto à omissão, especificamente, para efeitos de responsabilização, cumpre citar o que Diogo Leonardo Machado de Melo (2011, p. 132 – 139) assevera:

É uma conduta negativa. É um não fazer relevante ao direito. Surge porque alguém não realizou a ação. Sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma. [...]
 Genericamente, diz-se que só haverá responsabilidade por omissão quando houver o ‘dever legal de agir’. [...]
 Da mesma forma que a solidariedade social – e, concretamente, a boa-fé objetiva – é responsável pela ampliação dos deveres (laterais) do contrato, o modelo civil-constitucional de interpretação da responsabilidade e da culpa exige também um atuar em prol de se evitarem danos, de agir com probidade, de acordo não com um padrão médio, mas, às vezes, extremamente diligente e ótimo para se atingir tais objetivos. Especialmente quando comportamentos anteriores despertam o dever de confiança em potenciais vítimas de danos.

(1) Tratamento de autor: Nenhum provedor ou usuário de um serviço interativo de computador deve ser tratado como autor de qualquer informação fornecida por um outro provedor de conteúdo da informação.

(2) Responsabilidade Civil: Nenhum provedor ou usuário de um serviço interativo de computador será responsabilizado por causa de: a) qualquer ação voluntária tomada de boa-fé para restringir o acesso ou disponibilidade de material que o provedor ou usuário considera como obsceno, indecente, lascivo, sujo, excessivamente violento, ofensivo ou censurável, mesmo se esse material seja constitucionalmente protegido; ou b) qualquer ação tomada para permitir ou disponibilizar aos provedores de conteúdo de informação ou outros meios técnicos para restringir o acesso ao material descrito no parágrafo (1).

Assim, pode-se inferir que, para o entendimento de ato ilícito, pressupõe-se a violação de um dever, o que implica a existência de tal dever e a prática de conduta diferente da esperada (LIMA, 2015).

Neste mesmo sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 654): “[...] pratica-o quando se abstém de atuar, se devera fazê-lo, e na sua inércia transgredir um dever predeterminado”.

Retomando o que diz respeito aos provedores de aplicações de Internet, não se pode esquecer que estes atores não podem ser obrigados a controlar todo o conteúdo gerado por terceiros. Porém, diante da ocorrência de violações a direitos no âmbito de suas plataformas, desencadeia-se o dever de tornar indisponível o conteúdo infringente, a fim de impedir a perpetuação da lesão. Neste diapasão, asseverou o Superior Tribunal de Justiça, firmando, pois, a jurisprudência, à época^{10,11}.

¹⁰ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO.

1 – No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes.

2 – É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano.

3 – O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar.

4 – Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente. REsp 1306066/MT Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 02/05/2012.

¹¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. ORKUT. MENSAGEM OFENSIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INÉRCIA DO PROVEDOR DE BUSCA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CARACTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.

2. A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individualização dele, a fim de coibir o anonimato.

3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários.

4. Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor de busca foi notificado extrajudicialmente quanto à criação de perfil falso difamatório do suposto titular, não tendo tomado as providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu.

3.2 A corrente da responsabilidade objetiva

O entendimento desta corrente é marcado inicialmente pela ideia de que, ao disponibilizar em suas plataformas, na Internet, conteúdos gerados por terceiros, os provedores de aplicações, sobretudo os de conteúdo, deveriam suportar o risco de que esses conteúdos poderiam ser tidos como infringentes.

Nesta toada, leciona Celso Jefferson Messias Paganelli (2011?, p. de Internet):

A responsabilidade dos provedores de conteúdo, em especial as redes sociais, como Orkut, Facebook, Twitter e outros, é objetiva. Isso porque tais empresas não se preocupam em atender os mínimos requisitos necessários exigidos pelas leis nacionais, não identificando apropriadamente os usuários.

Ainda, aduz Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 88) que a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo seria objetiva, “uma vez que aloja informação transmitida pelo *site* ou página, assume o risco o risco de eventual ataque a direito personalíssimo de terceiro”.

Contudo, este entendimento restou superado, tampouco foi dominante no Brasil. Com o tempo, assentou-se o entendimento de que a responsabilidade não poderia ser objetiva, em razão de que não integra os serviços fornecidos pelos provedores a triagem e o controle do conteúdo disponibilizado – mas gerado por terceiros.

Ademais, caso os provedores de aplicações de Internet controlassem as informações geradas por terceiros, isto relativizaria a instantaneidade da Rede, bem como os rebaixaria à categoria de censores, atacando frontalmente a liberdade de expressão e o acesso a informações (LIMA, 2015).

Nesse sentido, opondo-se à responsabilização objetiva dos provedores de serviço de Internet, esclarece Erica Brandini Barbagalo (2003, p. 361):

Entendemos que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, não implicam em riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria, definitivamente, onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e consequentemente atrasar o desenvolvimento.

Diante disso, embora a relação entre provedor e usuário ser considerada como relação de consumo, firmou-se o entendimento de que sua responsabilização não poderia ser objetiva,

5. Agravo regimental não provido. AgRg no REsp 1402104/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 18/06/2014.

uma vez que não poderia o provedor evitar o dano em razão de conteúdo infringente gerado por terceiros.

Partindo do texto normativo, percebe-se que se adotou a teoria do risco criado, na qual a atividade desenvolvida deve gerar um risco de dano antes não existente, para ensejar a responsabilização objetiva.

Nesse sentido, anota Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 277):

Pensamos que o artigo 927, parágrafo único, do Código Reale, adotou a teoria do risco-criado, na forma como já expusemos anteriormente, a atividade normalmente desenvolvida referida no dispositivo há de abarcar um espectro maior de ações, inclusive quando sem fim lucrativo. A pensar de outra maneira, o enunciado legal supracitado se resumiria àquelas atividades imbuídas de intuito econômico, fazendo coincidir seu campo de incidência com aquele afeto ao Código de Defesa do Consumidor, o que, já referimos, implicaria crer em uma superfetação de normas, reputando-se, pois, totalmente prescindível tal disposição civilista.

Além disso, complementando o exposto, assenta Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 111):

Afinal, também como lá se disse, a rigor, em maior ou menor grau, toda a atividade importa em algum risco. Por isso que, fosse o caso de admitir havida uma responsabilidade sem culpa em qualquer caso de risco, mais não seria preciso dizer senão que quem exerce uma atividade responde pelo dano havido. Não haveria razão para especificar que, à responsabilidade independente de culpa, deve-se ostentar atividade que induza risco. Importa, então, que esse risco seja de alguma forma diferenciado.

Como retrato do entendimento dominante, foi aprovado o Enunciado 38 na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Jurídicos, do Conselho da Justiça Federal. Vejamos:

38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade¹².

Dessa forma, a atividade dos provedores de aplicações não gera o risco de terceiros lesarem direitos, uma vez que este é um risco inerente às relações humanas (LIMA, 2015).

Outrossim, rechaçando este entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp 1308830/RS¹³ e do REsp 1306066/MT¹⁴.

¹² Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 17 nov 2017.

¹³ CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO.

Como se verifica, também acabou por perder espaço em nossa jurisprudência pátria, ainda em momento anterior à promulgação da Lei do Marco Civil da Internet, a corrente que defendia a responsabilização objetiva dos provedores de serviço de internet, quando o dano for causado por conteúdo gerado por terceiro.

Quando da promulgação e efetivação do Marco Civil da Internet, fora afastado o entendimento de risco do próprio negócio relacionado a estes tipos de empresas (PINHEIRO, 2016), conforme se verificará a seguir.

4 A DINÂMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS DEPOIS DA LEI Nº 12.965/2014

No corpo da Lei nº 12.965/2014, mais especificamente na Seção III, tem-se as disposições acerca da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Inicialmente, muito embora não seja o foco do presente trabalho, merece destaque o fato de o legislador, de maneira acertada, no artigo 18 do referido diploma¹⁵, ter optado pela não responsabilização dos provedores de conexão por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. [...]

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012.

¹⁴ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO. 1 – No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. REsp 1306066/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012.

¹⁵ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Após isentar os provedores de conexão da responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, deparar-se-á com o Artigo 19¹⁶.

Primeiramente, cumpre ressaltar o fato de é possível, sim, a solução do conflito de forma extrajudicial, embora o dispositivo normativo não trate desta possibilidade, expressamente.

Desse modo, pode a vítima notificar o provedor de aplicações, até mesmo pela própria plataforma, caso esta disponha de um canal de denúncia, bem como de o provedor agir diligentemente e retirar o conteúdo ofensivo, pautando-se nas regras contidas em seus termos de uso, fazendo a lesão cessar.

Sendo assim, se um provedor receber uma notificação apontando que determinado conteúdo é ilícito, ou denunciado como tal, este poderá decidir por sua manutenção, ou não.

Neste diapasão, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no âmbito do Agravo de Instrumento nº 2195051.90.2015.8.26.0000¹⁷.

Outrossim, reiterando o que fora posto acima, asseveram Carlos Affonso Souza e Chiara Spadaccini de Teffé (2017, p. de Internet) que o artigo 19 do Marco Civil da Internet “não diz – nem poderia dizer – que toda remoção de conteúdo terá de ocorrer pela via judicial”.

Ainda, considerando que não há o monitoramento prévio do conteúdo veiculado nas plataformas dos provedores de aplicações de internet, pode-se dizer que a notificação atua como forma de alertar sobre a possível incidência de um conteúdo infringente sendo veiculado, permitindo a possibilidade de se analisar a procedência e a viabilidade de sua remoção.

Sobre a questão do monitoramento de conteúdo em redes sociais, a Ministra Nancy Andrighi decidiu no sentido de que não há o dever de monitoramento prévio do conteúdo para os Provedores de Aplicações de Internet, a notificação/denúncia serve de alerta para se

¹⁶ Art. 19. *Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito dos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições em contrário.*

¹⁷ Pedido de autorização ao Facebook para remoção de conteúdos ofensivos. Agravante que afirma que o Facebook tem procedido à remoção dos conteúdos apontados como ofensivos, independentemente de pedido judicial. ‘Declaração de Direitos e Responsabilidades’ com a qual o usuário assente ao criar conta na rede social que estabelece que as postagens que violem direitos de terceiros serão removidas. Desnecessária a autorização para que o Facebook remova conteúdos ofensivos, uma vez que tal procedimento faz parte dos termos de uso da rede social. Agravo desprovido. TJSP. AI: 2195051-90.2015.8.26.0000. Relator Rômulo Russo, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado e publicado em 29/06/2016.

verificar algum potencial dano¹⁸. Logo, caso decidam os provedores de aplicações de internet remover o conteúdo, por este ser contrário a seus termos de uso e demais regras referentes às plataformas, tais atores não ofenderão os ditames da Lei nº 12.965/2014¹⁹, uma vez que o dispositivo não proíbe a adoção de requisitos para a remoção direta de conteúdo.

Em referência ao primeiro destaque feito acima, no corpo do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, observa-se que o legislador frisou a necessidade de se assegurar a liberdade de expressão e de se coibir a censura.

Embora este debate tenha sido desenvolvido no tópico “Liberdade de Expressão *versus* Controle da Informação”, há de ser lembrado o fato de os provedores de aplicação não poderem abusar do bloqueio de conteúdo injustificadamente, sob o risco de incorrerem numa afronta direta à liberdade de expressão.

Ademais, como os provedores de aplicações gozam da isenção de responsabilidade antes da decisão judicial, no âmbito do exercício de suas atividades, estes devem sempre primar pela liberdade de expressão, devendo a filtragem, bloqueios ou remoção de conteúdos serem excepcionais (SOUZA; TEFFÉ, 2017, p. de internet).

Após, em referência aos demais destaques feitos, diz-se que o provedor de aplicações somente será responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial para impedir o acesso ao conteúdo, garantindo uma maior segurança para as relações desenvolvidas na Internet, bem como a construção de limites mais razoáveis para a expressão em tal meio (NUNES; SOUZA; TEFFÉ, 2017), entendimento confirmado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²⁰.

¹⁸ [...] não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal que obrigue o recorrente a realizar um “monitoramento” das informações e conteúdos que serão disponibilizados pelo extinto Orkut ou por qualquer outra aplicação oferecida pelo recorrente. [...] Conforme entendimento desta Corte, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo de correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CRFB/88. Não bastasse isso, a avaliação prévia do conteúdo de todas as informações inseridas na web eliminaria um dos maiores atrativos da Internet, que é a transmissão de dados em tempo real. [...] Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social extremamente negativo. STJ. REsp 1.342.640-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

¹⁹ É possível identificar algumas regras sobre a denúncia e a remoção de conteúdo, no âmbito das plataformas, nos termos de uso desenvolvidos pelos próprios provedores de aplicações de internet. A título exemplificativo, o Facebook disponibiliza-os em: <<https://www.facebook.com/policies>>.

²⁰ “Somente o descumprimento de uma ordem judicial, determinando a retirada específica de do material ofensivo, pode ensejar a reparação civil. Para emitir ordem do gênero, o Judiciário avalia a ilicitude e a repercussão na vida do ofendido no caso concreto. Ademais, mesmo não sendo aplicável ao caso, pois os fatos narrados nos autos são anteriores à sua vigência, observa-se que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) disciplinou, em seu artigo 19, o tema no sentido acima exposto”. STJ. REsp 1.568.935-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 05/04/2016, DJe 13/04/2016.

Ainda, caso seja impossível de o provedor de aplicação cumprir a determinação judicial, nos termos do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, este poderá descumpri-la, devendo, para tanto, demonstrar motivadamente a sua impossibilidade para que a inércia seja escusável (LIMA, 2015).

Além disso, há a possibilidade de a decisão judicial ser descumprida em razão da exiguidade do prazo imposto pelo magistrado. Nesse caso, o provedor de aplicações pode cumprir a determinação fora do prazo, mas é necessário se explicar a razão para a aparente demora. Ainda, recomenda-se a comunicação ao Juízo acerca da impossibilidade de a decisão ser efetivada no prazo estipulado, bem como solicitar a dilação do prazo para tanto.

Assim, segundo Lucas Vicente Romero Rodrigues Frias dos Santos (2015, p. 125), “o não cumprimento de ordem impossível e o cumprimento intempestivo de ordem com prazo insuficiente não podem ser considerados descumprimento, para efeitos de responsabilização do provedor, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014”.

Por fim, em relação ao trecho “ressalvadas as disposições legais em contrário”, este não se limita às disposições do Marco Civil da Internet, mas às já existentes – e não necessariamente às que expressam em contrário. Integram o corpo desta exceção as legislações futuras, por uma questão lógica quanto à especificidade e ao aspecto temporal da norma.

5 PARTICULARIDADES QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

Em relação às particularidades relacionadas à dinâmica da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiros, observemos os parágrafos do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014²¹.

²¹ § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O § 1º reforça a ideia de que a determinação judicial deve ser específica e precisa em relação ao conteúdo tido como ofensivo, seja ele em vídeo, em áudio, em texto, dentre outros. Normalmente, indicando-se os URLs dos conteúdos e descrevendo-os, faz-se possível a remoção destes por parte do provedor de aplicações.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça²² e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²³ vêm se posicionando no sentido de exigir a indicação precisa do endereço eletrônico onde o conteúdo lesivo se encontra, em razão de ser impossível tecnicamente para o provedor controlar todo o conteúdo constante em sua plataforma.

Em caso julgado em maio de 2015 sobre a retirada de conteúdo inserido indevidamente por terceiro, e protegido por direito autoral, entendeu o STJ pela imprescindibilidade da indicação precisa das URLs nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados²⁴.

Noutra oportunidade, em abril de 2016, salientou-se que a responsabilidade dos provedores de conteúdo na internet, em geral, dependeria da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Em não havendo, a responsabilização seria devida em caso de inércia do provedor diante de notificação judicial determinando a retirada do conteúdo infringente. Quanto à identificação do conteúdo, afirmou o Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva que é necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL²⁵:

O § 2º afasta a regra do *caput*, em caso de lesões a direitos autorais ou a direitos conexos. Até que surja determinação específica, aplica-se o entendimento de que o provedor deve retirar o conteúdo violador assim que for notificado pelo titular dos direitos violados,

²² Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Falta-de-indica%C3%A7%C3%A3o-da-URL-inviabiliza-ordem-judicial-para-retirar-ofensas-do-Facebook>. Acesso em: 31 ago 2017.

²³ Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/50757>>. Acesso em: 8 nov 2017.

²⁴ Quanto à obrigação de fazer – retirada de páginas da rede social indicada –, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Rcl. 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJe 04/06/2014. 9. A responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (IPs). STJ. REsp 1.512.647-MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/2015

²⁵ Caso protegido por segredo de justiça, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016.

sob pena de responsabilização em caso de omissão (LIMA, 2015). Ainda, este raciocínio é reforçado com o disposto no artigo 31 do Marco Civil da Internet²⁶.

O § 3º admite a propositura de ações nos juizados especiais, quando versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet ou sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet. De toda sorte, a atuação dos juizados já era algo presente e comum, respeitando-se sempre o limite do valor da causa, nos termos da Lei nº 9.099/95.

O § 4º esclarece sobre a possibilidade de o autor realizar pedido liminar, buscando a antecipação da tutela, quando estiverem presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora, isto é: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Em se tratando da prova inequívoca do fato, o mais adequado seria uma ata notarial, prova documental incontestável. Porém, mostra-se custoso por demais a apresentação desta prova apenas para comprovar a existência de conteúdo na internet – uma simples cópia ou captura de tela pode ser suficiente para complementar a ação que pleiteia a indisponibilização de determinado conteúdo.

Prosseguindo, o artigo 20²⁷, em seu *caput* do artigo prevê que, quando possível, o provedor deve informar ao terceiro autor do conteúdo tido como infringente o porquê de este ter sido indisponibilizado, de forma a agir com transparência para corroborar com os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Outrossim, o parágrafo único indica que o provedor de aplicações pode substituir o conteúdo indisponibilizado pelos motivos que ensejaram tal medida, bem como, conforme sugestão de Lucas Vicente dos Santos (2017, p. 129), o próprio magistrado “pode determinar ao provedor o teor que deve substituir o conteúdo infringente”.

²⁶ Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

²⁷ Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Por fim, tem-se o artigo 21²⁸; tal dispositivo adota o entendimento anterior ao Marco Civil da Internet, para o caso de divulgação de material pornográfico sem o consentimento de seu participante. Nesta hipótese, deve o provedor de aplicações de internet remover o conteúdo, desde que seja possível nos limites técnicos de seu serviço, quando notificado pelo participante ou por seu representante.

No parágrafo único, explica o legislador sobre o que deve constar no corpo da notificação: a identificação do material e a comprovação da legitimidade do notificante.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que a Internet possibilitou que muitas relações interpessoais fossem modificadas, desde a simples comunicação até transações comerciais, em todos os países. No Brasil, a difusão do acesso à Rede só se deu em meados da década de 1990 e, desde então, a *Web* vem se tornando cada vez mais presente em nosso cotidiano, de forma a indicar que há uma gama de relações jurídicas acontecendo, mas sem uma devida orientação sobre a aplicação de normas que envolvam as partes.

Quanto à demanda por orientação normativa para nortear as relações interpessoais na Internet, é possível identificar um movimento originariamente civil que culminou na discussão em nível nacional sobre a utilização de novas tecnologias, princípios e valores para balizar as relações no âmbito da Rede, e, posteriormente, na edição de respectiva matéria legal.

Nessa perspectiva, no ano de 2009, influenciada pela publicação dos “Princípios para a Governança e o Uso da Internet no Brasil” do Comitê Gestor da Internet no Brasil, teve início a dinâmica legislativa que viria a debater e construir de maneira colaborativa um Marco Civil da Internet. Após cerca de cinco anos de discussões no âmbito do Legislativo, bem como no da sociedade civil, em 23 de abril de 2014, foi publicada a Lei nº 12.965, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

²⁸ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Dentre os méritos debatidos e que restaram presentes no corpo da Lei do Marco Civil da Internet, partindo da preocupação em proteger os usuários da Rede, tem-se a responsabilização dos provedores por eventuais danos causados, por falha na prestação e/ou por conteúdo gerado por terceiros, dentre outras possibilidades.

Neste ponto, cumpre destacar que o Marco Civil da Internet diferenciou o regime de responsabilização dos Provedores de Serviço de Internet de acordo com sua espécie – Provedor de Conexão e Provedor de Aplicações de Internet.

Disso, tem-se que os Provedores de Conexão, por permitirem que os usuários tenham acesso à Rede, sendo, pois, meros intermediários, não podem ser responsabilizados pelos danos causados por conteúdo gerado por terceiros; enquanto que os Provedores de Aplicação respondem subsidiariamente ao terceiro causador do dano quando, cientes do ilícito civil, não tomarem as devidas medidas para remover ou tornar o conteúdo inacessível, sendo imprescindível a notificação judicial para tanto, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014.

Dentre o que se pretende com o supramencionado dispositivo, destaca-se a necessidade de se assegurar a liberdade de expressão e de se coibir a censura por parte dos provedores de aplicações de internet, e o fato de este ser responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial para impedir o acesso ao conteúdo, garantindo uma maior segurança para as relações desenvolvidas na Internet, bem como a construção de limites mais razoáveis para a expressão em tal meio.

Para o devido cumprimento da ordem judicial e, por conseguinte, a (não) responsabilização dos provedores de aplicações de internet, deve-se destacar algumas particularidades, as quais estão identificadas nos 04 (quatro) parágrafos do artigo 19, da Lei nº 12.965/2014, quais sejam: *i*) a necessidade de a decisão ser específica e precisa quanto ao conteúdo infringente, indicando a(s) URL(s) para a posterior indisponibilização; *ii*) a indisponibilização de conteúdo violador de direitos autorais se dá quando da notificação feita pelo titular dos direitos violados; *iii*) a propositura de ações que versem sobre tal, bem como quando tratar de ressarcimentos por danos morais decorrentes, pode se dar nos juizados especiais; e *iv*) o autor da ação pode pedir a antecipação da tutela, quando comprovados operigo na demora e a fumaça de bom direito.

O entendimento vigente, decorrente da vigência da Lei nº 12.965/2014 e da jurisprudência firmada posterior a sua publicação, enseja críticas das mais diversas naturezas, sobretudo em razão da morosidade do Judiciário em decidir sobre a indisponibilização de conteúdo e, conseqüentemente, sobre a responsabilidade subjetiva do provedor de aplicações de internet, diante do descumprimento de ordem judicial.

Mesmo assim, ao delegar ao Judiciário a possibilidade de se decidir se determinado conteúdo é ou não infringente, percebe-se que o legislador adotou uma postura acertada, sobretudo pelo fato de não ter coibido que demandas envolvendo tais conflitos sejam resolvidas de forma extrajudicial, a partir de meios que os próprios provedores de aplicações de internet dispõem para tanto, devendo as regras e parâmetros de conduta estarem descritas e presentes nos seus respectivos Termos de Uso.

Portanto, das discussões sobre os princípios e normas que deveriam reger as relações interpessoais na Internet, passando pela publicação da Lei nº 12.965/2014 e culminando no atual entendimento jurisprudencial sobre a matéria envolvendo a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiros, entende-se que demandas neste sentido podem ser solucionadas no Judiciário, na qual haverá responsabilidade subjetiva quando do descumprimento de ordem judicial por parte do provedor, bem como é possível pela via extrajudicial, através de mecanismos próprios das Plataformas, que trazem suas regras e parâmetros de conduta em seus Termos de Uso, preferencialmente em conformidade com a legislação pátria.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO. Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. In: **Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet**. Coord. Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CANALTECH. **Brasil é o país que mais usa redes sociais na América Latina**. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/brasil-e-o-pais-que-mais-usa-redes-sociais-na-america-latina-70313/>>. Acesso em 04 jan. 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentário ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos de responsabilidade civil**. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

KAMINSKI, Omar. **O Marco Civil da Internet se consolida nos tribunais brasileiros**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-marco-civil-internet-consolida-tribunais>>. Acesso em 06 jan. 2018.

LEONARDI, Marcel. **Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet**. 2012. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em 26 out. 2017.

_____. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em 26 out. 2017.

LESSING, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)**. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115489>>. Acesso em: 26 out. 2017.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. 1. ed. São Paulo: Método, 2010.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Interpretação da culpa extracontratual: influência do critério abstrato – aplicação do modelo civil-constitucional da responsabilidade**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

NUNES, Beatriz Laus Marinho; SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade civil de provedores. In: SOUZA, Carlos Affonso; BOTTINO, Celina; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet: jurisprudência comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na internet**. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772&revista_caderno=7>. Acesso em 09 jan. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Lucas Vicente Romero Rodrigues Frias dos. **Responsabilidade civil dos provedores de internet pelo conteúdo gerado por terceiros**. 2015. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6747>>. Acesso em 26 out. 2017.

SERRO, Bruna Manhago. **Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial**. 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-3.pdf>>. Acesso em 18 out. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso de. **A Argentina e o direito ao esquecimento**. 2014. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/post/a-argentina-e-o-direito-ao-esquecimento-por-carlos-affonso-de-souza>>. Acesso em 06 jan. 2018.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na Internet**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>>. Acesso em 17 out 2017.

INTERNET APPLICATIONS PROVIDERS' LIABILITY FOR THIRD PARTY CONTENT

ABSTRACT

This paper deals with the current dynamic of Internet Application Providers' liability for third-party content, mainly provided in Article #19 of the Brazilian Internet Bill of Rights. It also analyzes the Brazilian Case Law, thus concluding that it should be valued by the subjective liability, when noncompliance of a court order, but emphasizing that the removal of content can be also be by the extrajudicial way, when predicting a hypothesis determined in the policies of the applications, in the specific case, and because this conduct is not prohibited by Law.

Keywords: Internet. Internet Service Providers. Civil Liability.



A POLÍTICA DE ATENÇÃO À PESSOA LGBT NO ÂMBITO DO NÚCLEO DE JURÍDICA DA UFSC: A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NOS NÚCLEOS DE PRÁTICAS JURÍDICAS DO BRASIL

Clarindo Epaminondas de Sá Neto¹

Deisemara Turatti Langoski²

No ano de 2004 o Conselho Nacional de Educação, por intermédio da Câmara de Educação Superior, fez publicar a Resolução CNE/CES nº9, a qual instituiu as diretrizes curriculares nacionais para os cursos de graduação em direito. Nessa resolução, mais precisamente em seu art. 2º, ficou estabelecido que a organização dos cursos de graduação em direito deveria ser feita através de projeto político pedagógico, o qual deveria abranger em suas linhas, o perfil do formando, as competências e habilidades a serem adquiridas e desenvolvidas, os conteúdos curriculares, as atividades complementares, o sistema de avaliação, o trabalho de curso como componente curricular obrigatório, o regime acadêmico de oferta, a duração do curso, e o estágio curricular supervisionado, sem prejuízo de outros aspectos que tornem consistente o referido projeto pedagógico.

Especialmente no que tocava ao estágio curricular supervisionado, mais comumente conhecido como prática jurídica, o parágrafo primeiro, inciso IX da resolução, determinava que do Projeto Político do curso deveria constar a concepção e a composição das atividades

¹ Advogado, especialista em ciências criminais, mestre em direito constitucional pela UFRN, doutor em direito pela UFSC. Professor adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, nos cursos de graduação e pós-graduação. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direitos e Diversidades.

² Advogada, mestre em direito pela UFPR, doutora em direito pela UFSC. Professora adjunta do curso de direito da Universidade Federal do Pampa.

de estágio curricular supervisionado, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Prática Jurídica. Nesse sentido, além dos eixos de formação fundamental³ e de formação profissional⁴, a referida resolução previu como regra a existência de um terceiro eixo, profundamente interligado aos outros dois, denominado de Formação Prática, o qual objetivaria a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

Com base nisso, o Estágio Supervisionado tornou-se uma atividade obrigatória nos cursos de graduação em direito, pois segundo resolução ele seria “indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização. Esse estágio, ao seu turno, segundo aponta o parágrafo 1º do art. 7º da resolução nº9/2004, deveria ser realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia, assim como podendo ser realizados em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES, para a avaliação pertinente.

A autonomia concedida pelo Conselho Nacional de Educação no que toca à criação dos Núcleos de Práticas Jurídicas respondeu à necessidade de permitir que as Instituições de Ensino Superior, levando em conta o seu contexto local, pudessem promover uma adequada atuação técnica-jurídica de seus acadêmicos, nas diferentes instâncias judiciais e

³ Resolução CNE/CSE nº9/2004: Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

⁴ Resolução CNE/CSE nº9/2004: Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: II - Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual;

administrativas, observando as principais necessidades da comunidade em que o núcleo está inserido. A autonomia na formatação dos chamados NPJ's permitiu, por exemplo, que as Instituições pudessem direcionar o atendimento jurídico prestado pelos discentes a determinadas áreas, cujas demandas locais demonstrassem serem mais pertinentes no que se refere ao desenvolvimento profissional do acadêmico.

Como se vê, a importância do estágio supervisionado se dá não somente pela necessidade de aproximação do acadêmico com a prática jurídica. Esse componente curricular, para além disso, um contato maior com as pessoas que integram a comunidade na qual a instituição está inserida, promovendo no futuro profissional uma formação humanística e axiológica que valoriza para além dos valores jurídicos, importando, também, os aspectos sociais, o que aliado a uma postura reflexiva de visão crítica, fomentará a capacidade e a aptidão do discente para a prestação da justiça, assim como para o desenvolvimento da cidadania.

Ocorre que no ano de 2017, o Conselho Nacional de Educação, por meio da resolução nº 3, estabeleceu o fim da obrigatoriedade dos Núcleos de Práticas Jurídicas nas instituições de ensino superior. Em atenção à provocação enviada pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, a Câmara de Educação Superior aprovou o parecer CES/CNE 150/2013, propondo a alteração da redação do art. 7º da Resolução CES/CNE 9/2004, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 1º O estágio de que trata esse artigo poderá ser realizado:

I – na própria Instituição de Educação Superior, por meio do seu Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo seu órgão colegiado competente, podendo ser celebrado convênio com a Defensoria Pública para prestação de assistência jurídica suplementar;

II – em serviços de assistência jurídica de responsabilidade da Instituição de Educação Superior por ela organizados, desenvolvidos e implantados;

III – nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias e demais Departamentos Jurídicos Oficiais;

IV – em escritórios e serviços de advocacia e consultorias jurídicas.

§ 2º As atividades de Estágio Supervisionado poderão ser reprogramadas e reorientadas em função do aprendizado teórico-prático gradualmente demonstrado pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

O artigo acima transcrito, como se observa, estabeleceu que o Núcleo de Prática Jurídica não mais será o único espaço admitido para a realização do estágio supervisionado obrigatório nos Cursos de Direito, o qual poderá ser feito em outras instituições conforme incisos II e III, deixando a cargo as instituições o estabelecimento de regras para o cumprimento desse componente curricular.

Tal medida causou espanto aos profissionais da educação jurídica, pois como se sabe, o ensino jurídico no Brasil conta com aproximadamente 1.240⁵ cursos de graduação autorizados a funcionar, e nesses cursos, a formação prática é um notável catalizador que serve para medir, por exemplo, a quantidade de alunos aprovados no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, onde se sabe, a segunda parte do exame é composta integralmente por questões práticas.

A aprovação no referido exame de seleção não deve ser tida como índice absoluto de qualidade dos cursos, todavia, resultados como o do XXI Exame Unificado, no qual 85% dos prestadores foram reprovados, demonstra que a formação prática profissional deve, ao contrário do que prevê a Resolução aprovada em 2017, ser expandida para permitir que o estágio supervisionado obrigatório no âmbito da IES seja melhorado e não extinto, como certamente ocorrerá nas instituições privadas, onde vários mantenedores e dirigentes já querem, para fazer economia, diminuir a folha de pagamento, desligar professores-orientadores, e em alguns casos, extinguir os seus NPJ's, deixando que essa prática de estágio fique adstrita aos convênios que serão firmados com órgãos jurídicos, assim como que o estágio seja apenas realizado em ambiente externo ao local no qual o curso é ministrado.

A melhora na execução do estágio supervisionado obrigatório, para além de questões técnicas (estrutura e corpo docente) e de espaço físico, deve ser perseguida a partir da ampliação dos núcleos, pois como dito anteriormente, a prática jurídica no âmbito dos escritórios modelos visa não somente apresentar ao aluno a realidade processual, mas

⁵ Dado colhido da plataforma *on line* do Ministério da Educação/INEP. Disponível em: http://inepdata.inep.gov.br/analytics/saw.dll?Portal&PortalPath=%2Fshared%2FGeral%2F_portal%2FEduca%2FC3%A3o%20Superior. Acesso em 27 jan. 2018.

também, coloca-lo diretamente em contato com pessoas, que em situação de hipossuficiência financeira, necessita de um atendimento humanizado e especial.

De início, é importante frisar que o estágio supervisionado, dentro da prática jurídica real, não é uma atividade simples. Diz-se isso porque, na atualidade, os Núcleos de Práticas Jurídicas além de necessitarem de professores qualificados, necessitam de ferramentas de gestão que, em sua maioria, não são fáceis nem simples de se adquirir. Todavia, levando em conta o perfil do bacharel que se pretende formar, as disciplinas do eixo de formação prática devem ser oferecidas segundo os mesmos parâmetros das demais, guardadas as propriedades daquelas disciplinas que não são ofertadas em sala de aula.

Para chegar aos objetivos propostos com o presente trabalho, é necessário que se entenda a estrutura do Escritório Modelo da UFSC, a qual não é muito diferente daqueles da maioria das instituições federais de ensino. Nesse ponto, importante também o é compreender o que é um Núcleo de Prática Jurídica.

Por Núcleo de Prática Jurídica se deve entender um órgão encarregado de supervisionar as atividades de estágio dos alunos dos cursos de graduação em direito. Esse núcleo, dependendo da formação estrutural a ele atribuída, geralmente é formado pelos professores-supervisores, pela coordenação, pela secretaria administrativa e no caso da UFSC, ele também é composto pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica. Por essa divisão é possível entender que o gênero “Núcleo” comporta subespécies que abarcam, cada uma delas, atividades específicas: por exemplo, o EMAJ é o responsável por, dentro do Núcleo de Prática Jurídica, ofertar atendimento extrajudicial e judicial à comunidade.

Ocorre que o Núcleo de Prática Jurídica não é apenas um espaço físico para a operacionalização do estágio supervisionado; ele é um espaço acadêmico que tem como escopo produzir atividades de ensino práticas, e também atividades relacionadas à extensão e pesquisa universitárias. Precisamente em relação à extensão, o Núcleo de Prática Jurídica é uma porta de entrada para a aproximação do acadêmico e da própria instituição em relação à comunidade, afinal, seu objetivo é justamente figurar como um elo entre ambas “concretizando a promoção e garantia do desenvolvimento social, bem como os anseios da comunidade” (CÉSAR, 2013, p. 23).

Inobstante esse entendimento, a quase totalidade dos Núcleos de Prática pelo país funciona como lugar de atendimento de demandas individuais a serem judicializadas⁶, e isso é fruto da própria estrutura dos cursos de direito, os quais focam suas diretrizes no conflito em

⁶ Essa conclusão é fruto de conversas com professores coordenadores de Núcleos de Práticas Jurídicas que compõem a Rede de Núcleos de Práticas Jurídicas, da qual este professor faz parte.

si, a partir, por exemplo, da quantidade de disciplinas ligadas ao Direito Civil (direito privado) e aos procedimentos processuais, deixando de focar, também, em políticas de pacificação social e em soluções a serem obtidas por intermédio dos meios consensuais de solução de conflitos, a exemplo da mediação e da conciliação.

Para estabelecer quem serão as pessoas atendidas no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica da UFSC, assim como ocorre na maioria das instituições, foram estabelecidos critérios socioeconômicos de triagem, a serem auferidos pelo domicílio do assistido e pela renda familiar. No caso da triagem em razão do domicílio⁷, essa se dá porque a Vara Universitária (Juizado Especial Cível e Criminal da UFSC) possui competência para ações de família – cujo domicílio do assistido pode ser qualquer bairro da cidade de Florianópolis –, para ações cíveis (juizado especial e demais ações cíveis), nas quais atende-se à Resolução nº 04/2011 do TJ/SC, limitando-se o atendimento aos assistidos domiciliados em bairros específicos, e ações penais relativas ao crimes de menor potencial ofensivo, cujos assistidos também residam nos bairros discriminados na resolução mencionada. Em relação ao critério socioeconômico, serão assistidos pelo Núcleo aquelas pessoas que auferam renda de até R\$2.379,00 (dois mil, trezentos e setenta e nove reais), e no caso de procedimentos que visem divisão patrimonial, o valor deles não poderá ser superior ao valor dos imóveis financiados pelo Programa Minha Casa Minha Vida para a região Sul, de maneira que tais critérios são cumulativos.

Como se observa, a definição de quem poderá ser assistido pelo Núcleo de Prática Jurídica, ultrapassada a questão da competência, se dá efetivamente pela situação financeira e econômica da pessoa. De fato, esse balizador tem grande importância, uma vez todos os procedimentos que necessitem ir à apreciação judicial devem contar com o respectivo valor da causa, de onde se calculam as custas e as despesas processuais. Assim, o pedido de gratuidade da justiça será apresentado justamente tendo como parâmetro a hipossuficiência financeira do assistido, conforme preceitua o Código de Ritos Cíveis: Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Ultrapassados esses requisitos, a pessoa poderá, desde que apresente os documentos necessários, ser assistido pelo serviço jurídico do Núcleo de Prática Jurídica. Ocorre que desde o ano de 2016, o EMAJ/UFSC vem relativizando a concepção de hipossuficiência no

⁷ No caso de demandas judiciais e extrajudiciais afetas a outra jurisdição, a exemplo da Justiça Federal, os requisitos são os mesmos, guardadas as particularidades da fixação de competência.

que toca às demandas apresentadas pelo coletivo de pessoas LGBT da cidade de Florianópolis, e isso se deu, sobretudo, porque através do projeto de extensão NEDD – Núcleo de Estudos em Direitos e Diversidades, coordenado por este professor, chegou-se à conclusão que a situação de vulnerabilidade social a que estão inseridos todos e todas que integram esse coletivo é condição inicial suficiente para o reconhecimento da hipossuficiência.

Nesse sentido, a hipossuficiência financeira deixou de ser o principal requisito para o acesso aos serviços prestados pelo Escritório Modelo. Assim como os serviços de saúde da Universidade, que prestam atendimento especial a crianças e mulheres em situação de violência, o serviço jurídico também passou a conceber que, em razão dos números alarmantes de atos de homofobia e de assassinatos de pessoas LGBT, sobretudo o coletivo de pessoas “trans”, cujo número em 2017 ultrapassou a marca de um assassinato por dia no Brasil, segundo dados do Grupo Gay da Bahia, a hipossuficiência desse coletivo converte-se em vulnerabilidade social, e estaria demonstrada de forma clara.

Diz-se haver uma conversão porque as concepções de hipossuficiência e vulnerabilidade são distintas. A vulnerabilidade diz respeito à fragilidade inata de determinado grupo de pessoas, sobremaneira em relação a situações de violência física, psicológica e social, as quais tornam determinado indivíduo mais fracos e indefesos, em razão de caracteres pessoais. A hipossuficiência, por sua vez, está ligada à possibilidade de pagamento das custas e honorários em processo judicial. Esta segunda, apesar de importante para balizar o atendimento do Núcleo de Prática Jurídica, muitas vezes acaba deixando de lado questões importantes, como aquelas ligadas a todos os efeitos sociais que derivam de ações e atos de preconceito em relação ao coletivo LGBT.

Como no Estado de Santa Catarina, e em especial, na cidade de Florianópolis, como aliás ocorre em quase todo o país, existem pouquíssimos profissionais do direito que possuam conhecimento e proximidade com questões afetas à diversidade sexual e de gênero, e atendendo à responsabilidade social das Universidades públicas, urge que a noção de hipossuficiência adotada pelos escritórios modelos seja transformada em noção de vulnerabilidade social, a fim de que, além de dar atendimento qualificado ao coletivo LGBT (uma vez que esse atendimento será acompanhado por professores federais, portanto, concursados) também seja proporcionado aos alunos uma maior aproximação com temas tão delicados como o são as situações de violência vivenciadas por este coletivo, o que certamente transpassará o viés econômico financeiro, muito característico do cenário jurídico nacional levado aos Núcleos de Prática Jurídica.

Com essa postura, que já está sendo implementada no NPJ da UFSC, vislumbra-se transformar a vulnerabilidade social dos assistidos em uma política nacional a ser implementada pela Rede Nacional de Núcleos de Práticas Jurídicas, que reúne os principais escritórios de prática do país, como forma de garantir o acesso à justiça de todos e todas que precisem de atendimento humanizado para solução judicial ou extrajudicial de conflitos.



O CIBERESPAÇO E O DIREITO: BREVE REFLEXÃO

Alexandre Libório Dias Pereira¹

No livro *Neuromancer* (1984) Gibson apresentou o *Cyberspace* como a “alucinação consensual experimentada diariamente por biliões de operadores legítimos em cada país.” Caracterização algo futurista, à época, já que a utilização comercial da rede não seria permitida até 1991 (Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, 1999).

A revolução eletrónica subsequente questionou a competência do Direito para regular o ciberespaço. Os códigos informáticos e os mecanismos alternativos de resolução de litígios (*soft law*) teriam primazia sobre as leis e os tribunais do Estado (*hard law*), segundo a máxima “*The Answer to the Machine is in the Machine*” (Clark 1996). A autorregulação mediante normas técnicas e códigos de conduta foi quase espontânea, mas recebeu-se a substituição dos órgãos e procedimentos democráticos subjacentes às normas jurídicas pela novel ciência da engenharia informática.

A Internet cresceu em ambiente de “Woodstock eletrónico”, embora procurando resguardo nas tecnologias seguras da criptografia. Aparentemente, os juristas não teriam competência para resolver os novos problemas. Apesar de ter sido gerada para servir militarmente o Estado (Arpanet), na Internet não existiria um poder estadual capaz de impor as suas leis através dos seus órgãos judiciais e administrativos. Desde logo porque na Internet as fronteiras territoriais significariam pouco (Mitchell, *City of Bits*, 1995), o ciberespaço seria a-espacial.

A regulação através de códigos tecnológicos de conduta (netiqueta) serviria não apenas uma visão pós-moderna (Boyle, *Shamans, Software & Spleens: Law and the*

¹ Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Construction of the Information Society 1996), mas também a falácia tecnocrática. No seu estado originário, o ciberespaço seria uma “no man’s land”, um “sexto continente”, à espera de ser descoberto e conquistado. Preservar o “estado de natureza” do ciberespaço contra a sua “colonização” pelas normas do Estado e do Direito, eis o ideal proclamado na *Declaration of Independence of Cyberspace* de John Perry Barlow (1996).

Todavia, o ciberespaço enquanto modo de vida com os outros não é axiologicamente neutro. Basta pensar na potencial instauração das «sociétés de contrôle» de que fala Gilles Deleuze (*L’Autre Journal* 1990). O panóptico eletrônico global já não é ficção científica, mas antes realidade do quotidiano. A *Polis* perdeu a inocência. Contra o determinismo tecnológico, deve afirmar-se o ciberespaço como o resultado das livres escolhas comunitárias.

A sede primeira da regulação é a lei constitucional, com as coordenadas fundamentais do projeto comunitário e por conseguinte os valores que o sustentam. Apesar de o ciberespaço não ser aí referido, tal não significa que possa regular-se de modo inconstitucional nem a-constitucional: “Perante o pluralismo neocorporativo de criação do direito é ainda a constituição que diz os limites” (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a ed., 2006). A constituição regula positivamente o ciberespaço, configurando as definições essenciais do sistema jurídico, começando pelos direitos fundamentais enquanto “opção de fundo” (Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986).

Na Europa, a Internet e o mercado digital são regulados, em primeira linha, pela União Europeia, em nome do bom funcionamento do mercado interno. Será a entidade melhor colocada para responder adequadamente aos desafios da globalização eletrónica, sem prejuízo da constituição nacional para o sistema normativo do ciberespaço.



O DIREITO E A SÉTIMA ARTE: UM BREVE EXAME DO FILME 12 HOMENS E UMA SENTENÇA

Edson Matheus Dantas Vieira¹

REFERÊNCIA DA OBRA EM ANÁLISE

12 Homens e Uma Sentença. Direção de Sidney Lumet. Produção de Henry Fonda e Reginald Rose. Roteiro: Reginald Rose. Música: Kenyon Hopkins. Nova York: Orion-nova Productions, 1957. 1 DVD (96 min.), son., P&B. Legendado. Port.

1 APRESENTAÇÃO DO DIRETOR

Um dos maiores diretores do cinema americano, Sidney Lumet nasceu na cidade de Filadélfia, Pensilvânia em 25 de Junho de 1924. Seus pais eram o ator Baruch Lumet e dançarina Eugenia Wermus Lumet, ambos os artistas de teatro. Imerso em um ambiente artístico, Lumet começou sua carreira aos quatro anos de idade no *Yiddish Art Theater*², em Nova York. Antes de se tornar diretor, foi ator de teatro, rádio e cinema. Durante a Segunda Guerra Mundial interrompeu sua carreira artística e passou três anos servindo no Exército dos Estados Unidos da América como reparador de rádio.

¹ Acadêmico do curso de Direito da UFRN.

² O *Yiddish Art Theatre* foi uma companhia de teatro ídiche fundada em Nova York, Estados Unidos da América, no ano de 1918. O teatro ídiche consiste de peças escritas e executadas principalmente por judeus em Ídiche, língua originária do alto alemão, falada por judeus da Europa Central e do Leste Europeu.

Após o fim da guerra, em 1950, ele se restabelece em Nova York e ingressa na *Columbia Broadcasting System (CBS)*³ tornando-se um diretor respeitado de programas de televisão ao vivo, incluindo uma série sobre o crime chamado *Danger* (1955). Nessa época Nova York era o coração da produção televisiva durante a 1ª Era de Ouro da Televisão Americana (1958-1971), e muitos escritores talentosos, atores e diretores viveram e trabalharam lá. Parte dos diretores de televisão, como Lumet, migraram para o cinema, muitas das vezes centrados em temas sociais e psicológicos complexos e mantiveram um estilo derivado de suas origens informais na televisão.

Sidney Lumet fez sua estreia no cinema em 1957, dirigindo seu primeiro filme, *Doze Homens e uma Sentença*, estrelado por Henry Fonda e Lee J. Cobb, um drama ambientado em um tribunal que com simplicidade e perspicácia aborda temas como a busca pela justiça e as deficiências do sistema penal norte-americano. O filme recebeu o prêmio Urso de Ouro no Festival de Berlim e foi indicado ao Oscar de melhor filme, melhor diretor e melhor roteiro adaptado. A obra narra o conflito de um grupo de jurados que tentam proferir um veredito sobre a condenação ou não de um jovem à pena de morte, impressionou o público e a crítica ao conseguir construir um ambiente com enorme tensão e discutir com perspicácia temas como o sistema prisional, a luta pela tolerância e a justiça.

Nas décadas seguintes Lumet desenvolveu um trabalho eclético que incluiu filmes como *Serpico* (1973), *Rede de Intrigas* (1976) e *O Veredito* (1982). A ambientação preferida para seus filmes foi a cidade de Nova York e seu assunto mais abordado foi a tênue linha existente entre a ordem e a criminalidade. Muitas discursões presentes em suas obras não são somente relevantes dentro dos Estados Unidos da América, mas são igualmente relevantes em todo o mundo ocidental. São abordados em suas obras temas como o racismo, o preconceito a imigrantes, o inconformismo e a crítica para com o *status quo* vigente, corrupção e a espetacularização realizada pela mídia.

Sua carreira durou seis décadas, ele foi um dos mais prolíficos diretores da era moderna do cinema, tendo feito mais de um filme por ano desde sua estreia, em 1957, totalizando mais de 50 filmes. Pela sua grande contribuição à sétima arte recebeu, em 2005, um Oscar honorário e em 2007 concluiu seu último trabalho, *Antes que o Diabo Saiba que Você Está Morto* (*Before the Devil Knows You're Dead*). Sidney Lumet faleceu em Nova York, no dia 9 de abril de 2011.

³ A *Columbia Broadcasting System* é uma rede de rádio e televisão estadunidense, de propriedade da *CBS Corporation*.

2 PERSPECTIVA TEÓRICA DA OBRA

12 Homens e Uma Sentença (1957) é um filme perspicaz, nele, a doze jurados é atribuída a obrigação de proferir um veredito sobre a culpa ou a inocência de um adolescente acusado de assassinato. Onze dos doze homens inicialmente votam "culpado", o que desencadeia uma série de discursões sobre a culpabilidade do acusado.

O objetivo do filme não é chegar a uma verdade sobre a tese da culpabilidade ou não do réu, mas expor, sob a perspectiva de cada homem, seus diferentes juízos sobre o caso, abrindo margem para a abordagem de vários temas, como a importância e função do tribunal do júri, desumanização do acusado e a influência dos pré-julgamentos e pré-conceitos nas decisões judiciais. O filme também explora o funcionamento interno da sala do júri.

Apesar de o filme ser de 1957, as questões por ele apresentadas ainda hoje são relevante. A obra fornece uma lição sobre as graves implicações dos erros cometidos no interior do judiciário.

3 BREVE SÍNTESE DA OBRA

12 Homens e Uma Sentença dramatiza um julgamento pelo tribunal do júri de um jovem de dezoito anos que está sendo acusado de ter matado seu pai, como é explicado no filme, o caso se trata de um homicídio premeditado que é punido com a pena de morte. A primeira cena é justamente a fase final da sessão de julgamento, quando os jurados recebem as instruções do juiz para emitirem o veredito, só se deve julga-lo culpado caso se tenha certeza, em havendo dúvida razoável sobre a culpa o réu deve ser julgado inocente, a decisão do júri deve ser unânime e não há a possibilidade de perdão pelo tribunal. O júri é composto por doze homens, de diferentes origens, de diferentes profissões (professor, arquiteto, bancário, empresário, pintor, vendedor, dono de oficina, relojoeiro e vendedor) e em sua maioria são homens de meia-idade.

Na cena seguinte é exibida a reunião dos doze jurados numa pequena sala do tribunal, inicialmente a maioria dos jurados mostravam-se convencidos de que o réu era culpado e desejavam rapidamente tomarem a decisão pela condenação do acusado para se dedicarem a outros compromissos pessoais, o que denota certa irreflexão sobre a responsabilidade de condenar alguém à privação de seu bem mais precioso que é a vida. Mas, ao contrário de todas as expectativas, um dos jurados, interpretado pelo ator Henry Fonda,

expõe suas dúvidas (ele admite não ter certeza sobre a inocência ou não do acusado) sobre as evidências que indicam a condenação do acusado e se insurge, em uma decisão corajosa, contra a deliberação da maioria. Esta decisão desperta a ira dos demais jurados, já que para eles, a culpa do réu era óbvia.

A partir daí, com clareza, astúcia e argumentos fortes e consistentes, gradativamente ele começa a iluminar o caso debatendo todos os pontos controversos, tentando demonstrar a inconsistência dos argumentos utilizados pela acusação. Nas cenas seguintes, o que perdura por quase todo o restante do filme, os jurados debatem os pontos controversos do caso. À medida que os debates evoluem, os jurados começam a ponderar sobre questões que perpassam a legitimidade do tribunal do júri e o tipo de justiça que está a realizar-se naquela oportunidade. Por outro lado tensões vão se acentuando durante o decorrer do filme e alguns jurados insistem em sustentar seu posicionamento pela condenação do jovem com base em suas concepções e juízos de valor, não avaliando criticamente o caso nem analisando os fatos e a lei.

Ao final, após calorosas discursões, o acusado é declarado inocente. Ressalte-se que apenas alguns dos jurados alteraram a sua posição por estarem convencidos de que ela é a mais adequada. Não foi o caso do jurado nº 7, que só estava querendo sair o quanto antes do tribunal, assumindo uma postura desinteressada e indiferente com as discursões.

5 PRINCIPAIS TESES DESENVOLVIDAS NA OBRA E REFLEXÕES CRÍTICAS

A obra ora em análise, foi inovadora em sua época, servindo de referência para os demais filmes da área. Diferentemente de outras produções, a maior parte das cenas se passa em uma única sala de tribunal, pequena, quente e mal ventilada (o único ventilador não funcionava), este espaço acaba por refletir todas as tensões e conflitos desenvolvidos ao longo da obra.

Este filme não é apenas mais um filme sobre o desfecho de um processo, visto de forma isenta e distanciada dos personagens. Ao se focar na dramatização de uma deliberação de um júri e nas particularidades, ideias e ações dos personagens o filme revela, de forma ainda muito atual, as dificuldades das sociedades democráticas em formarem consenso, questionar ou realizar uma autocrítica de seus próprios sistemas de controle e dos cidadãos de porem seus interesses de lado e pensarem na coletividade e no funcionamento das instituições.

Diante disto, vê-se que o filme apresenta o debate sobre importantes questões para áreas como o direito penal e a criminologia.

5.1 Juízos de pré-julgamento

Na obra em análise é nítido a atribuição, pela maioria dos jurados, ao jovem acusado de características que levam a supor que ele é o culpado pelo cometimento do crime. Justifica-se que o rapaz é um jovem problemático, com histórico de brigas, problemas escolares, cometeu crimes anteriores (roubo) e nasceu na pobreza, como demonstra a reflexão realizada pelo jurado nº4 e endossada pelo jurado nº10 aos vinte e dois minutos do filme:

Jurado nº4:” Bem, vamos em frente. Estamos desviando do assunto. O rapaz é fruto de um lar desfeito, de um cortiço. Não mudaremos isso. Temos de decidir se é culpado ou não. E não discutirmos por que ele é assim hoje. Nasceu num cortiço, escola de bandidos. Sabemos disso. Não é segredo que crianças vindas da miséria... são uma ameaça à sociedade. Agora, eu acho(...)” Jurado nº10:”Irmão, eu assino embaixo. Os egressos de lá são lixo. Não quero ter nada a ver(...)”

Nota-se nesta cena um juízo de pré-julgamento, não são os fatos os reais motivos que levam a maioria dos jurados a considerar inicialmente o réu culpado, mas o juízo de valor que eles fazem sobre o rapaz, aceitando, sem questionamentos, as teses da promotoria como se ela apenas confirmasse esse juízo de valor pré-estabelecido. Vê-se, portanto, neste diálogo, que sob o manto da suposta neutralidade os dois jurados passam a diagnosticar o acusado como um elemento danoso à sociedade e uma vez comprovado a sua culpa cabe à aplicação da lei (direito penal) para neutralizar essa ameaça.

Esse pensamento, apesar de o filme ser do final da década de 50, corresponde justamente à Ideologia da Defesa Social que, segundo Baratta (2014, p.42) representa, ainda hoje, a filosofia dominante no campo das ciências jurídicas e também no senso comum. Um dos princípios que compõe esta teoria, e que ficou explicitado na reflexão realizada pelo jurado nº4, é o princípio do bem e do mal, segundo o qual o bem representaria a sociedade, que por sua vez é ameaçada mal, elemento danoso ao sistema social (Baratta, 2014, p.42).

5.2 Desumanização do acusado

Um discurso bastante utilizado por alguns dos personagens da obra foi o da desumanização do acusado. A utilização deste discurso não é um fenômeno restrito ao filme ou à década de 50. É na verdade, uma prática muito antiga e ainda hoje em uso. Desumaniza-se os outros para que se possa tratá-los da maneira diferente e inferior às demais pessoas.

Transformar o ser humano em um objeto ou no diferente de “nós” possibilitou a instauração de todo o tipo de arbitrariedades contra o ser humano (escravidão, genocídio, segregação racial) e serviu de justificativa ideológica para a implantação de regimes autoritários como o regime nazista na Alemanha. Isso se torna evidenciado nas cenas iniciais, no diálogo estabelecido entre o jurado nº10 e o jurado Davis aos quatorze minutos da obra, a seguir transcrito:

Davis: “É um rapaz revoltado, só isso. Sabem por quê? Porque foi maltratado a vida inteira, todos os dias. Teve dezoito anos de muita infelicidade. Acho que lhe devemos umas palavras, só isso”. Jurado nº10: “Não acho, não. Não lhe devemos nada! Teve um julgamento justo. Quanto custa isso? Teve sorte de ter tido isso. Entendem o que digo? Somos todos adultos aqui. Ouvimos os fatos, não foi? Não quer que acreditemos no rapaz, sabendo o que ele é. Convivi com eles a vida toda. Não se pode acreditar em nada que dizem. Sabem disso. Já nascem mentirosos (...)”.

Nota-se de forma patente como o discurso do jurado nº10 contribui para a desumanização do acusado. Primeiro evoca-se um suposto distanciamento do acusado e a legitimação das instâncias punitivas, não há o que discutir, as instâncias oficiais já elucidaram o caso e tal julgamento, dito justo, foi uma sorte do acusado, já que custa muito para o Estado. Segundo, desqualifica-se totalmente a credibilidade do acusado, sendo elevado à condição de mentiroso nato, em uma concepção que se aproxima daquela desenvolvida na escola criminológica positivista, notadamente as de Cesare Lombroso (2010, p. 193-216) e suas conceituações de criminoso nato.

Tornar o outro não humano e diferente (evocação do princípio da diferença) faz com que as atitudes que rebaixam os outros se tornem compreensivas, e esvazia o sentimento de culpa em agredir o próximo. Essas concepções equivocadas abrem espaço para o surgimento de um pretense sentimento de justiça que deve ser satisfeito a todo custo não importando as consequências. Portanto, se este ser diferente é um risco para a sociedade, nada mais justo que seja aplicado de forma rigorosa a lei. Essa noção a cerca do

uso da pena como instrumento de vingança desvirtua totalmente seus fins, como já conceituava Beccaria (2004, p. 49) no século XVIII, a finalidade da pena não é atormentar o ser, muito menos fazer que um crime não cometido seja cometido.

Posteriormente, já na metade final da obra, em uma discursão travada entre o personagem Davis e pelo jurado nº3, mostra-se até que ponto os indivíduos são capazes para ver esse pretense senso de justiça realizado, como demonstra a transcrição dos diálogos:

Jurado nº10: “Irmão, já vi todo tipo de desonestidade. Mas esta demonstração ganha de todas. Chegam aqui morrendo de pena dos pobres e injustiçados. Aí, ouvem contos de fada e... Está conseguindo sensibilizar essas velhotas, mas não eu. Já aguentei o bastante! Qual é o problema de vocês? Ele é culpado e deve pagar! Estão deixando-o escapar”. Davis: “Deixando-o escapar? Você é o carrasco dele?” Jurado nº10: “Um deles”. Davis: “Talvez queira apertar o botão”. Jurado nº10: “Por ele, apertaria. Sinto pena de você”. Davis: “Como deve ser apertar o botão? Desde que chegou aqui... comporta-se como um vingador público. Quer vê-lo morrer, porque quer e não pelos fatos. É um sádico!”. Jurado nº10: “Soltem-me! Vou matá-lo! Vou matá-lo!”.

As provas do caso pouco importam para o juízo de condenação realizado pelo Jurado nº10, o acusado é um risco para a sociedade e condená-lo é um dever. Não há a preocupação moral com a grave pena que será aplicada ao réu caso ele seja condenado culpado (no caso a pena de morte), nem se quer avalia a possibilidade de se estar sentenciando um inocente.

5.3 Tribunal do júri

No filme 12 Homens e Uma Sentença, como não poderia deixar de ser diferente, é patente a discursão em torno da instituição do tribunal do júri americano, sua função missão e contribuição para a democracia. Entretanto, é preciso salientar as origens históricas desta instituição:

O sistema de júri americano foi herdado da Inglaterra medieval, em que grupos de 12 homens “livres e cumpridores da lei” em cada comunidade eram convocados a ajudar o rei a fazer justiça. Durante séculos, esses grupos basearam suas decisões naquilo que conheciam do mau comportamento local. Porém, à medida que a

população da Inglaterra aumentava, de modo geral esses jurados não podiam basear-se nas fofocas dos vizinhos e passaram a basear suas decisões, cada vez mais, nas provas que ouviam no tribunal. Na época em que o sistema jurídico americano absorveu o modelo britânico, os jurados dos EUA eram admoestados a ignorar tudo que talvez soubessem sobre o caso e decidir os fatos unicamente com base nas provas apresentadas em juízo. (BURNETT, 2009)

Observa-se que nesta instituição, o grupo formado doze cidadãos comuns terão o encargo de afirmar ou negar a existência do fato criminoso atribuído a uma pessoa. Presta-se, portanto, para servir como um limitador poder punitivo estatal e como ferramenta de representação democrática junto ao poder judiciário.

No entanto, parte dos personagens inicialmente desconhece ou não atende aos objetivos desta instituição. Pela ação deles, constata-se uma pretensão de condenar o acusado, não pelo plano fático, mas pelas suas convicções e ideias pessoais. O júri não deve atender a pretensões pessoais de vingança ou ideais de justiça particulares e nem deve procurar de todas as formas condenar o réu.

O filme expõe dois tipos contrapostos de jurados. O primeiro, Davis, representa o tipo ideal, cauteloso, procura analisar o plano fático e aplicar a lei ao mesmo tempo que dialoga com os demais jurados e busca convencê-los de forma didática e lógica das inconsistências das alegações da acusação. Já o segundo é representado pelo jurado nº10, nervoso, emocionalmente instável e imbuído de um pretense sentimento de justiça que deve ser satisfeito a todo custo, representa tudo aquilo que o jurado não deve ser. Por fim, os argumentos apresentados pelo jurado Davis acabam por convencer a maioria dos demais jurados, incluindo o jurado nº10, mas Davis não é apenas mais um personagem do cinema, ele representa a resistência à opressão da maioria, ao defender a não condenação de um jovem de origem bastante humilde acusado de ter assassinado seu pai, convencendo lentamente os outros jurados a chegar ao veredicto de “inocente” após longos e conflituosos debates.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que muito embora o filme 12 Homens e Uma Sentença seja uma obra produzida há mais de sessenta anos, os temas que são debatidos continuam atuais, não somente nos Estados Unidos da América, país de sua produção, mas em todo o mundo ocidental. Consoante se observa, temas como a soberania do tribunal do

júri, os juízos de pré-julgamento e o tratamento desumano reservado aos possíveis transgressores da lei, apesar de serem enfrentados na atualidade sob novas perspectivas, ainda hoje são questões amplamente debatidas.

Toda essa problemática se correlaciona, conforme já exposto, com as dificuldades enfrentadas pelas sociedades ocidentais em construir consenso, questionar ou realizar uma autocrítica de seus próprios sistemas de controle e dos cidadãos de porem seus interesses pessoais de lado para a busca do bem comum. Nos debates contemporâneos deve-se sempre buscar uma ampla discursão e o intercâmbio de ideias, inexistindo uma resposta pronta e acabada para a resolução de todas as questões socialmente relevante.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret. 2004.

BURNETT, D. Graham. O Papel do Júri. **Ejournal Usa: Anatomia de um tribunal de júri**, Washington, Dc, v. 14, n. 7, p.7-10, jun. 2009. Mensal. Disponível em: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2013/07/20130724279402.html#axzz48m2DSgxO>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

LOMBROSO, Cesare. **O HOMEM DELINQUENTE**. São Paulo: Ícone, 2010.



O ESTATUTO JURÍDICO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: UM PASSO (EM) FALSO?

Pedro Miguel Freitas¹

A equiparação entre animais e coisas no domínio jurídico foi, pelo menos em Portugal, até ao início de 2017, uma verdade insofismável, particularmente no direito civil e direito penal. Se atendermos aliás a este último ramo jurídico, bastará recordar que a provocação da morte de um animal não merecia particular especificidade, sendo aplicado sem mais o crime de dano, previsto no artigo 212.º do Código Penal português, pelo qual se punia com pena de prisão até três anos ou com pena de multa aquele que destruísse, no todo ou em parte, danificasse, desfigurasse ou tornasse não utilizável coisa alheia. A morte de um animal pertencente a terceiro equivalia à destruição de uma coisa alheia e o regime jurídico-penal aplicável era exatamente o mesmo.

O estado de coisas haveria de alterar-se, pelo menos formalmente, com a entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, de 3 de março. Com este diploma procedeu-se à alteração de três instrumentos legislativos nacionais importantíssimos – o Código Penal, o Código Civil e o Código de Processo Penal – sob o mote de introduzir um novo estatuto jurídico dos animais.

O que desta lei nos reteve maior atenção foi, antes de tudo, o seu objeto: o de estabelecer um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade. O objeto e objetivo eram promissores, sem dúvida. O de quebrar um entendimento jurídico anquilosante, de tempos idos, de matriz maniqueísta ou ontologicamente bilateral, ou melhor, uma visão jurídica do mundo assente numa divisão

¹ Doutor em Direito. Docente Universitário. Investigador no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII) e no Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). Email: pedrofernandesfreitas@gmail.com.

entre o nós (humanos) e o eles (*res* [in]orgânica não humana). Na verdade, para sermos mais corretos, era mais uma fissura nesta visão ou entendimento, pois, de um lado, o brocardo latino “*societas delinquere non potest*” não mais tem colhido guarida majoritária junto da doutrina e legislação e, de outro, atendendo ao avanço ininterrupto das novas tecnologias, em especial na inteligência artificial, há quem considere, como por exemplo o Parlamento Europeu, a possibilidade de criação de um estatuto jurídico específico para robôs autônomos, que assim deteriam uma personalidade eletrônica que permitiria a sua responsabilização jurídica direta e autônoma.

A primeira questão que se nos coloca é a de saber o significado de reconhecer-se aos animais a natureza de seres vivos dotados de sensibilidade. Que um animal é um ser vivo, não temos dúvidas. Mas a própria noção de ser vivo inclui a presença de algumas características como movimento, respiração, crescimento, reprodução, excreção, nutrição e sensibilidade ou irritabilidade. Sensibilidade ou irritabilidade enquanto capacidade de percepção e resposta a alterações no meio ambiente. Ora, se o legislador português optou por reconhecer aos animais a sensibilidade com esta configuração, estamos diante de uma redundância sem qualquer sentido. Bastaria que tivesse afirmado, como se depreende, que os animais são seres vivos e, por isso, merecedores de um estatuto jurídico distinto daquele atribuído às coisas.

Existirá uma outra hipótese hermenêutica? Terá querido o legislador dizer que (todos) os animais são seres vivos com capacidade de sentir, experimentar sensações e possuir sentimentos? Seria a nosso ver no mínimo imprudente que o legislador cristalizasse em letra de lei uma tomada de posição deste calibre relativamente a uma questão que há séculos tem ocupado desde filósofos a biólogos, sem que se houvesse logrado uma resposta definitiva e inquestionável.

Independentemente do alcance material do enunciado que presidiu a Lei n.º 8/2017, de 3 de março, as concretas alterações legislativas introduzidas por este diploma foram, em particular no âmbito penal, especialmente desanimadoras, incongruentes até com o reconhecimento de um suposto estatuto jurídico dos animais.

Ao nível do direito civil, manteve-se a ideia de que os animais podem ser objeto de direito de propriedade, tal como as coisas corpóreas, móveis ou imóveis. Apesar disto e por essa razão, de modo a se atender à específica natureza dos animais, imputam-se agora ao proprietário do animal os deveres de asseguramento do seu bem-estar, de respeito pelas idiosincrasias da espécie e de cumprimento das regras em matéria de criação, reprodução, detenção e proteção dos animais. Concomitantemente, o proprietário fica vedado de infligir

dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou morte do animal.

Pode conceder-se que se vislumbra um certo avanço no reconhecimento da natureza distinta dos animais ao nível do direito civil com a consagração de um conjunto de deveres e proibições umbilicalmente ligadas à proteção do seu bem-estar, mas não conseguimos deixar de registar um certo farisaísmo quando o legislador aplica subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, mesmo que vede o recurso a normas subsidiárias incompatíveis com a natureza dos animais.

No campo do direito penal não se registaram alterações substanciais. A morte de um animal pertencente a terceiro, para usarmos o exemplo oferecido no início desta reflexão, continua a ser punida exatamente pelo mesmo crime, o de dano. Assim, no Código Penal português atual, é punido pela prática do crime de dano, previsto no artigo 212.º do Código Penal português, com pena de prisão até três anos ou com pena de multa, quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa ou animal alheios. A diferença normativa operada pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, é assim mais estética que substantiva. Observamos tão-somente uma alteração cirúrgica na grande maioria dos tipos legais de crime onde o objeto da ação era a “coisa”, p. ex., furto, abuso de confiança, roubo, dano, entre outros. Em lugar de “coisa” encontramos agora “coisa ou animal”. Sem mais!

Em suma, a Lei n.º 8/2017 impressiona sobretudo pelo que não é e não pelo que é. De certo, não foi uma verdadeira e profunda mudança de perspetiva sobre a distinta natureza dos animais.



O FILME LOVELESS: PLURALISMO JURÍDICO E DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Paula Bertran¹

Iara Pereira Ribeiro²

RESUMO

O texto analisa algumas das matrizes de poder que concorrem com o poder estatal no filme russo *Loveless*, dirigido e escrito por Andrey Zvyagintsev. aspectos identitários são descritos em relações que tradicionalmente pertencem ao poder da produção. O poder paraestatal é identificado em funções tipicamente estatais, como a atividade policial. Finalmente, identifica-se o esfacelamento do poder familiar, filho e irmão de tantos outros conflitos, entre diferentes matrizes de poder.

Palavras-chave: Poder. Sociedade. Estado. Família. Arte.

*“In this unfeeling, post-industrial environment,
happiness is a commodity,
just as family stability has become a status symbol.”*

Resenha do filme *Loveless* pelo jornal britânico *The Guardian*³

¹ Professora da Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

² Professora da Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

³ KERMODE, Mark. *Loveless* review: a lost boy in a toxic world. *The Guardian*. 18 fev 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/film/2018/feb/11/loveless-review-andrey-zvyagintsev-oscar-lost-boy-toxic-world>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

O presente artigo é uma reflexão jus-literária sobre o filme *Loveless*⁴. Com direção e roteiro do russo Andrey Zvyagintsev, concorreu ao Oscar 2018 como melhor filme estrangeiro. *Loveless* sobrepõe no mínimo dois temas jurídicos importantes, profundamente ligados entre si. O primeiro deles fala do esfacelamento da soberania estatal e da fragmentação das fontes de poder que orientam a vida das pessoas. O segundo lida com o esfacelamento das relações familiares. Ocorre que o esfacelamento das relações familiares é também ele profundamente relacionado à fragmentação das fontes de poder.

Loveless conta a história de um casal que vive os acertos e preparativos para a separação, no contexto da Rússia contemporânea. Envolvidos em novos relacionamentos, constroem outros sonhos e desejos, precisam resolver questões como a venda do apartamento e quem vai ficar com o filho de doze anos. Nenhum dos dois deseja a guarda do filho. Cada qual clama pelo direito à sua felicidade e à reconstrução de sua vida. O casal toca a riqueza dos novos tempos, dos novos valores, do sepultamento de um mundo soviético. O pai trabalha em uma grande corporação, cujos fundadores são ortodoxos e não admitem que nenhum funcionário se divorcie. A mãe trabalha em um estabelecimento que vende serviços de luxo. O filho oprimido pelo ambiente de discórdia foge para um destino que permanece desconhecido no filme. Mesmo desconhecido, (um desaparecimento sem corpo, sem imagens de câmeras, que se prolonga por anos), é certamente trágico, como trágico os caminhos daquela sociedade. Neste ponto, o filme se aproxima da obra de Svetlana Alexijevich, especialmente seu “O Fim do Homem Soviético”. Assim que o garoto foge de casa, a polícia se apresenta como a mais apática manifestação do poder estatal. Os próprios representantes da polícia recomendam que a família busque apoio em uma organização paraestatal, cujo contato é feito pela internet. A organização oferece grupos de busca bem treinados, disponíveis e que trabalham de graça. Seus mantenedores não são revelados, em perfeita e incômoda harmonia com o destino daquela criança e daquela sociedade.

Boaventura de Sousa Santos celebrizou-se por mostrar as formas de poder que concorrem com o poder estatal em seu famoso artigo sobre Pasárgada, a favela do Pavãozinho, no Rio de Janeiro. José Eduardo Faria⁵ retomou a abordagem de Boaventura e a dissemina no Brasil. Da análise de Faria temos que as formas de controle passam a ser compreendidas, com base na abordagem de pluralismo jurídico, como geradas por distintos

⁴ Em português, foi distribuído nos cinemas com o título de “Sem amor”.

⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156 e seguintes.

poderes. Apesar de inter-relacionados, esses poderes devem ser vistos como estruturalmente autônomos, com valores, lógicas, ritmos e procedimentos próprios. Juntos, constituem novos paradigmas de relações sociais. Os diferentes modos de poder estabelecem espaços estruturais complexos, com dinâmicas temporais específicas de intersubjetividade. Alguns elementos básicos os compõem. Na reprodução da obra de Faria:

- a) uma unidade de prática social
- b) uma forma institucional privilegiada
- c) um mecanismo específico de poder
- d) uma forma de direito
- e) um modo de racionalidade
- f) uma forma epistemológica

Seis modos de poder são enunciados na vida social. Da produção: formada basicamente pelas relações industriais, comerciais, financeiras e trabalhistas no âmbito econômico. Do mercado: formada pelas relações de distribuição e consumo das mercadorias e serviços. Comunitário: composto pelas relações de vizinhança, associativas ou religiosas, reproduzindo identidades comunais, éticas ou culturais. Da cidadania: constituída pelas relações entre os cidadãos e o Estado na esfera pública. Da mundialidade: formado pelas relações econômicas e políticas em nível internacional (segundo o autor, estas relações são determinadas pela posição ocupada em cada sociedade no sistema mundial, posição essa determinada pelo grau com que ela aproveita, em seu favor, as flutuações econômicas internacionais). Por fim, o modo de poder doméstico: constituído pelas relações de parentesco no interior da família, um recorte privilegiado para o filme *Loveless*.

O espaço de poder da produção tem como unidade da prática social a classe. Sua forma institucional é a empresa. Seu principal mecanismo de poder decorre de sua capacidade de determinar os níveis de investimento e, assim, de condicionar os níveis de emprego e de salários. Sua forma jurídica é o “direito da produção”, instrumentalizado e expresso pelos sistemas de organização e métodos. Seus sistemas e métodos definem atribuições, distribuem funções, impõem responsabilidades, estabelecem fluxos de trabalho, disciplinam o tempo nas fábricas e escritórios. Seus regulamentos internos organizam as atividades produtivas com base nos imperativos técnicos do padrão industrial em vigor, pelos códigos de ética, pelas diferentes formas de contratação de pessoal, treinamento e remuneração, pelas estratégias de

marketing e comercialização. Sua racionalidade é dada basicamente pela maximização do lucro. Sua forma epistemológica se estrutura na chamada “cultura empresarial”.

O filme mostra como o espaço de produção perde espaço para o espaço comunitário na empresa em que trabalha o personagem do pai. O chamado espaço de poder comunitário encontra como unidade da prática social elementos que podem ser desde a etnia, passando pela nacionalidade ou pela religião. Sua forma institucional conta com estruturas como a comunidade, a vizinhança ou a igreja. Seu peculiar mecanismo de poder lida com a diferenciação desigual. Esta, que seria a mais complexa e ambígua das formas de poder de todos os espaços, opera pela criação de alteridade, agregação de identidade, mas também pelo exercício da diferenças com base em critérios mais ou menos deterministas. Essencial a esta forma de poder é o dualismo da inclusão e exclusão: poder de borracha (suave, poder compartilhado, ausência de poder) em oposição ao poder de ferro (poder despido, terror). Esta forma de poder se centra sobre o privilégio de definir a outrem.

O pai teme ser demitido. Aconselha-se com um colega de trabalho que relata haver um funcionário que teria levado pessoas para se passarem por sua esposa e filhos em uma festa da empresa, com o objetivo de não descobrirem que era divorciado. O poder do empregador passa longe das restrições típicas de haver ou não novos investimentos. De isto determinar aumento ou diminuição de salários, de haver contratações ou demissões. O poder do empregador existe sobre a conduta íntima do empregado. Sobre seu vínculo conjugal duradouro, sobre a estabilidade de sua família, sobre a homogeneidade (ao menos aparente) das convicções de todos aqueles empregados.

O espaço de poder da cidadania encontra como unidade de prática social o indivíduo. Sua forma institucional é o Estado e seu mecanismo de poder clássico é a dominação, nos termos em que Weber a define. A forma jurídica do poder da cidadania é o Direito positivo. Sua racionalidade é de caráter formal, expressa pela ideia de certeza jurídica. Sua forma epistemológica é a cultura cívico-jurídica. Sua fraqueza aparece na completa incapacidade de oferta de ajuda policial nas buscas à criança desaparecida. Além da capacidade, não há também interesse ou disposição. Os pais parecem frustrados pela falta de auxílio estatal, mas rapidamente compreendem que a organização que lhes oferece o policial supre perfeitamente qualquer demanda que se poderia pretender contra o Estado e sua polícia. Eficientes, competentes, rápidos, bem equipados. Por que interessaria saber quem são, quem os remunera, ou por que estão ali?

A oferta de um serviço por uma organização sem nome não altera a aceitação desse serviço. As circunstâncias de produção de um bem, como regra, também não alteram sua

aceitação comercial. No chamado espaço de poder do mercado a unidade da prática social é o consumidor. A forma institucional é o mercado. O mecanismo de poder se expressa pela capacidade aquisitiva. Sua racionalidade tem caráter material, baseada na maximização utilitarista no consumo de bens e serviços. Sua forma epistemológica é a cultura de massa. A decoração da casa do novo namorado da mãe reproduz a elegância das linhas retas, dos objetos minimalistas e dos espaços com poucas paredes. A decoração da casa do novo namorado da mãe é a decoração de qualquer outra casa do mundo feita para um estrato de consumidores, cujos gostos se homogeneízam de acordo com suas estratificações de renda. Uma das últimas cenas do filme — genial — ironiza a relação entre o consumo e a imagem que pretendemos ter ao consumir. A mãe sofrida, mas ainda bela, está vestida com um agasalho de ginástica de boa qualidade. Aparenta buscar na atividade física um fio condutor para fora da falta de sentido. Ao subir na esteira de corrida, na parte externa da elegante casa do namorado, a esteira range, como jamais, em tempo algum, nos comerciais.

O modo de poder doméstico não é retratado por José Eduardo Faria. O autor exclui, intencionalmente, esta esfera de poder de sua análise. O filme se dedica, prioritariamente, a ele. O filme pode ser lido⁶ de diversas maneiras, com variadas interpretações, mas nos interessa observar a distopia da concepção de família, ninguém quer o filho, os pais não o querem e tampouco conseguem ajuda dos parentes paternos ou maternos. O casal é incapaz de solucionar a questão familiar e jurídica, em que ninguém quer exercer o poder familiar.

É sob essa perspectiva que faremos a aproximação do Direito e Literatura, a obra cinematográfica escancara, põe luz, para o problema da modernidade⁷ em que as pessoas clamam pela solução à antinomia aparente do seu direito à felicidade em oposição aos seus deveres, no caso ao poder familiar.

Poder familiar é conceituado como o "conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho"². (DINIZ, 2014, p. 617). Ou seja, direito de ter filho impõe um conjunto de direitos e também de deveres (denominado pela autora como “obrigações”) que consiste no dever de cuidar, proteger integralmente e em não abandonar material ou afetivamente.

⁶ Concordamos com Daniela Carpi que os conceitos de literatura e de texto são amplos, “um filme também é um texto, um texto visível” (CARPI, 2017, p. 04).

⁷ Entendemos “modernidade” como algo atual, contemporâneo.

Sobre a designação “poder familiar”, o filme corrobora as considerações de Silvio Rodrigues quanto à imprecisão da substituição do conceito de “pátrio poder” para “poder familiar”, pois aos pais mais que “poder” sobre os filhos se impõe o dever, a obrigação, a responsabilidade, e esse dever é intransferível, não cabe à família, como parece sugerir a expressão poder familiar (RODRIGUES, 2004, p. 355), por essa razão, a denominação apontada pela doutrina como mais apropriada seria a de autoridade parental ou ainda a de responsabilidade parental. O poder familiar é assim um encargo imposto pela lei aos pais, e dele não podem fugir.

No que se refere ao dever de “não abandonar”, a conduta poderá incidir em crime (Art. 133 – abandono de incapaz; e Arts. 244 a 247 – Abandono material, intelectual ou entrega de filho menor a pessoa inidônea, todos do Código Penal) e terá como consequência civil, a destituição do poder familiar. Porém, a dificuldade da trama encontra-se na evidência que ambos os pais possuem condições materiais para assumirem o dever de “não abandonar”, o fato é que não se importam em não mais assumirem esse papel. Pode o Estado obrigar aos pais ou aos parentes da criança ou adolescente rejeitado ao dever constitucional de proteção integral? A questão que se insere é a da liberdade frente ao dever legal. Pode o individualismo prevalecer sobre o compromisso legal familiar? A renúncia ao poder familiar é inadmissível, porém o abandono acontece como fato, é resultado do não cumprimento de um dever do direito de família. Dever que é compartilhado igualmente por ambos os pais.

O conflito vivido pelo casal em *Loveless* tem como ponto de partida a separação, mas não está nela a questão em análise. Outro filme, nos ajuda identificar melhor o ponto, em “A.I - Inteligência Artificial”⁸, um casal que vive em harmonia, compram um robô criado especialmente para amar para exercer a função de filho, no entanto, quando o próprio filho do casal pode voltar para casa, após um longo período em que foi mantido congelado enquanto os médicos buscavam tratamento para sua doença, o filho robô que só sabe amar é abandonado, pois é apenas um objeto.

O destino das duas crianças, em *Loveless* ou em *A.I. – Inteligência Artificial*, é o mesmo. Ambas são tratadas como empecilho para felicidade dos pais, seja para viverem separados ou para continuarem a viver juntos. Nesse sentido, precisas são as palavras de Fabiola Albuquerque “(...) unidade da família não se confunde nem com a convivência, nem tampouco com a ruptura dos genitores. É um elo que se perpetua, independentemente da relação dos genitores” (ALBUQUERQUE, 2004, p.4).

⁸ Filme de 2001, dirigido por Steven Spielberg, com roteiro de Stanley Kubrick.

Cabe enfatizar que em *Loveless*, quando os pais se negam a cumprir seu dever ético ou legal, não o fazem por rebeldia de uma geração em relação à outra, como é usual acontecer na vida ou na arte. A justificativa para o não cumprimento do dever é que consideram como justo o direito de viver a vida com todas as suas potencialidades sem qualquer compromisso.

Nesse aspecto, o filme se contrapõe a outra obra, também russa e impactante, o romance “Pais e Filhos” de Ivan Turgueniev, de 1862. Nesse romance, o conflito de geração entre pais e filhos justifica a rebeldia, a recusa em aceitar e cumprir qualquer norma vigente fundada na tradição ou na autoridade, sem respaldo em uma verdade científica comprovada pela experiência, à afirmação do que chamou de niilismo. Em *Loveless*, o conflito não está em interesses distintos, mas sobre o fato de que ambos não querem o dever de cuidar e proteger o filho. Há um consenso quanto ao não querer qualquer dever para com o próprio filho. Paradoxalmente, o conflito existe no consenso de que cada um faz jus à felicidade e ao direito de como deseja viver a própria vida.

As questões de direito de família em *Loveless* não se apresentam como conflito de gerações e luta de direitos, mas como uma negação de dever. A luta pelo direito se converte em um absenteísmo de deveres sob o pretexto da tecnologia (sempre conectados por celulares, vigiados por câmeras), do consumo (trabalho, sociedade e supermercado) e da liquidez (abraça-se uma nova relação inteiramente “virgem” da vida familiar).

Não se pretendeu nessa reflexão criticar a família ou o modo de vida contemporâneo, reconhece-se que muito se avançou juridicamente para garantia e proteção de homens, mulheres e crianças. No entanto, nos parece que o filme sugere a retomada do compromisso com o dever, com a responsabilidade, com o viver mesmo “sem amor”, mas responsabilmente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte, 2004. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/117.pdf> . Acesso 26/mar./2018.

BOAVENTURA, Santos. On the modes of production of Law and social Power. **International Journal of Sociology of Law**. London, 1985, n. 13.

CARPI, Daneila. A literatura é o cultivo da alma. Entrevista para Dieter Axt. In **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura** v. 3, n. 2, julho-dezembro 2017, 573-584.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2014. v.5.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol 6.

THE MOVIE LOVELESS: JURIDICAL PLURALISM AND FAMILY LAW

ABSTRACT

The text analyzes some of the matrices of power that compete with the state power in the Russian film *Loveless*, directed and written by Andrey Zvyagintsev. Identity aspects are described in relationships that traditionally belong to the control of production. Parastatal power is identified in typically state functions, such as police activity. Finally, it defines the collapse of family power, son, and brother of so many other conflicts, between different matrices of power.

Keywords: Power. Society. State. Family. Art.



FIDES

www.revistafides.ufrn.com