

LUCIANO NASCIMENTO SILVA  
(ORGANIZADOR)

# MUNDOS DOS DIREITOS HUMANOS DO MUNDO

O OBSERVADOR, A TEORIA E O PARADOXO





## Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



### Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

#### Conselho Editorial

Luciano Nascimento Silva (UEPB) | José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB) | Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

#### Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ) | Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB) | Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP) | Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Diego Duquelsky (UBA) | Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN) | Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB) | Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Germano Ramalho (UEPB) | Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB) | Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT) | Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB) | Vincenzo Milittello (UNIPA/IT)

#### Expediente EDUEPB

Erick Ferreira Cabral | *Design Gráfico e Editoração*

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes | *Design Gráfico e Editoração*

Leonardo Ramos Araujo | *Design Gráfico e Editoração*

Elizete Amaral de Medeiros | *Revisão Linguística*

Antonio de Brito Freire | *Revisão Linguística*

Danielle Correia Gomes | *Divulgação*



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

#### EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: [eduepb@uepb.edu.br](mailto:eduepb@uepb.edu.br)

**Luciano Nascimento Silva**  
*(Organizador)*

**Mundos dos  
Direitos Humanos  
do Mundo**

o observador, a teoria e o paradoxo



Campina Grande - PB

2020



## Estado da Paraíba

João Azevêdo Lins Filho | *Governador*  
Ana Lúgia Costa Feliciano | *Vice-governadora*  
Nonato Bandeira | *Secretário da Comunicação Institucional*  
Aléssio Trindade de Barros | *Secretário da Educação e da Ciência e Tecnologia*  
Damião Ramos Cavalcanti | *Secretário da Cultura*

## EPC - Empresa Paraibana de Comunicação

Naná Garcez | *Diretora Presidente*  
William Campos | *Diretora de Mídia Impressa*  
Alexandre Macedo | *Gerente da Editora A União*  
Maria Eduarda Santos | *Diretora de Rádio e TV*



BR 101 - KM 03 - Distrito Industrial - João Pessoa-PB - CEP: 58.082-010

Depósito legal na Câmara Brasileira do Livro - CBL.

**Ficha catalográfica elaborada por Heliane Maria Idalino Silva – CRB-15º/368**

---

M965      Mundos dos Direitos humanos do mundo: o observador, a teoria e o paradoxo.  
[Livro eletrônico]/Luciano Nascimento Silva (Organizador). – Campina  
Grande: EDUEPB, 2020.  
1360 Kb - 236 p.

**ISBN 978-85-7879-570-2 (E-book)**

1. Direito econômico. 2. Sociologia da Economia. 3. Sistemas sociais - Teoria. 4. Direito e Crime. I. Silva, Luciano Nascimento.(Org.).

21. ed.CDD 341.378

---

### EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bodocongó - Bairro Universitário  
Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br>  
e-mail: [eduepb@uepb.edu.br](mailto:eduepb@uepb.edu.br)

Copyright © EDUEPB

*A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.*

## SUMÁRIO

**PREFÁCIO**.....11

Luciano Nascimento Silva

**A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS  
COM DEFICIÊNCIA EM TORNO DE UMA  
EVOLUÇÃO JURÍDICA E SOCIAL**.....19

Alan de Albuquerque Gomes

Robson Antão de Medeiros

**CIDADANIA FEMININA: INTERFACE ENTRE  
FEMINISMO E ESFERA PÚBLICA**..... 33

Ana Carolina Gondim de A. O. Ramalho

Adriana Vieira Dias

Newton de Oliveira Lima

**DESAFIOS NA ANÁLISE DOS PRECEDENTES  
JUDICIAIS NO BRASIL: DIREITO  
E MEMÓRIA**..... 55

Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira

José Ernesto Pimentel Filho

**MIGRAÇÃO DE MULHERES INDÍGENAS  
NA AMÉRICA LATINA: DO PARADOXO  
DO MUNDO DOS VALORES DOS DIREITOS  
HUMANOS A UM ETNODESENVOLVIMENTO  
TRANSNACIONAL**..... 75

Gabriella Sousa da Silva Barbosa

Federico Losurdo

**RESPONSABILIDADE CORPORATIVA EM MATÉRIA  
DE DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DOS  
SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....91**

Larissa Teixeira Menezes de Freitas  
Marília Marques Rêgo Vilhena

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A GESTÃO DAS PROVAS  
NO PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE UM FORTE  
PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL ..... 109**

Layz Barbosa Santos de Freitas  
Enoque Feitosa Sobreira Filho

**POR UMA ECOLOGIA DO DIREITO  
AUTORAL: AS TECNOLOGIAS JURÍDICAS DE  
AUTOCONSERVAÇÃO DA CRIATIVIDADE  
HUMANA E OS LAMPEJOS REVOLUCIONÁRIOS DA  
DIGITALIZAÇÃO DAS IDEIAS..... 125**

Matheus Victor Sousa Soares  
Robson Antão de Medeiros

**A SOLIDARIEDADE COMO ACOPLAMENTO  
ESTRUTURAL ENTRE DIREITO DO  
TRABALHO E ECONOMIA ..... 143**

Raíssa Maria Falcão Costa  
Marília Marques Rêgo Vilhena

**A ORGANIZAÇÃO DAS COMPLEXIDADES E A  
FALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA  
ANÁLISE DO DIREITO AO ACESSO À INTERNET  
POR MEIO DA TEORIA DOS SISTEMAS..... 159**

Renan Farias Pereira

Luciano do Nascimento Silva

**UM ENSAIO SOBRE A DIMENSÃO FRACTAL  
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....181**

Thaynara Alves Goulart

Alessandra Correia Lima Macedo Franca

**O DECISIONISMO E O ATIVISMO JUDICIAL DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INVENÇÃO  
DA DEMOCRACIA MATERIAL: O PAPEL DOS  
JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO.....191**

Thaynná Batista de Almeida

Adriana Alencar Setubal Santos

**DECISÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO:  
OBSERVAÇÕES A PARTIR DO PENSAMENTO DE  
CESARE BECCARIA E TOBIAS BARRETO SOBRE O  
DIREITO DE PUNIR..... 207**

Tiago Medeiros Leite

Luciano Nascimento Silva





“[...] o nosso mundo do saber é sempre menor  
do que o mundo do não-saber”.

DE GIORGI, Raffaele. **Tem di Filosofia del Diritto**.  
Lecce: Pensa MultiMedia, 2006.  
(Collana Scienza del Diritto, n° 5), p. 22



## PREFÁCIO

“[...] complexidade não é uma operação, não é nada que um sistema faça ou que nele ocorra, mas é um conceito de observação e de descrição, inclusive de autoobservação e autodescrição”

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, p. 193.

A obra, em sua versão digital, ora prefaciada, corresponde à produção científica dos mestrandos e doutorandos que frequentaram o módulo *Mundos dos Direitos Humanos do Mundo – o observador, a teoria e o paradoxo*, que é ofertado na grade curricular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/CCJ/UFPB).

Nas páginas digitais que seguem o observador tem a oportunidade de leitura eletrônica acerca de uma descrição do conteúdo do referido módulo, correspondente aos tópicos construídos

e trabalhados: *Mundos* – a descrição informativa das temáticas tratadas; *Mundo I* – a construção metodológica do sistema do direito; *Mundo II* – as memórias do pensamento criminológico ocidental no paradigma das escolas penais; *Mundo III* – as denominadas faces ocultas dos direitos humanos pela teoria dos paradoxos; e, *Mundo IV* – as observações sobre o observador e o governo dos juízes.

## MUNDOS

O módulo é desenvolvido pela perspectiva de eleições de mundos filosóficos, sociológicos e jurídicos: **a)** A proposta de uma metodologia do sistema do direito na matriz do construtivismo (*metodologia estrutural-construtivista-funcional do sistema do direito*), tendo como estrutura do sistema jurídico a produção comunicativa pelas teorias da linguagem; **b)** A incursão na memória dos pensamentos criminológicos (escolas penais e criminologia) das construções jurídico-criminais ocidentais; **c)** A construção interpretativa à luz da denominada teoria das faces ocultas dos direitos humanos; **d)** As argumentações acerca do personagem observador do direito e o paradigma jurídico-material denominado de o governo dos juízes.

### **MUNDO I – CONSTRUÇÃO METODOLÓGICA DO SISTEMA DO DIREITO**

Construção metodológica que deve ser interpretada como matriz original e em estágio experimental denominada *metodologia estrutural funcional construtivista da construção jurídica*, consistindo

em um conjunto de métodos que apontam para uma sustentação do *Direito* como *Sistema* (Linguagem, Cultura e Civilização – Sistema, Poder, Dominação e Civilidade), produto de natureza da sociedade.

A tradução de construção sistêmica de autoreprodução, auto-referencial, reflexiva, circular e tautológica. O tempo presente é o espaço de oportunidade para as construções, que representa o processo de evolução do saber e conhecimento, estes são construídos mediante a produção e forma das complexidades, o processo e o limite da diferença na unidade. Significa dizer o espaço da observação do limite da teoria traduzido no objeto da observação que é a teoria da sociedade.

Uma teoria do direito só pode ser construída a partir da teoria da sociedade, o direito como subsistema do sistema social na sua imodificável estrutura binária de afirmação e negação (direito e não direito), com a operacionalidade estrutural fechada e a cognição transformadora aberta.

Metodologia Estrutural-Construtivista-Funcional do Sistema do Direito

A) Teorias da Comunicação – Niklas Luhmann/Jurgen Habermas

- A1) Verdade;
- A2) Paradoxo;
- A3) Complexidade; e,
- A4) Interdisciplinarietà

## **MUNDO II – MEMÓRIAS DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO OCIDENTAL**

Escolas Penais: a memória criminológica ocidental

B) O Iluminismo / *Dei Delitti Delle Penne*/1764 Cesar de B. BECCARIA

(\*) A crítica dos trópicos – por Tobias BARRETO (1885)

(\*\*) A crítica estruturalista – por Michel FOUCAULT (1973/74)

B1) Escola Clássica

B2) Escola Positiva/Positivista

B3) Escola Técnico-Jurídica

B4) Escola Correccionista

B5) *Terza Scuola* – Escola da Defesa Social

B6) Escola Crítica

(\*\*\*) Criminologia – De que se trata? Por Raffaele DE GIORGI/Luciano NUZZO

## **MUNDO III – AS FACES OCULTAS DOS DIREITOS HUMANOS**

Como são possíveis os direitos humanos?

C) O paradoxo dos direitos humanos – por Niklas LUHMANN

C1) O jogo das razões dos direitos

C2) A função dos direitos humanos

C3) Jogo dos conceitos – pessoas e não pessoas e a hipertrofia dos direitos humanos

## **MUNDO IV – O OBSERVADOR E O GOVERNO DOS JUÍZES**

Como é possível o Direito Constitucional?

D) Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial;

Decisionismo Judicial

(\*) O intérprete da norma – por San Tomaso D`AQUINO

D1) O Observador – saber, conhecimento, ciência

D2) O Governo dos Juízes – *La decisión judicial*

D3) Limites do Direito e da Decisão Judicial – Construtor do *Ius*

## **Referências Bibliográficas**

DE GIORGI, Raffaele. **“A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas”**. (*A Sociological Investigation os Law in System Theory*). Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília/*University os Brasília Law Journal*, V. 02, N. 02, pp. 103-119, abril-agosto, 2016.

\_\_\_\_\_. “O Risco na Sociedade Contemporânea”. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 1, pp. 37-49, Mar/Jun, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Teoría de la Acción Comunicativa I – Racionalidad de la acción e racionalización social**. Traducción castelhana por Manuel Jimenéz Redondo. Buenos Aires : Taurus Humanidades, 1998.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre : sergio Antonio Fabris, 1986.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción de Ignacio Izuzquiza. Traducción de Santiago López PeHt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós / I.C.E.-U.A.B., 1990.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción castellana. Barcelona : Herder Editorial, 1998.

\_\_\_\_\_. O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Temis*, v. 3, nº 1, pp. 153-161, Fortaleza, 2000.

\_\_\_\_\_. **“The Autopoiesis of Social Systems”**. In: F. Geyer and J. van der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986, 172ff.)

\_\_\_\_\_. **“O enfoque sociológico da teoria e prática do direito”**. Tradução do alemão para o português por Cristiano



Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis, *BuscaLegis* – Revista, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Junho, 1994.

NEVES, Antonio Castanheira. “Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz. Ou entre Sistema, Função e Problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. Coimbra : Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, 1998.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.

### **Prof. Luciano Nascimento Silva**

Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália (UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor Adjunto no CCJ/UEPB. Professor Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB e no PPGDH/NCDH/CCHLA/UFPB. Pesquisador Visitante no *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau, Baden Wuttemberg, Deutschland*.



# A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TORNO DE UMA EVOLUÇÃO JURÍDICA E SOCIAL

Alan de Albuquerque Gomes<sup>1</sup>

Robson Antão de Medeiros<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

A partir de uma breve análise da história da humanidade, é possível percebermos que a ignorância, a intolerância e o preconceito contra as pessoas com deficiência existiram desde

- 
- 1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na Área de Concentração em Direito Econômico e Linha de Pesquisa em Direitos Sociais, Biodireito e Sustentabilidade Socioambiental. Bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).
  - 2 Professor Associado. Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - UFPB. Docente Permanente do Programa e Vice Coordenador do PMPG. Pós-doutorado em Direito, na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra -Portugal (2006). Doutorado em Ciências da Saúde, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2005), Mestre e graduado em Ciências Jurídicas, pela UFPB (2002/1991), Especialização em Bioética, pela Universidade Federal de Lavras - Minas Gerais (2010). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, pela UFPB (1991). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Professor Visitante da Faculdade de Direito, da Universidade Eduardo Mondlane-Maputo-Moçambique.

a nossa antiguidade. Muito tempo se passou para que as pessoas com deficiência fossem lembradas como legítimos beneficiários da proteção jurídica a nível internacional e nacional e obtivessem representatividade e voz ativa na busca pela efetividade de seus direitos.

É notório o avanço do sistema protetivo dos direitos das pessoas com deficiência, principalmente após as duas grandes guerras mundiais e que impulsionaram a elaboração de diversos instrumentos de promoção da igualdade como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, a Convenção de nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991, além da Recomendação de nº 168/83 que trata da reabilitação profissional e do emprego das pessoas com deficiência.

Normas como essas implementaram nos Estados signatários uma certa postura de dever-fazer através de prestações positivas que beneficiassem seus cidadãos, no caso em tela em favor dos cidadãos com deficiência. Nesse sentido, o Brasil em sua legislação interna, adotou vários mandamentos de ordem constitucional e infraconstitucional com o objetivo de proteger os direitos do grupo PCD e colaborar para uma postura normativa inclusiva e cidadã.

Com o decorrer da história da nossa sociedade, percebe-se, então, um movimento pelo qual a consciência de cidadania ultrapassa o território da participação civil e política das pessoas e consegue ocupar os mais variados mapas temáticos decorrentes dos constantes anseios da população.

A cidadania passou, assim, a ser observada como a atuação permanente e ativa do povo na construção dos seus próprios

direitos, inclusive direitos sociais e econômicos. Cidadania é respirar a própria sociedade, é participar das tomadas de decisões em qualquer área, é ser beneficiário de direitos e responsável por deveres, assim como cada um que compõe o núcleo social e assim como o próprio poder público.

Para compreender os desafios existentes em nosso meio social para a execução de políticas públicas e ações voltadas em favor da implementação de garantias que possam solucionar as reais demandas das pessoas com deficiência, necessária de faz uma análise inicial do tratamento histórico e social ofertado ao grupo PCD como também verificar a sua atual posição frente ao conjunto normativo que o envolve.

## **A identificação social da pessoa com deficiência ao longo da nossa história**

Um dos grandes passos que é dado nos estudos acerca dos direitos das pessoas com deficiência é justamente conceituar e adotar a terminologia correta ou mais adequada a esse grupo de pessoas tão presentes em nossa sociedade e que foram vítimas de grandes injustiças no decorrer da nossa história.

De início, cabe salientar a dificuldade de adotar uma ou outra terminologia, sendo certo que nos tempos atuais, o mais utilizado pela doutrina e abraçado pelos diversos movimentos e grupos sociais de apoio é o termo “pessoa com deficiência”.

No entanto, nem sempre foi assim e a própria terminologia servia como ponto de partida para um olhar preconceituoso. Eram utilizados termos como aleijado, defeituoso e incapacitado. Estes termos eram utilizados com frequência até a década de 80. Com o passar do tempo, outras terminologias foram discutidas e

utilizadas em âmbito nacional e internacional, principalmente da década de 80 e seguintes.

A partir de 1981, por influência do Ano Internacional das Pessoas Deficientes, utiliza-se a expressão pessoa deficiente. O acréscimo da palavra pessoa, passando o vocábulo deficiente para a função de adjetivo, foi uma grande novidade na época. (SASSAKI, 2002, p. 1).

A intolerância e preconceito em relação as pessoas com deficiência fazem parte, infelizmente, da própria história da humanidade. É possível traçar uma linha temporal desde a Antiguidade até nossos dias atuais em que são comprovadas situações de extrema violência e perseguição em face das pessoas com deficiência, atentando contra a integridade física e psicológica, a dignidade da pessoa humana e até a própria vida.

O primeiro caso escolhido foi a Lei das XII Tábuas (450 a.C) que, na Tábua 4ª, autorizava o pai a matar o filho que nascesse com qualquer tipo de deficiência, desde que o expusesse a cinco vizinhos que serviriam como testemunhas. Durante muito tempo também na Grécia Antiga era comum matar crianças que nascessem com algum tipo de deformidade. Uma criança “defeituosa” era uma agressão ao ideal de beleza quase perfeito dos espartanos. Se a própria natureza havia tornado o bebê inapto para a vida era um contra senso criá-la. Tratava-se de pura seleção natural. (SILVA, 2014, p. 25).

A busca pela garantia e proteção de direitos em benefício das pessoas com deficiência sempre ocorreu através de um longo e árduo caminho, em que pode ser dividido por fases vivenciadas pela humanidade. Primeiramente em uma negativa da própria condição humana das pessoas com deficiência, outro momento de exclusão de direitos, o terceiro quadro com a inclusão no

rol de direitos e por fim, uma constante busca por uma plena cidadania e inclusão social, através de uma garantia dos direitos conquistados.

A título de exemplo, durante as grandes revoluções industriais ocorridas a partir do século XVII, as pessoas com deficiência continuavam sendo tratadas como dispensáveis, devido à sua inaptidão para o trabalho, porém, passaram a ser alvo de intervenções clínicas que as segregavam para tratar as doenças que as acometiam e evitar o “contágio” do restante da população. (SILVA, 2014, p. 26).

Com o passar do tempo, os cidadãos com deficiência passaram da invisibilidade ao assistencialismo, fase em que é essencialmente marcada pelos avanços da medicina e a tentativa de curar qualquer limitação. O indivíduo seria o portador de uma enfermidade, e deveria receber a ajuda assistencial por parte da sociedade, enquanto não sobreviesse a cura para a sua doença. A fase que ora se apresenta tem foco nos direitos humanos e na inclusão da pessoa com deficiência de maneira plena em todas as searas sociais.

Para além do mundo jurídico, na idade contemporânea, é caracterizada pela implementação dos direitos conquistados. No entanto, a violência e morte de pessoas com deficiência ainda é vivenciada no Brasil. Os casos de infanticídio indígena são bem esclarecedores sobre a questão. A bióloga Karlla Patrícia Silva pontua sobre o tema:

Mas para algumas tribos, quando o bebê mostra sinais de fragilidade ou deficiência, a mãe o envenena, enterra vivo ou mata por asfixia antes de amamentar. Para elas, a vida do bebê só começa depois que ela toma o

primeiro gole de leite no peito. Assim, a mãe, muitas vezes contrariada, decide dar o máximo de seu amor, sacrificando um filho que seria deficiente ou doente. Quando a mãe não é forte o bastante para cometer o infanticídio, ou não percebe a deficiência e apresenta o filho doente para a tribo, existe uma grande pressão por partes do membros para que o bebê seja morto. (SILVA, 2014).

Tendo em vista tais casos, percebe-se que há muito o que ser desenvolvido para um aprimoramento da proteção da pessoa com deficiência, objetivando assim um cumprimento mais eficaz, amplo e célere dos direitos conquistados ao longo de décadas, direitos esses de cunho internacional e nacional, constitucional ou infraconstitucional. Nesse sentido, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. (SARLET, 2015).

Na atualidade, verifica-se uma certa inserção das pessoas com deficiência nas atividades cotidianas da sociedade, porém ainda de forma muito tímida tendo em vista o percentual de pessoas com deficiência no Brasil, além da falta de um combate mais efetivo do poder público em face das situações de violência e intolerância.



## **As pessoas com deficiência no universo sociojurídico**

Pela Lei de nº 13.146 de 2015, que é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou simplesmente Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Bem por isso, procurando uma interpretação construtiva e ampliadora de proteção jurídica, prospectamos que estejam incluídas no conceito jurídico também as pessoas com deficiência implícita, por exemplo, pessoas com transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, dislexia, gagueira entre outros. (FARIAS; CUNHA; PINTO, p. 24).

Tendo em vista a evolução normativa e conceitual ao longo da história do conceito de pessoa com deficiência, acerta-se quando procura propiciar uma amplitude maior na proteção jurídica em benefício do grupo PCD, englobando assim as chamadas deficiências explícitas como também as implícitas, levando-se em conta fatores médicos, sociais, econômicos e do meio ambiente cultural.

Sendo assim, para que se tenha como objetivo principal compreender os reais problemas e encarar as inúmeras dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência, imperioso destacarmos a evolução gradual no tratamento por parte da sociedade em relação ao que percebemos por deficiências e a busca pela tão aclamada igualdade entre todos.

Ao tratar sobre a igualdade no contexto das pessoas com deficiência, assevera-se que a igualdade se apresenta na Constituição não apenas como uma regra constitucional, mas também como um autêntico princípio e como norma a ser seguida, o princípio da igualdade, que nesses casos ultrapassa os sentidos da chamada igualdade formal e entra nos preceitos defendidos pela igualdade material, necessita de ações concretas para a sua efetivação.

Ademais, a busca pela igualdade também possui um componente lógico e que se faz presente nas discussões dos direitos sociais, justiça social e de uma sociedade autossuficiente. Esse componente é justamente o combate às desigualdades sociais.

Segundo levantamento trazido pelo CONADE (Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência) em sua Cartilha Orientadora para Criação e Funcionamento dos Conselhos de Direitos da Pessoa com Deficiência, o censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010, nos revelou que existem no país 45.623.910 pessoas com algum tipo de deficiência, perfazendo assim, um total de 23,9% da população brasileira. (CONADE, 2012, p. 8).

Diante desses números, uma observação mais detalhada se faz necessária para que possamos compreender ainda mais a importância de uma implementação eficaz dos direitos e garantias fundamentais no universo PCD. Os direitos fundamentais são uma grande aquisição evolutiva da sociedade moderna: forneceram e continuam a fornecer as condições nas quais é possível estabilizar a forma de diferenciação social tipicamente moderna. (GIORGI, 2017, p. 46).

Estudar o universo das pessoas com deficiência é acima de tudo, conhecer os grupos que enfrentam as situações de desigualdade social e econômica, sujeitos à desvantagens em relação à renda, na inserção no mercado de trabalho e à cidadania.

Enfrentar a situação das pessoas com deficiência, tendo em mente os vários obstáculos diários enfrentados, obstáculos de ordem cultural, social, econômico e da própria estrutura que é oferecida através dos serviços prestados pelos entes públicos e de uma tímida atividade propositiva do setor privado, além de verificar toda essa complexidade de fatores com as normas jurídicas já existentes em nosso catálogo legislativo é de importância imprescindível para que possamos então entender o preciso local social e jurídico em que estão inseridas as pessoas com deficiência e suas respectivas demandas.

Diante desse enfrentamento, a Constituição Federal de 1988 traz ao longo de seu corpo um rol extenso de artigos que normatizam a proteção das pessoas com deficiência, a exemplo do *caput* do artigo 5º, em que fala da igualdade entre todas as pessoas perante a Lei, o artigo 7º inciso XXXI, artigo 37, inciso VIII, além dos artigos 203, inciso IV e 227, §1º, inciso II que tratam sobre a necessidade da prestação de atividades e assistências por parte do Estado para garantir a proteção das pessoas com deficiência. No âmbito infraconstitucional, impossível não mencionar a importância da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que visa a garantia da proteção, igualdade e inclusão social das pessoas com deficiência no Brasil.

No complexo dos direitos fundamentais, sedimenta-se a garantia de que a evolução da sociedade não pode recuar; nesse sentido, são um requisito constitutivo da conservação daquela razão da qual se originam: uma herança do velho direito natural que abriria uma estrada para o futuro, imprevisível

possibilidade evolutiva. Sua universalidade tem tornado possível a inclusão generalizada do indivíduo nos diferentes sistemas sociais: e de fato, apenas o indivíduo tratado como livre é imputável; apenas o indivíduo capaz de se autorrepresentar como identidade pessoal pode ser considerado titular da dignidade. (GIORGI, 2017, p. 46).

Notório que grandes passos foram dados, mas ainda temos muitos obstáculos para ultrapassar nessa jornada de alcance de inclusão completa, de remover as desigualdades socioeconômicas tão presentes e conquistar de forma permanente a sonhada cidadania plena, em ambientes acessíveis e livres de qualquer forma de discriminação.

As políticas de inclusão e de proteção à pessoa com deficiência não têm sido acompanhadas de sua efetivação quando se observa as práticas sociais em curso. Prevaecem lacunas a serem preenchidas, especialmente no campo social e político, no curso da democracia brasileira, ao longo dos últimos trinta anos. (SANTOS; VASCONCELOS; DINIZ, 2018, p. 10).-

## **Considerações finais**

Tendo em vista a experiência observada em relação ao tratamento social e histórico em face das pessoas com deficiência, marcada por perseguições e negativa da própria condição humana até a conquista de direitos, as demandas dos grupos PCD's passaram a ocupar os mais variados mapas temáticos decorrentes dos constantes anseios da sociedade.-

Apesar de podermos afirmar que houve uma nítida evolução, tanto no direito internacional quanto no direito interno, com o fito de proteger através das garantias legais o cidadão com deficiência, é imperioso destacarmos que apesar das soluções ora encontradas na vasta gama teórica sobre o tema, os impactos práticos ainda não visíveis com tanta facilidade e naturalidade em nosso meio social e esse grupo ainda padece de um olhar mais cuidadoso e de uma efetividade maior na garantia de seus direitos.

A evolução das normas e instrumentos de proteção em benefício da pessoa com deficiência é incontestável. O caminho das afirmações dos direitos fundamentais e dos próprios direitos sociais se cruza com o próprio desenvolvimento dos direitos humanos de forma internacional e, sobretudo, pela mudança estrutural da mentalidade inclusiva por parte da sociedade.

A inclusão das pessoas com deficiência acontece de maneira lenta e gradual, mas não pelo fato de ausência de leis. O mínimo capaz de revelar um sistema jurídico de inclusão existe, no entanto, seu desempenho é comprometido por outros fatores tais como a ausência de uma educação inclusiva, aspectos culturais, preconceito ainda existente e uma acessibilidade precária.

A partir do exposto logo acima, podemos afirmar que o maior desafio por parte do grupo PCD está no engajamento espontâneo da própria sociedade civil organizada em uma busca integrada por igualdade e inclusão social, concretizando não apenas a busca pela cidadania plena como também a própria dignidade da pessoa humana das pessoas com deficiência.

## Referências

BRASIL. **Cartilha Orientadora para Criação e Funcionamento dos Conselhos de Direitos da Pessoa com Deficiência**. CONADE, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 3ª ed. Salvador: Editora jusPO-DIVM, 2018.

GIORGI, Raffaele de. **Periferias da Modernidade**. Revista de Direito Mackenzie, v. 11, nº 2. ISSN: 23172622, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitmckenzie.v11n2p39-47>>. Acesso em 04 de janeiro de 2020.

SANTOS, Joselito; VASCONCELOS, Tatiana Cristina; DINIZ, Rosimere Bandeira. **Acessibilidade como fator de inclusão às Pessoas com Deficiência**. Revista Educação Inclusiva – REIN, Campina Grande, PB, v.02, n.01, julho/dezembro, 2018. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/REIN/article/view/4108/2497>>. Acesso em 04 de janeiro de 2020.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. Disponível em:<[https://accessibilidade.ufg.br/up/211/o/TERMINOLOGIA\\_SOBRE\\_DEFICIENCIA\\_NA\\_ERA\\_DA.pdf?1473203540](https://accessibilidade.ufg.br/up/211/o/TERMINOLOGIA_SOBRE_DEFICIENCIA_NA_ERA_DA.pdf?1473203540)>. Acesso em 17 de dezembro de 2019.

SILVA, Karlla Patrícia. **Em algumas culturas indígenas no Brasil, os bebês deficientes são mortos pelos pais assim que nascem!** Disponível em: <<https://diariodebiologia>.

com/2014/12 /em-algumas-culturas-indigenas-no-brasil-os-bebes-deficientes-sao-mortos-pelos-pais-assim-que-nascem-e-a-funai-faz-vista-grossa/>. Acesso em 17 de dezembro de 2019.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A invisibilidade da diferença:** A questão da exclusão dos deficientes do mercado de trabalho. Disponível em: <[http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arelfaar/article/view/137/pdf\\_26](http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arelfaar/article/view/137/pdf_26)>. Acesso em 18 de dezembro de 2019.

SOUZA, Luciana Gonçalves de. **Da exclusão aos direitos.** Dos direitos às garantias. Um estudo sobre as garantias do direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Disponível em:<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6216/1/Dissertacao%20Luciana%20Gon%C3%A7alves%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.





# CIDADANIA FEMININA: INTERFACE ENTRE FEMINISMO E ESFERA PÚBLICA

Ana Carolina Gondim de A. O. Ramalho<sup>1</sup>

Adriana Vieira Dias<sup>2</sup>

Newton de Oliveira Lima<sup>3</sup>

- 
- 1 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento (Linha 3 – Teoria e História dos Direitos Humanos). Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos. Professora do Curso de Direito e Coordenadora de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Vinculada aos seguintes grupos de pesquisa: Estudos em História do Direito (UFPB); Teorias dos Direitos Humanos, Direito e Sociedade: genealogia e perspectivas do pensamento jurídico (UFPB) e Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (UEPB). Pesquisa na área de Direitos Humanos, com ênfase em gênero e violência. E-mail: anagondim30@hotmail.com.
  - 2 Doutora em Direito pela Università degli Studi di Firenze em 2015. Doutora em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba em 2012. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da mesma Universidade Federal da Paraíba. Atualmente é Professora Adjunta III da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB). Foi membro titular do Comitê Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Estado da Paraíba (2017-2018), indicada na vaga de docentes com notório saber sobre o tema. É membro do L'Altro Diritto - Centro di Documentazione su Carcere, Marginalità e Devianza, grupo de pesquisa da Università degli Studi di Firenze. Foi Visiting Fellow na University College of London (UCL) em 2013. Tem trabalhos publicados na área de teoria jurídica, sociologia do direito, filosofia do direito e direitos humanos. E-mail: adriandvieira@yahoo.com.br.
  - 3 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor adjunto, do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professor permanente e vice coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia e Pensamento Político (UFPB). E-mail: newtondelima@gmail.com.

## Introdução

Cidadania, classicamente, é expressão associada à convivência política e ao cuidado com a coletividade, cuja gênese remonta à antiga *polis* ateniense e à concepção de democracia. Desde então, constitui-se como importante perspectiva da reflexão jurídica e política da vida em sociedade. Todavia, democracia e cidadania se principiam com o isolamento das mulheres do espaço público, bem como dos estrangeiros e dos escravos.

A cidadania foi se desenhando ao longo da história vinculada à territorialidade. Por conseguinte, o não compartilhamento deste território criou a diferença entre o nacional e o estrangeiro que se consolidou na modernidade com o Estado essencialmente territorial e nacional. Por sua vez, os escravos, não gozando do *status* de pessoa, não poderiam comungar deste espaço de discussão e deliberação pública. E, finalmente, as filhas de Atenas. As mulheres estavam excluídas da titularidade e, conseqüentemente, do exercício da cidadania, ficando à margem da vida pública, sem direito à participação política, relegadas aos trabalhos de cunho privado, desempenhando os papéis de mãe, esposa, educadoras de suas filhas e sacerdotisas.

O apartamento feminino do espaço público e a negação da titularidade de direitos ocorria em razão de serem consideradas de natureza inferior. Nesta perspectiva, Rabenhorst (2001) aduz que a definição de homem para Aristóteles não se dá apenas pela premissa da liberdade, mas, e, principalmente, pelo *logos*. Ou seja, ainda que sejam livres, as mulheres não podem participar da vida pública por serem conduzidas em suas deliberações não pela razão, mas pelas emoções. Para tanto, o filósofo se apropria do discurso essencialista ao buscar na presumida natureza humana a causa da inferioridade feminina.

Tal discurso fora utilizado ao longo da história para justificar a dominação masculina e a conseqüente inferiorização e exclusão feminina da categoria cidadania. Ainda na modernidade, a biologia serviu como ferramenta para tal propósito, respaldando a ocupação dos espaços de poder a partir da afirmação da inaptidão física, intelectual, moral e corporal das mulheres.

Com o dismorfismo sexual, o espaço ocupado pelas mulheres na sociedade estava diretamente relacionado ao corpo feminino, determinado por seu sexo. As diferenças biológicas entre o corpo masculino e feminino eram geradas em uma variedade de contextos.

Com efeito, a exclusão feminina dos espaços públicos no novo modelo de sociedade civil - contratual, liberal e capitalista - foi moldada na constituição do sujeito abstrato, a partir do ideal universalista dos direitos, isto é, da ideia segundo a qual todos são iguais em direitos e obrigações, além de serem livres.

A teoria do contrato social respaldava sua validade num corpo social assexuado em que o resultado final era a exclusão feminina da nova sociedade civil, por razões baseadas na natureza. A biologia de incomensurabilidade sexual ofereceu à teoria uma forma de explicar que, no estado natural, anterior à existência das relações políticas, as mulheres já eram subordinadas ao homem. Portanto, o contrato social só poderia ser criado entre os homens (LAQUEUR, 2001) e a diferença sexual é política, entre liberdade e sujeição (PATEMAN, 1993).

Ademais, antes da celebração do contrato social e da constituição da cidadania moderna, fora formalizado um contrato de fundamento sexual, estabelecido na esfera privada, que proporcionou o domínio exclusivamente masculino à esfera pública. A subalternidade feminina transcende o espaço privado e alcança

o espaço público, que, por sua vez, é compreendido pela teoria feminista como o principal mecanismo de exercício do poder patriarcal, no argumento de Ramos (2016). Isto posto, observa-se esta problemática que merece reflexão em razão de ser incongruente tratar de cidadania diante da dominação de gênero que relega as mulheres à situação de subalternidade. Para tanto, como se deu a construção da esfera pública através da ótica feminista?

Nesse sentido, o objetivo deste manuscrito foi investigar a cidadania feminina e a construção do espaço público a partir da perspectiva feminista. A pesquisa se consubstanciou através de revisão bibliográfica e apresentou algumas categorias de análise que nominam suas seções. Inicialmente, promoveu-se a análise do contrato sexual como condição de validade do contrato social; em seguida, a averiguação de como o Direito se transformou em instrumento da dominação masculina e, ultimando a discussão, procedeu-se ao exame da esfera pública como *locus* de domínio masculino.

Para a contextualização e análise do problema, realizou-se um levantamento bibliográfico, através de fontes científicas, procedentes de livros e artigos publicados em periódicos nacionais e internacionais indexados em bases de dados, a exemplo do Scielo. A pesquisa foi realizada no período de agosto a novembro de 2018 e os estudos foram selecionados a partir dos descritores “cidadania feminina”, “cidadania feminina e patriarcado”, “contrato sexual”, “feminismo e cidadania”, “esfera pública e feminismo”, “esfera pública e gênero”, dentre outros. Utilizaram-se como critérios de inclusão livros e artigos na íntegra publicados em português e espanhol. Como critério de exclusão definiram-se as referências bibliográficas que não respondiam à questão norteadora da pesquisa. Ao final da investigação científica, a análise foi composta por dezenove referências. No que concerne

aos aspectos éticos da pesquisa, o estudo garante as citações das autorias e das fontes bibliográficas utilizadas para elaboração deste manuscrito. Após o levantamento bibliográfico, realizou-se leitura exploratória com o intento de verificar a relevância das obras consultadas para o estudo.

Em seguida, empreendeu-se leitura seletiva das informações, de modo a eleger elementos capazes de responder aos objetivos da pesquisa. Posteriormente, executou-se leitura analítica, com o intuito de ordenar e sistematizar as informações obtidas nas fontes de pesquisa para a apreensão do conhecimento sobre cidadania feminina. Posteriormente, procedeu-se à leitura reflexiva e interpretativa dos textos, com a finalidade de conferir significados mais amplos dos resultados obtidos e relacionar as ideias expressas nas obras consultadas com o problema pesquisado.

## **Contrato sexual como condição de validade do contrato social**

A contemporaneidade surge no século XVIII e traz consigo a ressignificação da concepção de liberdade e cidadania. A ideia de uma sociedade na qual todos são livres e iguais é reiterada em teorias e discursos. Todavia, as mulheres ainda não comungam do espaço público e de direitos igualmente aos homens, ou seja, “[...] as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural” (PATEMAN, 1993, p. 21). Nesse sentido, Melo (2017) reitera que o projeto de uma sociedade democrática requer a superação de todo desrespeito, discriminação e violência contra as mulheres, isto é, toda assimetria que produz socialmente a dominação de gênero.

Inequivocamente, a organização social, em muitas nuances, é baseada no gênero, em outros termos, na condição de ser considerado homem ou mulher pelas regras sociais. Consoante Scott (1990), gênero é uma categoria que deve ser considerada e analisada cientificamente e, por sua vez, Butler (2008) certifica que gênero é o resultado assumido pelo corpo sexuado dos significados culturais, a partir da perspectiva binária, que reflete a relação umbilical e exclusiva entre o sexo e o conjunto de suas representações sociais.

Em decorrência do seu caráter cultural e histórico, os corpos são transformados em homens e mulheres que representam papéis sociais e políticos através da produção e reprodução de posturas, comportamentos, vestuário, formas de viver, sentir, perceber, dizer e fazer. O gênero é a exteriorização do que representa ser homem e mulher para a sociedade. Aludida idealização situa a mulher em posição de inferioridade e, por conseguinte, o homem em superioridade, ancorado no que foi nominado de patriarcado. Este, por sua vez, designa uma forma de organização social na qual as mulheres estão hierarquicamente subordinadas aos homens e os jovens aos homens mais velhos (MATOS; PARADIS, 2014).

Saffioti (2004, 2009) argumenta que o patriarcado é o mais antigo processo de dominação-exploração social, consolidando-se como estratégia de manutenção de poder através da subordinação de uns (as mulheres) a outros (os homens), sendo anterior ao racismo e à dominação econômica que originou a luta de classes. Neste sistema, o pai exerce o poder sobre as filhas, e, posteriormente, o marido sobre sua mulher; todavia, o poder conjugal é multifacetado, uma vez que é o cônjuge que exerce poder político no espaço público, e poder sexual, legitimado pelo casamento, no espaço privado.

Desse modo, a vida privada dos casais não seria objeto de interferência do poder público ou mesmo da sociedade, sendo a dominação masculina aceita de maneira a se tornar invisível, componente *natural* das relações conjugais. À vista disso, Pateman (1993) assevera que esta naturalização ocorre em razão do contrato sexual.

Este contrato, no que lhe concerne, seria anterior à celebração do contrato social e condição de validade para este, porquanto o homem só pode ocupar os espaços públicos e gozar de sua liberdade (política ou individual) com o aprisionamento das mulheres ao sistema patriarcal. Nesse sentido, há um substrato sexista no contratualismo moderno e na própria constituição do Estado e da sociedade moderna. O contrato social pressupunha o contrato sexual, e a liberdade civil pressupunha o direito patriarcal, na visão de Pateman (1993). Para tanto, o contrato social não seria, tão somente, de caráter social, mas sim um pacto sexual-social, que explicaria, também, a origem do poder político.

Pateman (1993, p. 34) ainda reitera que “contar a história do contrato sexual é mostrar como a diferença sexual [...] e a construção da diferença sexual, enquanto diferença política, são essenciais para a sociedade civil”. Ademais, assevera que o poder político se constitui em poder patriarcal exercido pelo masculino sobre o feminino, pois a sociedade civil e o Estado, criados a partir do contrato social, são uma ordem social e política patriarcal.

Isto posto, Pateman (1993) expõe a dependência da esfera pública ao contrato sexual, ou seja, a sociedade civil moderna só existe em razão do contrato sexual que alijou as mulheres da condição de cidadãs. Para tanto, segundo Femenias (2000), o espaço público é fundado sobre ato constitutivo de ordem privada. Desta forma, não há como separar a esfera privada da pública, posto que a cidadania moderna só foi possível em razão do contrato

sexual, ancorado na submissão feminina, todavia, esta percepção é francamente ocultada da memória coletiva.

Sob esse liame de compreensão, o Estado liberal seria a execução do contrato social. A teoria política explica que o estado de natureza foi uma fase anterior à fase contratual, não possibilitando todas as condições necessárias para o exercício pleno de direitos, e para tanto, foi necessária a troca da liberdade absoluta pela liberdade civil, ou seja, liberdade condicionada à lei.

Entretanto, concomitantemente ao contrato social, é celebrado o contrato sexual, que diferente do pacto social é um instrumento que se consolida pela adesão, não constituído livremente pelas partes. De acordo com Pateman (1993, p. 16), “[...] o contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição”. Por conseguinte, o pacto social simboliza as liberdades públicas, o contrato sexual, por sua vez, representa a submissão privada (FEMINIAS, 2000).

Desse modo, a liberdade do homem significou a submissão da mulher, tendo os direitos de igualdade se transformado em mera retórica, pois a liberdade civil não é para todos, é atributo masculino e depende umbilicalmente do direito patriarcal. Corroborando Pateman (1993) que o contrato sexual é o meio pelo qual os homens transformam seu suposto direito natural sobre as mulheres na segurança do direito patriarcal civil.

Nesse norte de ideias, nos termos do contrato sexual, as mulheres não são sujeitos ou partícipes contratuais, mas objetos e, como tal, excluídas da esfera pública e dos centros de poder e decisão política. Para tanto, mesmo a despeito de na atualidade existirem leis que garantam a isonomia formal entre homens e mulheres, a materialidade da igualdade no espaço público ainda deixa a desejar em razão de a participação feminina na política



ser reduzida. O Brasil, consoante Matos (2015), ocupa o 118º lugar em termos de representação feminina num conjunto de 187 países, deste modo, a maioria dos cargos públicos eletivos são ocupados por homens, tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Executivo.

Esta participação feminina inexpressiva se inscreve a partir de uma normatividade patriarcal persistente que extrapola o espaço privado encontrando ressonância no espaço público que, por sua vez, reforça mais ainda a dominação na vida privada, constituindo-se em um sistema de retroalimentação, legitimado pelo já citado e discutido contrato sexual, que, nas palavras de Matos (2015), é a distribuição de recursos de poder de forma desequilibrada e, conseqüentemente, antidemocrática entre homens e mulheres. À vista disto, Matos (2015, p. 25) assevera que tal desequilíbrio se comprova devido ao fato de “[...] o espaço público-político ter sido desenhado pelos homens e para os homens, assim como o espaço privado-doméstico foi criado também pelos homens para as mulheres”. Tal pensamento é ratificado por Arendt (1991) quando infere que, historicamente, os homens dominaram o público e atribuíram sua condição de existir a si próprios. Dessa forma, a apropriação do espaço público pelos homens cria a falsa impressão que este só existe em razão da capacidade cognitiva e associativa masculina.

## **Direito como instrumento de dominação masculina**

O Direito é uma construção cultural, portanto, social e histórica. Produz realidades, bem como as transforma, porquanto disciplina as condutas humanas, impondo o que a sociedade convencional. Nesse sentido, Ruiz (2000) aduz que o Direito participa

dos processos de construção da realidade porque impõe as condutas, determina como deve ocorrer alguns vínculos, quais destes são reconhecidos e, portanto, existem e quais não são reconhecidos, e por consequência, inexistem. Desse modo, interfere diretamente na vida cotidiana e pessoal dos indivíduos.

Na acepção habermasiana (2003, p. 150), “o Direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação [...] estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade”. E, na modernidade, este sistema se sobrepõe a outros, a exemplo dos sistemas moral e religioso.

O domínio do Direito, historicamente, esteve com os homens em razão destes ocuparem o espaço público e a organização do Estado. Olsen (2000) assevera que as práticas sociais, políticas e intelectuais que constituem o Direito foram imemorialmente orquestradas por homens, os quais excluíram as mulheres das práticas jurídicas, legislativas e administrativas.

Ademais, o Direito moderno assume características apontadas como masculinas: a racionalidade e a objetividade. As mulheres, por sua vez, seriam irracionais, por serem emotivas. Este fato reflete, tão somente, fenômeno constante e, muitas vezes, invisível na sociedade moderna: a categorização das pessoas. Segundo Olsen (2000), ela se apresenta através de pares opostos, tais como racional/irracional, objetivo/subjetivo, universal/particular. Esses pares estão sexualizados e hierarquizados. Cada unidade que compõe um par será identificada com o masculino ou com o feminino e o polo que se identifica com o masculino é, historicamente, certificado como superior.

Destarte, os homens se identificam como racionais, ativos, objetivos e atribuem às mulheres a irracionalidade, a passividade, o subjetivismo e o sentimentalismo, culturalmente apontados

como características negativas, mas não menos essenciais à suposta *natureza* feminina. Nas palavras de Olsen (2000, p. 26), trata-se de “[...] fato imutável e inevitável”.

A conotação negativa dos supostos atributos femininos se concretiza a partir de uma hierarquia. Por sua vez, as características, que aparentemente identificariam o perfil masculino seriam superiores, de modo que:

De mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al outro. Así, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo, es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción<sup>4</sup> (OLSEN, 2000, p. 26).

Nesse diapasão, a categorização da sociedade mediante o dualismo masculino-feminino se transformou historicamente em uma das mais eficazes estratégias de controle social e manutenção de poder. O controle social é instrumentalizado e se concretiza através do binarismo sexual, que, por sua vez, estabelece a hierarquização do masculino sobre o feminino.

---

4 Do mesmo modo que os homens dominaram e definiram tradicionalmente as mulheres, os dualismos de um lado dominam e definem o outro. Assim, o irracional se define como a ausência do racional; o passivo é o fracasso do ativo; o pensamento é mais importante que o sentimento; a razão tem prioridade sobre a emoção (OLSEN, 2000, p. 26) (Tradução nossa).

Para tanto, nesse contexto, o discurso jurídico é produzido de modo a consolidar o binarismo e a dominação do masculino sobre o feminino. Portanto, para Olsen (2000, p. 27), o Direito se transformou em mecanismo de extrema importância por ser “[...] pensado e concretizado como um conceito masculino”, por sua identificação com o lado hierarquicamente superior e por sua coercibilidade através das normas jurídicas e da estrutura que viabilizou práticas jurídicas que foram historicamente instrumentalizadas, igualmente, por homens.

Por todos esses fatores, ao Direito foram atribuídas as mesmas características que identificam culturalmente o masculino, supondo-se que é “[...] racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres<sup>5</sup> (OLSEN, 2000, p. 27).

Este pensamento que associa o Direito ao masculino, e, portanto, o genitaliza, consolidou-se através do positivismo que esvaziou a sua subjetividade e o reduziu às normas positivadas. O discurso que afirma o Direito como construção neutra há muito foi contestado pelo movimento feminista. Existe relação dialética entre a confecção da lei e sua aplicação, pois a lei como discurso, ao mesmo tempo em que reflete a sociedade, atua sobre esta. A dominação masculina é refletida na estrutura e no conteúdo do Direito que, concomitantemente, é produto desta dominação.

---

5 [...] racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens se consideram a si mesmos. Ao contrário, se supõe que o direito não é irracional, subjetivo ou personalizado, tal como os homens consideram que são as mulheres. (OLSEN, 2000, p. 27) (Tradução nossa).

Mesmo a despeito de algumas conquistas femininas, no que tange ao reconhecimento dos direitos individuais e políticos, como o direito de votar, o contrato sexual ainda está a vigorar. Outrossim, o Direito, sob esta ótica, é, segundo Olsen (2000), uma ordem patriarcal, em virtude de ser ostensivamente e ideologicamente opressivo contra as mulheres e contra os que não se adequam ao modelo binário.

A dominação masculina também é determinante para a estrutura social, pois foi desta dominação que surgiu o binarismo sexual. O Direito não é instrumento de harmonização e equilíbrio social a partir da ideia do Estado de Direito, mas ferramenta de dominação e hierarquização social, no qual o discurso jurídico legitima o binarismo sexual e a dominação masculina.

Ressalte-se, por oportuno, que o Direito é classificado pelo feminismo como masculino, patriarcal e “[...] ideologicamente opressivo para as mulheres” (OLSEN, 2000, p. 33). Contudo, redimensioná-lo não depende apenas de providências legislativas. É necessária a transformação estrutural e conjuntural na ordem política, econômica e educacional e, portanto, cultural. Isto posto, Olsen (2000) arremata que, para suprimir o paradigma patriarcal, é necessário transformar o próprio paradigma do poder masculino no Direito.

### **Feminino e cidadania: esfera pública como *locus* masculino**

A cidadania é um dos temas que tenciona o pensamento político atual e as discussões feministas em razão da necessidade de superação da cidadania formal pela material, da passiva pela ativa, na tentativa de sobrepujar o modelo construído pelo masculino.

Ademais, se o gozo pleno da cidadania está diretamente relacionado à consolidação da autonomia do sujeito, as mulheres apenas conseguirão usufruir desse *status* com a conquista da autonomia plena (VALENTE, 2000), livre das amarras do patriarcado e dos mais variados tipos de dominação e violência.

Desse modo, as teorias políticas são objeto de interesse e discussão feminista. Temas como esfera pública, representação política, autonomia, igualdade, cultura política, dentre outros, fazem parte do cabedal de interesses femininos, na atualidade, pois, durante séculos, aludidas temáticas não estavam ao alcance das mulheres. Conforme afirma Melo (2017), inegavelmente, a história política está sedimentada também pela história de dominação dos homens em detrimento das mulheres. As discussões de gênero também tangenciam a filosofia política e suas categorias.

Discutir cidadania, indelevelmente, é discutir a atuação do cidadão no cenário em que é possível exercê-la: a esfera pública. Observar a construção do espaço público e, por conseguinte, da própria concepção de cidadania pela ótica feminina e feminista, incorporando à discussão os processos de dominação de gênero, significa, no argumento de Melo (2017, p. 170), “produzir uma teoria que compreenda e exponha as causas e processos que levam à subordinação de gênero, sem omitir as relações sociais baseadas na dominação masculina”.

Isto posto, não se pode tratar de cidadania longe da esfera ou do espaço público. A primeira experiência de constituição de espaço público ocorre na Grécia clássica, mais precisamente em Atenas, onde as pessoas consideradas coparticipes da sociedade política poderiam desfrutar da vida em comunidade e expressar seu pensamento e opiniões sobre o espaço de convivência coletiva. “O público dos ‘seres humanos’ que discute mediante razões constitui-se no público dos ‘cidadãos’, no qual

ele se estende sobre assuntos da ‘coletividade’ (HABERMAS, 2014, p. 271).

Neste espaço comum, a liberdade e a igualdade entre os cidadãos eram requisitos basilares para a realização da vida e do cuidado com o espaço comunitário, ou seja, a realização da política. Cidadão era a pessoa com autonomia, e esta, por sua vez, é a base da sociedade civil. Em outras palavras, “[...] a sociedade civil é estabelecida como esfera da autonomia privada (cada um deve procurar sua felicidade pelo caminho que lhe parecer mais auspicioso)” (HABERMAS, 2014, p. 271).

Em *Direito e Democracia* (2003), Habermas compreende o espaço público como local de discussão, cujos interlocutores são capazes de argumentar de modo racional. O espaço se faz público pela interação de pensamentos e argumentos, pela comunicação numa perspectiva democrática, pressupondo liberdade de expressão, de pensamento, de consciência e igualdade de comunicação, no qual os interlocutores são capazes de construir as deliberações democraticamente. Diferentemente de Habermas, Benhabib (2007) afirma que as feministas desconfiam do modelo democrático atual, por este não ser inclusivo e flagrantemente masculino.

Em oposição ou paralelamente ao espaço público está o espaço privado. O indivíduo compartilha e vivencia simultaneamente estes dois espaços. Todavia, faz-se cidadão no espaço público. A diferença entre a cidadania antiga para a moderna, na perspectiva habermasiana, seria os pressupostos desta. Na antiguidade, a cidadania dependia da origem familiar; na modernidade, nasce da razão, da capacidade de discussão e de comunicação. Entretanto, em ambos os momentos históricos, antiguidade e modernidade, o componente ‘autonomia’ surge como elemento

para o exercício da cidadania e, conseqüentemente, para o acesso ao espaço ou esfera pública.

Na antiguidade, ser autônomo significava fazer parte de uma aristocracia que não dependia do labor pessoal para a sobrevivência. Na modernidade, a autonomia diz respeito à condição de ser proprietário e esclarecido, em outras palavras, ser burguês. A esfera pública moderna é, essencialmente, burguesa. Nesta, cidadão, isto é, partícipe do *locus* coletivo, só poderia ser o proprietário, esclarecido, pelo acesso à educação.

As mulheres, os trabalhadores assalariados e os pobres não seriam cidadãos. Ao analisar as ideias kantianas, Habermas (2014) aduz que os assalariados não seriam cidadãos porque são obrigados a trocar sua força produtiva, posto que é a única mercadoria que dispõem. Por sua vez, os proprietários interagem e trocam mercadorias e bens, sendo senhores de si, não dependendo de outrem. E apenas a estes deveria ser autorizado o direito de voto e o uso público da razão.

Por sua vez, as mulheres, por estarem subjugadas aos seus pais ou aos seus maridos, dependentes econômica e juridicamente destes, não poderiam compartilhar da vida pública. A esfera privada seria o único local de convivência, mas, ainda, com algumas restrições. Habermas (2014, p. 275), ao citar Kant, torna inequívoca a compreensão supramencionada em razão da seguinte assertiva: ao discorrer sobre os atores da esfera pública na modernidade e qual seriam os requisitos para acessá-la, Kant afirma que “a única qualidade que para tal se exige, além da qualidade natural (de não ser nem criança nem mulher), é ser seu próprio senhor, por conseguinte, possuir alguma propriedade que lhe sustente”.



Inequivocamente, a exclusão das mulheres do espaço público, o não reconhecimento de sua condição de cidadã e a invisibilidade das questões de gênero quando dos debates sobre o tema se deve à disputa por poder político. A cultura política, historicamente, foi forjada e controlada pelo masculino, e o processo de conquista das mulheres por cidadania passa, segundo Valente (2000), certamente, pela consolidação da sua autonomia, em várias perspectivas, desde a emancipação econômica, passando pelo acesso à educação, aos métodos anticoncepcionais até o reconhecimento dos direitos políticos.

Outro aspecto, contudo, é igualmente importante quanto se trata de cidadania feminina: a perspectiva concreta de compor a esfera pública e se transformar em interlocutora, agir, na concepção habermasiana, comunicativamente, à medida que possa se fazer ouvir, ou seja, participar efetivamente do poder e das decisões na esfera pública. Na atualidade, a cidadania feminina ainda está em vias de consolidação, pois o que existe, na perspectiva de Valente (2000), é um reconhecimento parcial dos direitos, em razão, ainda, de uma débil e frágil consciência de merecimento.

O problema da cidadania feminina é, portanto, adequado ao âmbito de sua efetivação possível dentro do discurso e dos ideais, se estes puderem vir a ser institucionalizados. Sem o foco na institucionalização, os ideais feministas tornam-se abstratos e ideológicos, ou então, circunscritos ao âmbito político da sociedade civil. Com efeito, acreditando-se que a cidadania feminina deve participar do poder, deve-se institucionalizá-la, através de uma postura crítica e contestatória da pretensão de validade das políticas de igualdade por meio de uma “liberdade crítica” (LIMA, 2017) que use um contra-discurso feminino ao discurso hegemônico legitimatório patriarcal também dominante nas instituições.

## Considerações finais

A dominação do masculino sobre o feminino abrange aspectos culturais, psicológicos, morais e também sexuais. Sua origem é remota, imensurável no tempo e se projeta nas mais variadas estruturas sociais, desde as atividades produtivas, baseadas na divisão sexual do trabalho, até as atividades reprodutivas, correspondentes aos papéis do homem e da mulher na reprodução humana.

Ser homem ou ser mulher não é uma condição meramente natural, tão pouco aleatória, mas uma construção sociocultural que impõe a superioridade de um (masculino) sobre o outro (feminino), apesar dos discursos que historicamente legitimaram o protagonismo masculino se ampararem em argumentos essencialistas.

Apenas na contemporaneidade observa-se a contestação do determinismo biológico, como pressuposto das relações intersubjetivas, através de movimentos sociais, em especial, do movimento feminista, que foi o primeiro a discordar dessa tese, com o objetivo de comprovar que as relações entre mulheres e homens, seus papéis sociais, a dominação masculina e a consequente submissão feminina é produto cultural.

No bojo dessa discussão está a cidadania feminina, temática que suscita reflexão e pode ser analisada a partir de diferentes perspectivas, constituindo-se como ferramenta importante para a busca das mulheres por igualdade material. Uma dessas possibilidades de análise da cidadania são as teorias feministas, que possuem caráter político e, ao mesmo tempo, de resistência aos processos de dominação, invisibilidade e violência contra as mulheres.

Desde sua gênese histórica, a cidadania está umbilicalmente vinculada à ideia de democracia. Todavia, as mulheres

ultrapassam os períodos históricos alijadas dos processos democráticos, excluídas da categoria de cidadã e da titularidade de direitos, muitas vezes, aprisionadas a estruturas sociais como o casamento, que legaliza e legitima a posse sobre seus corpos e vontades, transferindo a posse do pai para o marido e servindo de substrato para o contrato sexual, que surge como prévia do contrato social pavimentando as bases do Estado e da sociedade moderna, que, por sua vez, continuou a reproduzir a conjuntura de subordinação observada na antiguidade. Este caráter patriarcal da esfera pública foi, sistematicamente, negligenciado na clássica abordagem sobre a cidadania, permeada por desigualdades, hierarquias e exclusões.

É inegável, contudo, que o reconhecimento político, jurídico e social das mulheres evoluiu significativamente desde o início do século XX, mas, a cidadania feminina ainda é uma espécie de narrativa com base na isonomia formal, não devendo se considerar tão somente que o direito ao voto, por exemplo, signifique emancipação, autonomia e inserção no espaço público. Ainda existem mulheres em situação de dominação no ambiente privado e de exclusão do espaço público, com cerceamento de sua voz em razão da sociedade ainda ser patriarcal e machista.

Estruturas como o Direito reproduzem e legitimam a desigualdade existente entre os gêneros, não permitindo que a mulher componha efetivamente o espaço público e se consolide como interlocutora no ambiente democrático. Tal constatação refuta o ideário de neutralidade sob o qual foi erigido as teorias modernas sobre democracia, cidadania e esfera pública. Não se pode desconsiderar que o domínio do espaço público é privilégio ainda dos homens. Com efeito, este espaço, na contemporaneidade, ainda se faz solo fértil para a perpetuação da exclusão das mulheres dos destinos da comunidade.

## Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BENHABIB, S. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. *In*: Melo, R.; Werle, D. L. (Orgs.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DORLIN, Elsa. **Sexe, genre et sexualités: introduction à la théorie féministe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

FEMINIAS, Maria Luisa. Lecturas sobre contractualismo: Pateman y la escena primitiva. *In*: Alicia E. C. Ruiz (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico**. Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000, p.85-97.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Denilson Luís Weclé. São Paulo: Unesp, 2014.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LAQUER, T.W. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud.** Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

MATOS, M.; PARADIS, C. G. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. **Cadernos Pagu.** Dossiê O gênero da política: feminismos, estado e eleições, Campinas, n. 43, p. 57-118, jul./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf>>. Acesso: 24 ago. 2018.

MATOS, M. Democracia, sistema político brasileiro e a exclusão das mulheres: a urgência em se aprofundar estratégias de descolonização e despatriarcalização do Estado. **Revista Observatório Brasil da Igualdade de Gênero**, Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Secretaria de Políticas para as Mulheres, Brasília, v. 7, n. 7, p. 24-37, dez. 2015. Disponível em: <[www.observatoriodegenero.gov.br](http://www.observatoriodegenero.gov.br)>. Acesso: 24 ago. 2018.

MELO, Rurion Soares. Dominação de gênero e esfera pública na teoria crítica feminista. **Revista Ideação.** Feira de Santana, n 36, p. 166-182, Jul./Dez. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.uefs.br/index.php/revistaideacao>>. Acesso: 10 set. 2018.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. *In*: Alicia E. C. Ruiz (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico.** Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 25-43.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Emerson Erivan de Araújo. Teoria política feminista e crítica à cidadania liberal. **Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 08, n. 14, 2016, p. 133-160. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view-File/18021/16479>>. Acesso: 02 out. 2018.

RUIZ, Alicia E. C. De las mujeres y el derecho. *In*: Alicia E. C. Ruiz (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico**. Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 09-22.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. *In*: Guacira Lopes (Org.). **Educação e realidade**. Porto Alegre, vol.15, n. 2. Jul/Dez. 1990, p. 5-22. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 12 out. 2018.

SAFFIOTI, H. I. B. (2009). Ontogênese e filogênese do gênero: ordem patriarcal de gênero e a violência masculina contra mulheres. **FLASCO-Brasil**, jun.2009, p. 1-44. Série Estudos/Ciências Sociais. Disponível em: <[http://flasco.redelivre.org.br/files/2015/03/Heleieth\\_Saffioti.pdf](http://flasco.redelivre.org.br/files/2015/03/Heleieth_Saffioti.pdf)>. Acesso: 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

VALENTE, Virginia Vargas. Una reflexión feminista de la ciudadanía. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 170-190, 2º semestre, 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11934>>. Acesso: 02 out. 2018.

# DESAFIOS NA ANÁLISE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DIREITO E MEMÓRIA

Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira<sup>1</sup>  
José Ernesto Pimentel Filho<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

O instituto jurídico do precedente foi introduzido no Brasil, por meio do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, como espécie de garantia processual apta a promover os valores de certeza e segurança jurídica, tão caros ao sistema do direito e problematizados ante o ativismo judicial e a doutrina principiológica que tomou conta da atividade judicante no País, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, implementar tal categoria jurídica alienígena impõe lidar com paradoxos indo desde a origem do sistema de direito brasileiro, *civil law*, até o fato do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional não possuir entendimento firmado sobre a vinculação de ponto fundamental para a construção do precedente, qual seja, os efeitos vinculantes da razão de decidir.

---

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba.

2 Professor Titular da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em História Econômica, Universidade de São Paulo. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba.

Este trabalho tem como ponto de partida a reflexão sobre a temática. Propõe a discussão acerca dos precedentes judiciais e seu implante no ordenamento jurídico e na prática judiciária brasileiros, a partir da análise do sistema de direito presente em Niklass Luhmann e Raffaele De Giorgi. Tal aporte teórico contribui com viés crítico para a pesquisa sobre a teoria dos precedentes no Brasil, bem como para a investigação mediante a experiência comparada com a Suprema Corte dos Estados Unidos. Trata-se de resultados parciais de uma pesquisa em andamento e este texto desenha a problemática conforme o estado atual da investigação.

Na primeira parte, serão abordados os principais desafios enfrentados pela incorporação do precedente judicial no ordenamento processual pátrio à luz da atividade hermenêutica e argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Na segunda parte, será proposta a reflexão teórica sobre a revelação dos paradoxos do sistema de direito e a produção de memória pelo juiz constitucional, na construção do precedente judicial em direitos humanos fundamentais.

A primeira autora foi a responsável primária pela redação do trabalho. Entretanto, houve construção da coautoria na medida em que o *case* americano aqui analisado foi inicialmente preparado pelo coautor dentro das atividades de ensino e pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas em 2019. O coautor também revisou toda a redação e houve detalhada troca de ideias e reuniões entre a autora e o coautor até a formação do presente consenso, derivado dos trabalhos do grupo de pesquisa UFPB/CNPQ, *História do Direito e Constitucionalismo*. O referencial teórico mais substancial derivou da primeira autora com alguns acréscimos de referências complementares pelo coautor.



## Uma proposta de pesquisa sobre a teoria dos precedentes no Brasil.

A história do direito ocidental e a transformação dos seus paradigmas e pressupostos de validade, ao longo dos séculos, demonstram como o “dizer o direito” (interpretar, decidir, fundamentar) está entre as principais preocupações dos teóricos da filosofia jurídica, haja vista a necessidade de não apenas tornar o discurso jurídico válido e eficaz, mas também politicamente legítimo no seio social que lhe serve de estrado (MCLLROY, 2016; BERMAN, 1983; FERNANDEZ-VILLAVARDE, 2016).

O tema ganha maior complexidade quando entremeadado pela política e pelo poder no tecido da organização social<sup>3</sup>, que desemboca nas mais diversas perspectivas que vão desde analisar o direito como ferramenta de coesão da sociedade até tê-lo como instrumento de dominação de elites econômicas ou políticas sobre outros indivíduos, classes sociais ou setores de classe.

Como os juízes decidem ou devem decidir tratava-se de matéria afeita à hermenêutica jurídica, destinada a estabelecer métodos de interpretação da lei, assegurando a conformidade da aplicação e da execução da norma com o direito posto<sup>4</sup>. Com o questionamento do objetivismo e dos pressupostos da lógica formal e com a ascensão do paradigma da linguagem e da visão do juiz como sujeito integrante da prática discursiva de interpretar a norma, o mero estabelecimento de métodos e técnicas de

---

3 A política constitucional é intrigante tema abordado em resenha de Kermit Roosevelt III (ROOSEVELT, 2012).

4 É importante referenciar nessa discussão o trabalho de Bianor Arruda para quem o critério da decisão judicial deve ser o pragmatismo (2018).

interpretação passou a não ser mais suficiente para compreender e explicar o fenômeno jurídico traduzido na prática judiciária.

Considerando o olhar sobre a forma e sobre o método, a decisão jurídica de eficácia vinculante, proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ganha proeminência no debate acadêmico, uma vez que é proposta como instrumento de prática e conformação do fenômeno do direito na atualidade nacional. A postura central de juízes e tribunais tem ganhado destaque na operação direito vs. não direito, ao considerarmos a interpretação evolutiva da Constituição, na dicotomia existente entre segurança jurídica – i.e. Estado Democrático de Direito – e mudança social. Pensa-se especialmente na de direitos humanos fundamentais.

Esse dualismo, observado muitas vezes de forma maniqueísta, reflete a complexidade trazida com a principiologia chamada pós-positivista, e sua ordem de valores e com a luta civil de indivíduos e grupos sociais, reconhecidos como destinatários de direitos nas novas ordens constitucionais democráticas e pluralistas<sup>5</sup>. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma permanente tensão entre seus pressupostos normativos e a história política, jurídica e econômica patrimonialista e excludente do Brasil, que coloca juízes e tribunais no centro do debate que envolve o chamado ativismo judicial ou criação judicial do direito.

---

5 Sobre pós-positivismo e neoconstitucionalismo destaca-se como obra de referência, no Brasil, a obra de Luís Roberto Barroso (2009). Por sua vez, a crítica à esta concepção e seus efeitos sobre o próprio direito positivo como garantia do Estado Democrático de Direito encontra referências no profícuo debate entre Luigi Ferrajoli (2012) e Lenio Streck (2012), bem como no pensamento de Marcelo Neves (2019).

No Brasil, conforme Martins (2010), não há consenso doutrinário a respeito do crescente protagonismo judicial, bem como sobre seus efeitos na ordem democrática<sup>6</sup>. A questão, todavia, está em como controlar o Poder Judiciário para que este não exorbite de sua competência constitucional. Se a criação judicial fiscaliza e fomenta a concretização de direitos e políticas públicas, como controlar o controle? Como definir seus limites de acordo com a hermenêutica jurídica e as teorias da decisão judicial? Como impedir que o Poder Constituinte seja pouco a pouco substituído pela ditadura dos juízes?

Tendo em vista evitar decisões arbitrárias ou os chamados “decisionismos”, o Novo Código de Processo Civil, publicado no ano de 2015, fortaleceu o precedente como instituto processual apto a restringir e vincular o julgador nos casos concretos. Ocorre que ainda não há, no direito brasileiro, construção teórica robusta e capaz de dar fundamento à utilização dos precedentes, os quais durante muito tempo apenas referenciados como institutos próprios da *common law*.

Nos manuais de Processo Civil brasileiros, o “método” de aplicação do precedente segue o modo da subsunção, próprio da lógica formal. Isto resta superado há tempos pela própria

---

6 “Na prática judicante brasileira seja o juiz monocrático, seja o Ministro da Corte Constitucional, passaram a interpretar que a democracia não se realiza na política e sim no direito. E não se pode afirmar que seja um direito material, salvo se a interpretação for aquela de que independente da previsão normativa a realização material do direito se identifica na *decision judicial*. Constitucionalismo? Neoconstitucionalismo? Ativismo judicial? Decisionismo? Não se sabe mais qual conceito a ser utilizado, a *decision judicial* que observamos na prática judicante brasileira não se coaduna com as expressões acima.” (SILVA, 2018).

hermenêutica jurídica, uma vez que, a partir do giro linguístico<sup>7</sup>, o momento de compreensão e aplicação do direito, como integrante do processo de interpretação, deixou de ser reconhecido como mera adequação do caso concreto à possibilidade abstrata da norma, realizada pelo intérprete equidistante.

A literatura jurídica sobre uma possível teoria dos precedentes nacional ainda é incipiente. Conforme aponta Lopes Filho (2016), verificou-se que, das produções bibliográficas existentes, muitos autores, ao abordar o assunto, careciam de referencial teórico próprio, se limitando a reproduzir e reeditar “[...] compreensões criadas e desenvolvidas em uma teoria centrada na proeminência da norma legislativa no Direito, mesclando-o com conceitos e noções recém importados de outras decisões jurídicas.” (LOPES FILHO, 2016, p. 26).

Igualmente, sustenta ser inviável a construção teórica e metodológica do tema com base nos autores estudiosos do sistema judicial da *common law*, haja vista que o direito brasileiro e a utilização do instituto do precedente no País vêm se dando conforme dinâmica própria e totalmente diversa de outras tradições jurídicas, razão pela qual é necessária a análise fundamentada em aportes teóricos próprios e aplicáveis ao sistema processual e Justiça brasileiros.

Outrossim, a princípio, não se verifica compromisso do Supremo Tribunal Federal com o sistema de precedentes. A

---

7 Situado como marco dessa virada linguística atrelada à hermenêutica, Gadamer (2011) investiga as relações entre o ser, a tradição, a linguagem e a compreensão como fundamento do que denomina “hermenêutica filosófica”, em contraposição à filosofia hermenêutica. Não se coloca contra o método, mas desmente sua pretensa função reveladora da verdade única e absoluta que escamoteia a presença do sujeito como existência no momento em que interpreta e compreende o mundo à sua volta.

Corte Constitucional brasileira tem se revelado bastante instável e sensível à determinadas temáticas que tocam diretamente o sistema político e a opinião pública. Além disso, Mello e Barroso (2016) sustentam que o STF necessita enfrentar dois grandes desafios para implementação do novo sistema, quais sejam, a delimitação adequada da questão jurídica levantada na ação e a definição do grau de generalidade da tese de direito formulada durante o julgamento.

A necessidade de revisão do posicionamento majoritário da Corte sobre a transcendência dos motivos determinantes da decisão também é apontada por Mello e Barroso (2016) como importante passo para a adoção do precedente. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que apenas a parte dispositiva o acórdão teria efeito vinculante sobre as instâncias inferiores de Justiça. Todavia, os fundamentos ou motivos determinantes, que compuseram a análise jurídica do caso concreto, são essenciais para o *stare decisis*.

Dessa forma, percebe-se que a implementação do instituto do precedente no Brasil, à revelia da experiência histórica do sistema de direito nacional, está inserida num contexto paradoxal. O fim atribuído à novidade legislativa processual é o resgate dos valores de segurança jurídica e certeza na prática judiciária. No entanto, estes mesmos interesses são postos em cheque quando confrontados com a atividade desempenhada pelo juiz constitucional hodierno.

## **A memória e o paradoxo do direito na teoria dos sistemas como pressuposto teórico.**

De Giorggi (2016, p. 110) afirma que “[...] o aspecto que tem caracterizado a recente pesquisa sociológica em direito é, de um lado, como se costuma dizer, a investigação sobre o impacto do direito na sociedade e, de outro, a crítica do direito”. Esta última estaria diretamente relacionada ao estudo das decisões jurídicas e suas consequências. Todavia, ambas partem da distinção entre direito e sociedade como pressuposto, transformando o direito no objeto de conhecimento a ser elucidado pelo observador.

Dessa construção, oriunda da perspectiva racionalista, De Giorggi (2016) sustenta que derivam as distinções entre a) ser e dever ser; b) validade e eficácia; c) conformidade e desvio; d) integração e desintegração. Essas diferenciações são utilizadas para observar o direito e determinar sua construção semântica. Entretanto, são paradoxais, pois estipuladas para justificação do próprio direito como direito, numa construção lógica do discurso jurídico, que estimula a análise ficcional (para manutenção das próprias distinções e paradoxos) e não do sistema jurídico como ele é e opera de fato sobre e sob a sociedade. Nesse sentido, a pesquisa sociológica do direito na teoria dos sistemas deve buscar se afastar dessas distinções<sup>8</sup>, de forma que veja “[...] o que a pesquisa tradicional não pode ver”. (DE GIORGGI, 2016, p. 114).

---

8 “A pesquisa sociológica consegue apreender a observação do direito, desde que se afaste das distinções por meio das quais o sistema jurídico oculta seu paradoxo constitutivo e desde que construa seu conhecimento consciente dos limites estruturais do direito, que é uma estrutura autorreferente, localizada na produção simultânea entre lícito e ilícito”. (DE GIORGGI, 2016, p. 113).

Igualmente, a investigação sobre a teoria dos precedentes no Brasil deve observar e confrontar os paradoxos presentes na conformação da decisão judicial de eficácia vinculante pró futuro, haja vista que a simples análise da incorporação do instituto como forma de reestabelecer segurança jurídica ao sistema processual e de garantias constitucionais não é capaz de configurar avanços seja na prática processual, seja na produção teórica.

Tal observação sociológica, que encontra raízes em uma teoria da sociedade, possibilita à pesquisa avaliar a capacidade cognitiva de aprendizagem da qual o sistema jurídico dispõe, isto é, avaliar em que medida o direito consegue controlar os conflitos que ele próprio produz. (DE GIORGGI, 2016, p. 115).

A pesquisa não deve observar interesses e valores como objetos estabelecidos e dados pelo sistema jurídico, uma vez que o direito, num movimento circular e autoreferencial, elege quais deverão ser representados e mantidos nas normas jurídicas, visando a sua autopreservação. Referida premissa permanece nas noções de Constituição, de direitos humanos e do juiz constitucional.

Para De Giorggi (2015, p. 110), “a constituição é um vínculo que a comunidade se dá a si mesma, através do qual determina o presente e se abre ao futuro, dá voz a suas expectativas de futuro, tornando-as normativas”. Ela opera numa perspectiva semântica circular, na medida em que se constitui como fundamento de si mesma. O autor exemplifica isso com o conceito de

soberania. Nas constituições modernas, a soberania é elevada a valor supremo como o poder do povo<sup>9</sup>. Todavia, transformada em pressuposto jurídico-constitucional e diluída nas instâncias representativas de poder do Estado, ela deixa de ser do povo para apenas referir-se a si mesma<sup>10</sup>. A circularidade teria como referência, então, a própria a democracia.

A positivação do espectro político, entendido a partir do pacto social, cria um paradoxo, na medida em que

[...] a constituição como texto jurídico se considera imunizada em relação ao direito, justo porque a constituição determina os limites e fixa as barreiras ao tratamento jurídico dos problemas políticos que não são relativos às mesmas condições do atuar político como atuar diferenciado comparado ao atuar jurídico. (DE GIORGGI, 2015, p. 113).

O juiz constitucional produz memória. Esta não significa um retorno ou atualização do passado, mas atribuição de sentido

---

9 “A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government”. (HAMILTON, 1788).

10 “Ela abre e fecha a circularidade da constituição. Abre-a porque se funda sobre si mesma e então pode ser tratada como fundamento de suas manifestações, fecha-a, porque na dimensão temporal a constituição tem a função de impedir que se verifiquem e se legitimem outros atos fundantes como aqueles dos quais ela mesma tem surgido”. (DE GIORGGI, 2015, p. 111)



ao presente<sup>11</sup>, facilmente perceptível no jogo argumentativo de construção das razões que norteiam determinado precedente em direitos humanos fundamentais. Repete, assim, as distinções que se apresentam a partir da circularidade da Constituição: direito imutável (normas constitucionais – lei superior) e direito mutável (legislação ordinária); legislação (direito positivo) e administração da justiça.

A positivação do direito, por sua vez, faz com que o mesmo seja mais complexo, na medida em que possui capacidade para “absorver sempre uma maior variedade de casos”, ao mesmo tempo que o trivializa, pois qualquer fato poderá ser abarcado pelo direito à luz de quem o interpreta.

Nesse movimento, a soberania passa das mãos do povo para o defensor, ou guardião da Constituição, ou o juiz constitucional.

O intérprete da constituição é um observador de nível superior. Ele descreve descrições e interpretações e as usa como um objeto para o futuro, como núcleo semântico no qual se tem sedimentado o início. Mas este início, para o intérprete, é seu presente. A constituição, como se diz, é sempre o resultado de um ato fundador. Um texto que é instrumento para abrir o futuro.  
[...]

---

11 Esta percepção e a relação entre a memória e o direito está presente em De Giorgio (2015, p.113), para quem “memória não é reatualização do passado, operação impossível; ela é a função que permite construir sentido no presente e atribuir este sentido à presença do texto”.

A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade. O juiz interpreta interpretações, redescreve descrições, reabre começos, reencerra circularidades. (DE GIORGGI, 2015, p. 116)

Assim, a análise da implementação do instituto do precedente numa Corte Constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, ganha maior relevo, perpassando contornos políticos, na medida em que reescreve o conteúdo da norma constitucional, podendo redefinir e até mesmo criar novos direitos, alheios à soberania do povo.

No que diz respeito ao papel do juiz constitucional na fundamentação de direitos humanos, Luhmann (2000) aponta para a necessidade de um gerenciamento de paradoxos. Todavia, estes restam encobertos.

Só em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo, a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista. (LUHMANN, 2000, p. 154).

O principal paradoxo se encontra presente na positivação dos direitos humanos. A positivação que seria, em certa medida, a afirmação histórica dos direitos humanos, presente em

Comparato (2010), na verdade, corresponde ao pressuposto da sua própria violação.

Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas frequentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente desse mecanismo. (LUHMANN, 2000, p. 158).

Nesse sentido, o estabelecimento de determinado direito humano fundamental, via precedente, traz à luz tal paradoxo, haja vista que a necessidade da formação da razão do julgador se dá em virtude da violação de tal direito numa dada perspectiva, cuja diretriz vinculante se positiva através da decisão judicial.

Tal assertiva é passível de verificação inclusive em países de reconhecida tradição na utilização do precedente, como, por exemplo, nas decisões sobre os direitos de posse e de porte de arma de fogo e o de legítima defesa, que passa necessariamente pelo estudo da construção argumentativa do texto inserido na Constituição Americana, através da introdução da segunda

emenda<sup>12</sup>, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em decorrência disso, referida menção ganha importância para ilustração da ilação teórica de pesquisa apontada.

A ambiguidade do texto constitucional deu origem a duas teorias divergentes sobre o direito de portar armas de fogo nos EUA: a teoria do direito individual e a teoria do direito coletivo. De acordo com a primeira, restou assegurado o direito constitucional dos cidadãos estadunidenses de possuir e de portar armas de fogo individualmente. Para a segunda, se trata de um direito coletivo de possuir e portar armas, diretamente relacionado ao exercício do direito de autodefesa dos Estados Federados, que não poderiam sofrer restrição por intermédio da atuação do Congresso. A formação e a celeuma em torno dessas duas teorias se deram a partir de dois julgamentos emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos: o Caso *USA v. Miller* (1939) e o Caso *District of Columbia v. Heller* (2008).

Em 1939, a Suprema Corte adotou o posicionamento da teoria do direito coletivo. Para o MR. Justice, McReynolds J., por ocasião da entrega referente ao parecer da Corte, tendo em vista a situação concreta, não havia nenhuma evidência de que a posse ou o uso da arma transportada em questão guardasse relação razoável com a preservação ou eficiência de uma milícia bem regulamentada. Dessa forma, a Segunda Emenda não garantiria o direito de portar tal artefato.

O termo milícias remete a grupos paramilitares atuantes desde a formação dos Estados Unidos da América e sua existência relaciona-se diretamente com a preservação da autonomia

---

12 Amendment II (1791). A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.

dos Estados e com a contraposição à militarização do Governo Central forte, capaz de se impor aos interesses locais<sup>13</sup>. Outrossim, eles também poderiam ser convocados para atuar em favor da União em prol da defesa comum.

Essa foi a interpretação que norteou durante muitos anos a regulamentação do direito de possuir e portar armas de fogo nos EUA até que, em 26 de junho de 2008, a Suprema Corte mudou o entendimento, passando a adotar a teoria do direito individual, no julgamento *District of Columbia v. Heller*. Neste ficou assentado que a Segunda Emenda se destina a proteger o direito individual de possuir e portar arma de fogo, bem como o de utilizá-la para fins legais, dentre eles, a autodefesa. Tal prerrogativa estaria garantida independente e desatrelada do serviço de uma milícia.

Por outro lado, não se trata de direito ilimitado. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de limitações legais, como a vedação de portar armas de forma oculta e em locais ditos sensíveis (escolas e prédios do governo), bem como a proibição de posse e porte de arma de fogo a criminosos e pessoas com problemas mentais.

Em que pese a manutenção desse posicionamento pela Suprema Corte, a questão sobre a garantia ou não de um direito

---

13 “To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress.” With obvious purpose to assure the continuation and render possible the effectiveness of such forces, the declaration and guarantee of the Second Amendment were made. It must be interpreted and applied with that end in view. *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

do cidadão a possuir e portar arma de fogo permanece polêmica nos Estados Unidos. Conforme anota Rakover (2012), a Segunda Emenda deriva da preocupação dos Anti-federalistas com a possibilidade do Congresso usar incorretamente seu poder de regulamentação das milícias, terminando por fragiliza-las. O autor atribui à National Rifle Association o patrocínio de uma campanha destinada a apresentar a Segunda Emenda como o direito individual à autodefesa e destaca a mudança no precedente da Suprema Corte, em 2008, como o enfraquecimento do que chama evidência histórica. A partir daí, novas leis nos Estados passaram a ser muito mais explícitas sobre um suposto direito individual de possuir e portar armas de fogo e autodefesa que os próprios constituintes da história constitucional americana.

Interessante ainda anotar que, a partir da leitura do inteiro teor das razões presentes no caso *District of Columbia v. Heller*, o confronto argumentativo não teve como análise direta o direito individual à autodefesa, mas o destaque para a ambiguidade do texto constitucional e a (re)visão histórica sobre a literalidade dos textos legais após a ratificação da Constituição Americana, desprezando a finalidade precípua atrelada à organização e manutenção dos grupos paramilitares, cuja importância e função se encontram claramente delimitadas no tempo histórico.

No Brasil, o debate sobre o direito à autodefesa e a criminalização da posse, porte e uso de armas de fogo tem sido largamente discutido ao longo das últimas décadas, com a elaboração e entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, Lei n.º 10.826/2003, que tipificou penalmente as condutas de possuir e portar arma de fogo, salvo raras exceções.

A referida Lei teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 3112-1/DF. A Corte Máxima brasileira decidiu pelo acolhimento parcial,

declarando inconstitucional a proibição de fiança e a restrição à concessão de liberdade provisória. Todavia, os Ministros não enfrentaram a alegação de inconstitucionalidade material por violação ao direito de autodefesa ou resistência. Ao contrário, a análise das argumentações demonstra franca orientação para o direito à segurança pública, atribuindo ao Estado o dever de proteção dos cidadãos, assim como o reconhecimento da predominância do interesse público.

A partir desses exemplos, verifica-se a construção de sentido, via produção de memória, pelo juiz constitucional. Este elaborou o precedente que, sob pretexto de guardar a Constituição, acaba por reescrevê-la. O julgamento paradigma tem o condão de reafirmar o direito fundamental violado ou fazê-lo surgir no entremeio de pressões sociais e políticas. Nesse sentido, pensar o precedente como instrumento de segurança e certeza, no âmbito da Justiça Constitucional, leva a encarar referidos valores como ficções jurídicas estabelecidas, discursivamente, para manutenção do direito como sistema válido e eficaz.

## **Considerações Finais**

O Código de Processo Civil, de 2015, introduziu a categoria do precedente no Brasil como importante contribuição para as questões do ativismo judicial e da segurança jurídica. Todavia, a importação do referido instituto, próprio dos ordenamentos oriundos da *common law*, traz dificuldades que necessitam ser enfrentadas pela pesquisa em direito e sobre o direito, para além das simplificações fornecidas pelo próprio sistema jurídico.

Vê-se, a partir da consideração dos desafios apontados para implementação do *stare decisis* no Brasil, que a proposta de

construir um sistema de precedentes no direito brasileiro continua a operar distinções preestabelecidas, visando a sua autoconservação enquanto sistema, tentando sedimentar uma lógica interna que o proteja de interferências externas e mantenha a eficácia e validade das suas normas.

Os pressupostos teóricos da teoria dos sistemas têm a contribuir com as pesquisas sobre a temática, haja vista que propõem desvendar os paradoxos que o próprio direito opera, no sentido de se recompor e autopreservar, selecionando interesses e valores dispostos à sua autoconservação. Referido posicionamento teórico conduz à análise da problemática a ser enfrentada numa perspectiva crítica das suas intenções e possíveis resultados, considerando, inclusive, a experiência consolidada de outros países, como os Estados Unidos.

## Referências

ARRUDA, Bianor. *O que Define um Julgamento e Quais São os Limites do Juiz? Valores, Hermenêutica e Argumentação: Elementos Para a Construção de uma Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Noeses, 2018.

BERMAN, Harold. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. *A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas. (A Sociological Investigation os Law in System*



Theory). *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília/ University of Brasilia Law Journal*, v. 02, n. 02, pp. 103-119, abril-agosto, 2016.

\_\_\_\_\_. O desafio do juiz constitucional. Tradução de Ricardo Menna Barreto. *Campo Jurídico*, vol. 3, n. 2, p. 107-120, out, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A. K. *Garantismos, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011.

HAMILTON/MADISON. #51 *The structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments the federalist papers*. The Avalon Project. 1788. Disponível em: [http://Avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](http://Avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp). Acesso em: 21 jan. 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: 2016.

LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Temis*, v. 3, nº 1, pp. 153-161, Fortaleza, 2000.

MARTINS, Leonardo. Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo. In: TAVARES, André Ramos;

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459-478.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, v. 15, n. 3, jul./set., 2016. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>>. Acesso em: nov. 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

RAKOVE, J. N. 2012. *The Annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012.

ROOSEVELT, Kermit. *Reconstruction and resistance*. *Texas Law Review*, vol. 91, p. 121, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2197808](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2197808). Acesso em: 24 jan. 2020.

SILVA, Luciano Nascimento. *O observador e o governos juízes – entre direito e política*. Buenos Aires: AAFD – XXXII Jornadas de Filosofia do Direito – “Derecho, Política y Moral”, abril, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A. K. *Garantismos, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

# MIGRAÇÃO DE MULHERES INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA: DO PARADOXO DO MUNDO DOS VALORES DOS DIREITOS HUMANOS A UM ETNODESENVOLVIMENTO TRANSNACIONAL

Gabriella Sousa da Silva Barbosa<sup>1</sup>

Federico Losurdo<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

Pode-se conceber a migração forçada como aquela em que, mesmo existindo elemento volitivo, este é submisso ao fator externo responsável pelo deslocamento (SILVA; ABRAHÃO, 2018, p. 655). Enquanto espécie de migração forçada destaca-se a chamada migração de sobrevivência, ou seja,

---

1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Advogada. Professora de Direito da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA e da Faculdade Santa Terezinha – CEST. Docente-Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direito, Linha de Pesquisa Gênero e Direito da Faculdade Santa Terezinha – CEST. E-mail: gssbarbosa@gmail.com.

2 PhD em Direito. Doutor em Direito pela Università Degli Studi Di Urbino. Pesquisador em Direito Público. Professor de primeiro nível no setor de concorrência 12 \ C1 (Direito Constitucional) da Università Degli Studi Di Urbino. Professor Visitante do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (Brasil). Aluno do DAAD (Deutscher Akademischer Austausch Dienst).E-mail: federico.losurdo@uniurb.it

aquela em que indivíduos ou grupos humanos deslocam-se em virtude de razões econômicas, de graves violações de direitos humanos ou mesmo de desastres naturais (MILESI, 2017, p. 1).

Conforme dados das Nações Unidas (ONU, 2018, p. 1), a questão migratória indígena na América Latina é predominantemente ocasionada por essa modalidade de migração forçada, seja por conflitos políticos ou mesmo pela impossibilidade de sobrevivência em virtude das condições climáticas.

Estima-se a presença de mais de 83.000 migrantes internacionais indígenas na América Latina, destacando-se a Nicarágua – que soma 5% desse grupo dentre os migrantes internacionais (CEPAL, 2015, p. 69-70) – e o Brasil, que a partir da crise política na Venezuela recebeu aproximadamente 3 mil indígenas da etnia warao (TRAIANO, 2018, p.1).

Para além das dificuldades inerentes à condição migratória, a migração indígena apresenta uma dupla vulnerabilidade, posto que não raro esses indivíduos acabarão se inserindo em contextos sociais diferentes daqueles exercidos em seus países de origem, estando relegados à superação das várias barreiras que se apresentam – linguísticas e culturais, por exemplo –, ou restando à margem das garantias de seus direitos básicos.

Nesse diapasão, quando analisada a migração de mulheres indígenas, é fundamental que se observe que essas encontram-se em situação de maior vulnerabilidade, posto que enfrentam violações de direitos humanos em razão do deslocamento forçado, assim como de seu gênero (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 792).

A despeito de toda a complexidade envolvida na condição migratória das mulheres indígenas, as especificidades provenientes da sua etnia passam despercebidas pelos Estados (CEPAL, 2015, p. 69), que tentam implementar políticas generalistas para

alcançar todo o contingente migratório, inadequadas aos povos indígenas.

Observa-se, nesse sentido, a existência de um paradoxo dos direitos humanos, posto que, a despeito de serem direitos inerentes à condição humana, somente podem ser efetivados por Estados nacionais. Ou seja, mesmo diante da pretensão da Convenção de Genebra de 1951 em criar um direito universal que independesse da nacionalidade, a cidadania permanece sendo um “direito a ter direitos” (ARENDDT, 1978).

Nesse sentido é que se torna problemática a garantia de direitos humanos a esses grupos em situação migratória, pois para além da ausência de políticas públicas voltadas para sua auto-determinação nesses novos países, a própria noção de pertencimento a um Estado é de difícil aceitação para esses povos indígenas, afinal sua organização social e pertencimento histórico ao território que ocupam é anterior à invenção da América.

Diante disso, o presente trabalho buscou, de modo propositivo, investigar a possibilidade de implementação de políticas indigenistas transnacionais na América Latina voltadas ao etno-desenvolvimento frente a situação migratória de mulheres indígenas. Para tanto, foram utilizados enquanto procedimentos metodológicos pesquisa bibliográfica dos principais referenciais teóricos acerca da temática abordada, bem como pesquisa documental relativa aos dados migratórios na América Latina.

## **Mulher Indígena em situação de migração na América Latina**

A despeito de representarem a maioria dos migrantes forçados, é relegado papel secundário à mulher, sendo ainda corriqueiro que a imagem estereotipada de migrante, refugiado ou apátrida seja do homem adulto.

É essa desproteção por parte dos Estados de acolhida e mesmo desconsideração quanto às vulnerabilidades específicas trazidas pelo gênero que tornam as mulheres alvos fáceis de reiteradas violações de direitos humanos (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 792), tanto em âmbito da violência doméstica subnotificada em virtude do medo da sua deportação e de seu companheiro, quanto da exploração sexual, estupro, bem como da inserção precária no mercado de trabalho, forçando-as a receberem menos que um nacional em virtude de sua condição de migrante e menos que qualquer homem em virtude de seu gênero.

É nesse diapasão que a situação da mulher migrante forçada ganha relevo, vez que para além das vulnerabilidades referentes a sua condição migratória ela se encontra interseccionada pelas vulnerabilidades referentes ao gênero, raça e classe social. (CRENSHAW, 2001, p. 177)

Analisar essa situação no contexto da América Latina demanda que se observe o processo migratório sob uma perspectiva decolonial. As teorias sobre colonialidade se iniciam com Aníbal Quijano, o qual demonstra como a partir da invenção da América iniciam-se as classificações raciais tanto dos habitantes desse território quanto de seus descendentes. É essa classificação racial responsável pela inferiorização de certos grupos em detrimento de outros considerados superiores (COSTA, 2012, p.45).

É parte dessa dinâmica moderno/colonial, relacionada com a vinculação entre os países autoproclamados civilizados e as colônias latino-americanas, que os povos subjugados sejam explorados e inferiorizados em virtude de suas raças, sendo tal inferioridade o motor propulsor para a referida exploração sem qualquer impedimento ético (COSTA, 2012, p. 46).

Estabelece-se, portanto, a colonialidade de poder, caracterizada pela racialização do trabalho, ou seja, “a classificação social básica e universal da população do planeta em torno da ideia de ‘raça’ ” (QUIJANO, 2002, p. 4), dicotomizando-se o humano – referente ao europeu e a uma racionalidade cartesiana – do não humano – demais povos, passíveis de subjugação (LUGONES, 2014, p. 939).

Ocorre, porém, que conforme leciona Maria Lugones (2014, p. 939), o contexto latino americano apresenta também especificidades em relação ao gênero desses sujeitos racializados. É a partir de então que a autora aborda aquilo que chama de colonialidade de gênero: “Ao pensar a colonialidade do gênero, eu complexifico a compreensão do autor sobre o sistema de poder capitalista global, mas também critico sua própria compreensão do gênero visto só em termos de acesso sexual às mulheres.”

A colonialidade de gênero persiste na construção histórico-social latino-americana, perpassando pelas instituições estatais e pela implementação de políticas públicas inclusive, demonstrando-se a racialização dos sujeitos em virtude também de seu gênero enquanto exercício concreto de poder (LUGONES, 2014, p. 948). É o que se observa quando analisadas as mulheres em condição de migração forçada nesse território.

Tomando-se por base o que preceitua a Convenção de Belém do Pará, 1994, para além das violências potencialmente sofridas

em ambiente doméstico e/ou familiar, as mulheres em condição de migração forçada na América Latina estão expostas não apenas à violência institucional – diante da ausência de documentação para acesso a programas assistenciais –, como também aquela perpetrada pela comunidade, em virtude de sua invisibilização e marginalização.

Quando analisada a migração indígena de mulheres nesse território, soma-se à colonialidade de gênero uma série de barreiras, desde a linguagem até um modo de vida diverso daquele tradicionalmente exercido.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO, é preponderante na região a modalidade de migração forçada, seja por questões relacionadas à pobreza e falta de oportunidades, ou mesmo em virtude da violência no campo, execução da Justiça, bem como os efeitos das mudanças climáticas. (ONU, 2018, p. 1)

Observa-se na região um maior contingente de jovens indígenas que saem de seus países por uma modalidade de migração de sobrevivência, sendo a pobreza um dos fatores estruturais do movimento. Para além disso, a despeito de em seus países essas comunidades terem predomínio rural, em regra, ao chegarem ao Estado para onde migram, assentam-se em centros urbanos, inclusive aceitando sub-empregos que os pagarão pouco devido à baixa qualificação técnica. (POPOLO; RIBOTTA, 2011, p. 109)

Pelas características da mobilidade internacional na região, a dimensão dos direitos está duplamente presente quando se refere aos povos indígenas e os problemas que os afetam; a situação de vulnerabilidade



derivada da dupla condição de migrantes e indígenas é exacerbada nos cenários de ausência e desatenção do Estado e de distância das redes familiares e comunitárias. (CEPAL, 2015, p. 69)

A referida desatenção estatal mostra-se presente não apenas na omissão em realizar políticas voltadas a essa população, mas também na intenção de utilização de políticas migratórias genéricas, idênticas àquelas voltadas a não indígenas, buscando-se uma noção desenvolvimentista que foge das necessidades desses grupos.

E, não raro, a mulher será maior afetada nesse processo, posto que é comum que fique sob sua responsabilidade o cuidado com os filhos, necessitando também assumir novos papéis sociais, inclusive para garantir a sua subsistência, geralmente em centros urbanos.

## **Do paradoxo dos Direitos Humanos frente à migração indígena**

A despeito dos movimentos migratórios em massa serem presentes e maciços já com as revoluções de 1848, a percepção da questão enquanto problema político somente passa a chamar atenção da comunidade internacional no contexto pós Primeira Guerra Mundial. É a partir dos cancelamentos em massa de nacionalidades pela Rússia, bem como o crescimento do contingente de indivíduos desempregados e economicamente supérfluos às nações que se passará a problematizar o contexto migratório. (CARDOSO JUNIOR, 2007, p. 88)

É nesse sentido que se insere a figura dos *displaced persons*, como relembra Hannah Arendt (2006, p. 301), indivíduos deslocados de seus países de origem, muitas vezes destituídos de nacionalidade, e que não possuem Estado-nação para obterem a tutela de seus direitos, representando uma massa humana considerada supérflua, vez que não representam incremento à economia e não despertam, portanto, interesse a suas tutelas jurídicas naquele contexto.

É diante desse conflito entre a garantia valorativa de direitos existentes simplesmente pelo fato de serem humanos e a ausência da efetivação desses para aquelas pessoas alijadas da participação na sociedade política que Hannah Arendt (1978, p. 831-832) afirma ser a cidadania o direito a ter direitos.

Ou seja, desnaturalizando os direitos humanos enquanto uma garantia adquirida desde a nascença, a autora, quando enfrenta a temática da apatridia, demonstra como o pertencimento a um Estado e a respectiva cidadania são elementos essenciais para que os sujeitos obtenham a tutela desses ditos direitos humanos.

Saindo-se do mundo dos valores dos direitos humanos e passando-se ao mundo da linguagem, observa-se em Niklas Luhmann (2000, p. 156) crítica semelhante quando analisa o paradoxo dos direitos humanos. Para o autor, mais que a estreita relação entre direitos humanos e contrato social, deve-se ir além e inverter a ordem de sua fundamentação: é o contrato social que cria os indivíduos – sendo questionável quem o fez e por quais razões somente a partir da existência do contrato.

Com o transcorrer histórico, no século XVIII a noção de contrato social perde poder de convencimento, encontrando enquanto tentativa de resposta ao paradoxo dos direitos humanos a sua necessidade de positivação. Inaugura-se essa tentativa

de solução com as cartas declaratórias de direitos humanos, que demandando dar efetividade aos seus textos, passarão a ter seus conteúdos inseridos nas constituições. Mais uma vez, o que se observa é a presença do Estado territorial enquanto gerenciador do paradoxo dos direitos humanos. (LUHMANN, 2000, p. 158)

A vinculação da garantia desses direitos, portanto, está imbrincada ao pertencimento a um Estado, tornando-se problemática em contextos migratórios, não apenas quando há a perda da cidadania, mas também quando os grupos em situação de migração possuem uma auto-identificação destoante das noções contratualistas, tal qual os grupos indígenas.

A questão migratória indígena passa, então, a representar um risco, na acepção de Raffaele di Giorgi (1998), para a própria construção teórica dos direitos humanos, pois demonstra o seu paradoxo quando tenta aplicar direitos inerentes à condição humana em uma situação de não pertencimento e identificação a Estados nacionais.

Percebendo-se que “[...] para a política é arriscada tanto a situação em que se decide, como a situação em que não se decide” (DE GIORGI, 1998, p. 199), é que as medidas adotadas para o gerenciamento do paradoxo exposto na situação migratória indígena na América Latina, longe de resolverem os problemas dessas comunidades, ora são generalistas e impositivas, os tratando como não indígenas, ora são escassas sob o manto de uma pretensa aceitação da autonomia desses grupos.

## **Da possibilidade de implementação de um etnodesenvolvimento transnacional latino-americano**

Quando analisada a questão migratória indígena na América Latina, observam-se políticas públicas voltadas a um imaginário dos povos indígenas histórica e antropológicamente desatualizada acerca dos papéis sociais desses grupos dentro das sociedades e dos Estados. Principalmente quando estes indígenas se inserem nos centros urbanos, a exemplo dos warao venezuelanos no Brasil, o descompasso entre uma visão indigenista romântica de um “índio de verdade” entra em conflito com a realidade desses grupos enquanto sujeitos ativos e autônomos, que necessitam de uma assistência migratória diferenciada. (SANTOS; ORTOLAN; SILVA, 2018, p. 17-18)

É nesse sentido, em contraponto ao ideal desenvolvimentista que vem sendo implementado em muitos contextos migratórios na América Latina – sem distinção de indígenas e não indígenas (com a tentativa de inserção no mercado de trabalho e ensino do idioma por exemplo); ou mesmo de práticas assistencialistas que ignoram a autodeterminação desses povos –, é que se passa à necessidade de implementação de um etnodesenvolvimento transnacional na região.

No plano político, o etnodesenvolvimento dá um recorte étnico aos debates sobre a questão da autodeterminação dos povos e, no processo, questiona, pelo menos parcialmente, as noções excludentes de soberania nacional. No plano econômico, as práticas de etnodesenvolvimento tendem a ocupar

o lugar de “alternativas” econômicas, particularmente onde a ideologia neoliberal é predominante. (LITTLE, 2002, p. 39)

A tratativa da temática do etnodesenvolvimento surge, efetivamente, para que se observe primeiramente que a aplicação de políticas públicas de desenvolvimento no viés convencional a essas comunidades tradicionais está equivocada, uma vez que tende a considerar tais grupos como atrasados e o papel do Estado como condutor destas ao progresso.

É o que se observa quando, diante das condições de vulnerabilidade em que os indígenas migrantes se encontram, são implementadas políticas que desconsideram seu modo de vida, tentando fazer-lhes auferir renda ou se inserirem no mercado de trabalho de modo diverso daquele tradicionalmente praticado – a exemplo da confecção em série de suas indumentárias para venda, ou mesmo aprendizado de profissões que não se relacionam ao seu modo de vida.

Um segundo ponto a ser mencionado quando da análise da aplicação do conceito de etnodesenvolvimento repousa justamente na percepção de que esses povos indígenas são autônomos e possuem direito a uma autodeterminação, cabendo a eles, auxiliados pelas políticas públicas voltadas às suas especificidades, determinar os projetos que os afetam diretamente.

Trata-se, portanto, não de um mero indigenismo participativo, como afirma Bonfil Batalla (1985), em que essas populações são ouvidas na busca estatal de um desenvolvimento, mas sim que possam estar à frente de sua história.

Inserida em tal discussão, portanto, está a previsão da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

– OIT, que em seu artigo 5º, alínea “c”, dispõe que “[...] deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e trabalho”.

Adequa-se tal previsão à condição de vida desses povos quando em situação de migração, pois estarão em novos contextos políticos e sociais, dissociados de suas terras e, muitas vezes, em situação de precariedade de moradia.

Ocorre, porém, que a expectativa de implementação de uma política indigenista voltada ao etnodesenvolvimento de indígenas em situação de migração na América Latina esbarra na própria recorrência de mobilidade desses povos em situação de migração e da fluidez de sua percepção quanto às fronteiras dos Estados-Nação.

A isso se deve o fato de, historicamente, os povos indígenas da América Latina já ocuparem esse território antes da invenção da América, sendo meramente assimilados aos Estados recém-criados, em virtude de habitarem naquele espaço físico. Como decorrência, percebe-se a criação do Estado de modo anterior à nação, como afirma Darcy Ribeiro (1979), com a consequente falta de identificação de muitas comunidades tradicionais com o Estado que deveria garantir seus direitos fundamentais e vice-versa.

O que se observa, portanto, quando da proposição e implementação de uma política indigenista voltada ao etnodesenvolvimento de mulheres em situação de migração é a necessidade dessa ultrapassar as fronteiras nacionais.

Há que se criar uma rede de políticas migratórias indígenas transnacional, reconhecendo-se a historicidade do pertencimento

desses povos ao território latino-americano de modo não necessariamente vinculado às suas nacionalidades, mas sem retirar-lhes a cidadania.

Tal implementação permitiria a troca de informações mais apuradas quanto às especificidades de cada grupo étnico, bem como a continuidade de políticas públicas inclusivas e voltadas ao seu etnodesenvolvimento, de modo a garantir-lhes participação na tomada de decisões e garantia de seus direitos humanos.

## **Considerações finais**

A mulher indígena em situação de migração forçada apresenta uma tripla vulnerabilidade. De um lado, a própria condição de migração de sobrevivência lhe aloca em um contexto social e cultural diferente daquele historicamente vivenciado, diminuindo sua possibilidade de autodeterminação e restringindo seus direitos básicos.

Ato contínuo, por ser indígena, a mudança de território e inserção em um novo contexto sócio-cultural esbarram na fronteira linguística e nas diferenças de fazeres, não raro encontrando dificuldades para sua sobrevivência ou estando relegada à inserção em papéis sociais destoantes daqueles vivenciados tradicionalmente.

Além disso, a sua condição enquanto mulher lhes coloca em posição de maior propensão para serem vítimas de abusos ou outras modalidades de violência, inclusive as institucionais e aquelas exercidas pela comunidade.

É diante disso que, ao se analisar o paradoxo dos direitos humanos, observou-se como esses direitos estão estritamente interligados à noção de pertencimento a um Estado-Nação.

Ocorre, porém, que diante de uma situação migratória de grupos cuja organização social prescinde a existência de um Estado, a questão dos direitos humanos torna-se mais complexa, representando um risco que tende a ser contido por meio de políticas públicas generalistas e pouco eficazes.

Nesse diapasão, discutindo-se a precariedade da aplicação de políticas públicas desenvolvimentistas a grupos indígenas, é que se apontou a possibilidade de uso de um etnodesenvolvimento gerenciado de modo transnacional, permitindo o compartilhamento de saberes sobre e com os diferentes grupos étnicos, bem como a ação de políticas mais eficazes, visando a autodeterminação desses povos.

## Referências

ARENDT, Hannah.. **Origens do Totalitarismo**. 6 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **O sistema totalitário**. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BATALLA, Guillermo Bonfil. Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales. **Anuario Indigenista**, XLV, p. 87-105.

CARDOSO Jr, Nerione N. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. 2 ed. Brasília: Editora do Senado Federal, 2007.

CEPAL. **Síntese Os Povos Indígenas na América Latina**. Nações Unidas: Santiago, 2015.

CONVENÇÃO n° 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre povos indígenas e tribais. 27 jun. 1989.



COSTA, Cláudia de Lima. Feminismo e Tradução Cultural: sobre a Colonialidade do Gênero e a Descolonização do Saber. **Portuguese cultural studies**, ano 4, 2012, p. 41-65.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, ano 10, 1º semestre de 2002, p. 172-188.

DE GIORGI, Raffaella. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas - Florianópolis**, ano 22, n. 320, set./dez. de 2014, p. 935-952.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Themis**, Fortaleza, v.3, n.1, 2000, p. 153-161.

MILESI, Rosita. **Refugiados e Migrações Forçadas: Uma Reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena**. Disponível em: <[https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art\\_irmarosita.pdf](https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_irmarosita.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2018.

ONU. FAO identifica razões de principais fluxos migratórios de América Latina e Caribe. **Nações Unidas Brasil**, 19 dez. 2018. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/fao-identifica-razoes-de-principais-fluxos-migratorios-de-america-latina-e-caribe/>>. Acesso em: 03 out. 2019.

POPOLO, Fabiana del; RIBOTTA, Bruno. Migración de jóvenes indígenas em América Latina. In: POPOLO, Fabiana del *et al.* **Pueblos indígenas y afrodescendientes em América Latina:**

**dinâmicas poblacionais diversas y desafios comunes.** Rio de Janeiro: TRILCE, 2011, p. 101-126.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. **Revista Novos Rumos**, ano 17, n. 37, 2002, p. 4-28.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização.** 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1979.

SANTOS, Isabelle Dias Carneiro; BRASIL, Paula Zambelli Salgado. A proteção das mulheres refugiadas no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANE, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Raquel de Oliveira (org). **Migrantes Forçad@s: conceitos e contextos.** Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 791-819.

SANTOS, Sandro Martins de Almeida; ORTOLAN, Maria Helena; SILVA, Sidney Antônio da. “Índios imigrantes” ou “imigrantes índios”? Os Warao no Brasil e a necessidade

de políticas migratórias indigenistas. 31<sup>a</sup> Reunião Brasileira de Antropologia. Brasília, 2018.

SILVA, João Carlos Jarochinski; ABRAHÃO, Bernardo Abrame. Migração pela Sobrevivência – O caso dos venezuelanos em Roraima. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANE, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Raquel de Oliveira (org). **Migrantes Forçad@s: conceitos e contextos.** Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 636-661.

TRAIANO, Heloísa. Índios warao da Venezuela cruzam fronteira ao Brasil em busca de recursos. **O Globo**, 26 ago. 2018.

# RESPONSABILIDADE CORPORATIVA EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Larissa Teixeira Menezes de Freitas<sup>1</sup>

Marília Marques Rêgo Vilhena<sup>2</sup>

---

---

**A**nalisar como a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann auxilia no estudo do conceito hodierno de responsabilidade corporativa em matéria de direitos humanos, sendo o trabalho decente um condutor dessa evolução é o objetivo do presente texto. Contudo, para que esta finalidade seja alcançada, antes de mais nada, cumpre destacar as consequências sofridas pelo trabalhador ao redor do mundo em função de desrespeito a seus direitos mais intrínsecos, bem como a urgência na mudança do conceito dominante de responsabilidade social corporativa (RSC).

No atual cenário geopolítico e econômico mundial, o trabalho, ainda persiste, como o principal meio pelo qual os seres humanos são inseridos na economia. Os trabalhadores são, ainda, peças-chave da engrenagem econômica mundial. Apesar

---

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/UFPB

2 Professora Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/UFPB

de o trabalho ser fonte de emancipação humana, elemento fundante da sociedade, fonte de dignidade, bem-estar e justiça social, a nova classe trabalhadora hoje é composta como afirma Ricardo Antunes (2018, p. 91) por uma nova morfologia do trabalho<sup>3</sup> formada pela classe-que-vive-do-trabalho, baseada em precarização, subqualificação, temporariedade, terceirização e desemprego.

Utilizando-se de metáfora, as grandes corporações podem ser comparadas ao famoso monstro Frankenstein. O romance de terror gótico intitulado de Frankenstein<sup>4</sup> (ou Prometeu Moderno), publicado em 1818, de autoria da escritora britânica Mary Shelley é uma ficção científica onde um estudante de ciências naturais constrói um monstro em laboratório nomeado de Frankenstein, e este, finda por assassinar os parentes mais próximos do cientista, dentre elas, sua esposa que fora estrangulada pela criatura. A figura mítica do Prometeu Moderno, ou Frankenstein, revela uma história criada em que a criatura subjuga o criador.

Nessa relação entre criador e criatura, pode-se fazer um paralelo entre o romance de terror citado acima e as grandes corporações. Estas, criadas pelo próprio homem, e transformadas em pessoas, ditas jurídicas, que por vezes, findam por retirar direitos do próprio homem, enquanto trabalhador. O sistema, portanto, tende a se auto reproduzir numa negação do humano.

---

3 Nomenclatura adotada por Ricardo Antunes (2018). Exclui-se do referido conceito de *classe-que vive-do-trabalho* os gestores do capital, os pequenos empresários, a pequena burguesia urbana e rural que é proprietária e detentora dos meios de produção e os que vivem de juros e especulação.

4 Para reforçar o discurso jurídico, existem alguns referenciais fora do mundo do Direito que devem ser levados em conta. A literatura e o Direito, por exemplo, guardam relações e compreender o mundo jurídico através do universo literário se faz importante. As metáforas encontradas na literatura diminuem as complexidades existentes, principalmente no mundo jurídico e facilita o entendimento através da ficção do que acontece em realidade.

O colapso do edifício Rana Plaza acontecido em 24 de abril de 2013 em Dhaka, Bangladesh, é um exemplo dessa negação do trabalhador enquanto ser humano detentor de direitos. O prédio abrigava cinco fábricas de roupas e foram mortas 1132 (um mil cento e trinta e duas) pessoas e 2500 (duas mil e quinhentas) feridas. As fábricas precárias de vestuários estavam interligadas a cadeia de produção de grandes marcas como o Grupo Benetton e H&M, que curiosamente em sua maioria possuem programas de *compliance* plenamente “eficazes”. *Compliance* tem origem no verbo inglês: “to comply” que significa cumprir, ou seja, agir de acordo com as regras. É um conjunto organizado e sistematicamente voltado para o cumprimento de normas legais, regulamentares e administrativas a fim de evitar desvios e inconformidades que possam acontecer em determinada instituição ou empresa<sup>5</sup>.

Apenas cinco meses antes do colapso do Rana Plaza, pelo menos 112 trabalhadores também morreram em outro trágico acidente na fábrica em chamas da Tazreen Fashions, nos arredores de Dhaka.<sup>6</sup> Os referidos desastres estão entre os piores acidentes industriais já registrados, e após a ocorrência deles, outros continuam a acontecer até os dias de hoje. Para a Organização Internacional do Trabalho (2018, p.02):

These disasters, among the worst industrial accidents on record, awoke the world to the poor labour conditions faced by workers

---

5 O *compliance* se tornou uma atividade essencial de controle interno em corporações e outras organizações complexas. Mas nem sempre a realidade condiz com a eficácia publicitada do *compliance*.

6 Disponível em: <[https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS\\_614394/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm)>. Acesso em 16 de janeiro de 2020.

in the ready-made garment sector in Bangladesh. For some of the lowest wages of the world, millions of people, most of them girls and women, are exposed every day to an unsafe work environment with a high incidence of work-related accidents and deaths, as well as occupational diseases. Most of the factories do not meet standards required by building and construction legislation. As a result, deaths from fire incidents and building collapses are frequent.

Na ausência de um sistema justo de trabalho e de mecanismos de aplicação e efetivação do *trabalho decente*, este, é uma realidade muito distante para a grande maioria dos trabalhadores da indústria de vestuário e suas famílias, nos países subdesenvolvidos.

O conceito de trabalho decente surge pela primeira vez na 87<sup>a</sup> Conferência Internacional do Trabalho, no relatório apresentado em 1999, onde afirma que o objetivo fundamental da OIT hoje é que cada mulher e cada homem possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. A noção de trabalho decente se apoia em quatro pilares estratégicos: o respeito às normas laborais, especialmente aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; a promoção do emprego de qualidade; extensão da proteção social e o diálogo social.

A referida Organização entende o *trabalho decente* como um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, garantidor, portanto, de uma vida digna, afastando completamente a ideia de mercantilização do trabalho. Os incidentes como os desastres em Bangladesh e a

precarização vivenciada nas indústrias de *fast fashion* (moda rápida)<sup>7</sup> distanciam o gozo dos trabalhadores de um paradigma de trabalho plenamente decente<sup>8</sup>

Após os incidentes as discussões sobre a responsabilidade social corporativa nas cadeias de suprimentos globais têm aumentado. O conceito de responsabilidade social corporativa<sup>9</sup> (CSR) vem sendo transformado ao longo dos anos. O referido conceito evoluiu de decisões voluntárias da própria empresa para esquemas obrigatórios a nível nacional, regional e transnacional. Ao redor do mundo, o referido conceito varia substancialmente. Para os alemães, a responsabilidade social corporativa é sinônimo de empregos seguros; já para os chineses, o foco é na fabricação de produtos seguros e de alta qualidade; na África do Sul é tida como saúde, educação. Não existe um conceito definido e nem tampouco consensual. A responsabilidade social corporativa (CSR) padece de conceituação e eficácia próprias nos diversos países ao redor do globo.

Carroll (1979) construiu um esquema inovador (quando proposto) sobre o tema formado por quatro pilares dispostos em formato de pirâmide: na base, estariam as responsabilidades econômicas da empresa; acima estariam as responsabilidades legais

---

7 Fast fashion (moda rápida) é sinônimo de célere produção e consumo de mercadorias fabricadas, consumidas e descartadas em um curtíssimo espaço de tempo.

8 Apesar de longas jornadas de trabalho, assédio sexual, moral e vilipêndios à decência no trabalho, para Jeffrey Sachs, essas sweatshops (fábricas em que os trabalhadores são explorados) representam a chance dos trabalhadores subirem no primeiro grau da escada que tira as pessoas da miséria (SACHS, 2005).

9 Foram utilizadas as expressões Responsabilidade Social Empresarial, Responsabilidade Social Corporativa e Responsabilidade social da empresa neste texto como sinônimas.

exigidas pela sociedade; no terceiro andar da pirâmide estariam as responsabilidades éticas esperadas, e, no topo, em menor escala, já que trata-se de uma pirâmide, estariam as responsabilidades filantrópicas desejadas pela sociedade.

Para Ernesto Lima Gonçalves (1984, p. 231), a empresa é uma realidade social correspondente a uma série de responsabilidades: “preservação do meio ambiente; a qualidade intrínseca de seus produtos e as consequências de sua utilização; o padrão dos serviços prestados; os efeitos diretos de sua atividade sobre o bem-estar da comunidade.”. Logo, há que se falar sobre a função social (ou até socioambiental) da empresa, ou seja, como ela pode ser gerida para impactar positivamente o mercado e efetivar direitos fundamentais (a exemplo do trabalho decente e do meio ambiente saudável).

Já para Milton Friedman (1970), cujo conceito é o dominante, a exigência de uma participação empresarial nos problemas sociais, não deve prosperar, haja vista o principal objetivo da empresa é o lucro:

(...) there is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.

Para Friedman, portanto, há somente uma responsabilidade social da empresa: usar seus recursos e desenvolver atividades com o propósito de aumentar os próprios lucros, desde que



esteja dentro das regras do jogo, o que é dizer, dentro da livre concorrência e sem fraude à lei. Defendem, portanto, a ideia de que os empresários desempenham uma responsabilidade social ao administrarem lucrativamente suas empresas. A partir desse posicionamento, vem o questionamento: a responsabilidade social corporativa distrai a empresa do seu papel econômico e as corporações passam a ter carta branca para precarizar empregos?

Se os empresários tem por foco a obtenção de lucros desde que não transgridam a lei, como responsabilizar as grandes corporações que se utilizam de mão-de-obra escrava em estratégia de cadeia de suprimentos, à exemplo das *sweatshops* (“fábricas de suor” com condições precárias de trabalho) existentes em países subdesenvolvidos (a exemplo de Rana Plaza), se não existem leis do tipo “hard law”, apenas, “soft law”? Ou seja, como garantir práticas de negócios socialmente responsáveis, especialmente, dotados de *trabalho decente*, se não existe conceito aplicável (e eficaz) de responsabilidade social corporativa e nem muito menos específico quanto às condições de trabalho?

No que se refere a legislações sobre o tema, importante analisar os Princípios da ONU Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, ratificados em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Formado por 31 princípios e dividido em três seções: o dever do Estado de proteger os Direitos Humanos; a responsabilidade corporativa de respeitar os Direitos Humanos; e o acesso a mecanismos de reparação.

Nesse íterim, destaca-se a aparição da responsabilidade corporativa em matéria de direitos humanos, como uma evolução da responsabilidade social corporativa, já explicada alhures. Primeiramente, destaca-se o Pacto Global, nos anos 2000 e em 2011 os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Assim, a responsabilidade social corporativa (RSC)

evolui em sua conceituação para dar guarida a uma nova forma de responsabilidade da empresa em matéria de direitos humanos.

No Brasil, com inspiração nos Princípios acima referenciados, em novembro de 2018, foi publicado o Decreto nº 9.571, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país. As diretrizes elencadas no decreto serão implementadas voluntariamente pelas empresas, todavia, as que implementarem poderão ganhar o selo “Empresa e Direito Humanos” por meio de ato do Ministro de Estado dos Direitos Humanos, agregando valor e reconhecimento para seu negócio.

Infelizmente tanto os Princípios da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos como o Decreto Nacional 9.571/2018, acima elucidados, são apenas diretrizes e não possuem caráter vinculante e nem sancionatório<sup>10</sup> para os Estados e empresas. Outrossim, uma visita do grupo de trabalho da ONU ao Brasil, “constatou que a maioria das empresas brasileiras ainda não havia adotado políticas e orientações específicas sobre Direitos Humanos, além de medidas para reduzir o trabalho infantil, a

---

10 Nesse sentido, sobre a fragilidade das sanções no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, Maria Aurea Cecato (1998, p.366): “Vale enfatizar que a autoridade moral da OIT, enquanto guardiã universal dos interesses do trabalhador é mundialmente reconhecida. Entretanto, o poder de sanção da Organização é nitidamente frágil, condição que limita sua capacidade de assegurar a aplicação do conteúdo da Declaração nos ordenamentos internos dos Estados-Membros, assim como reduz a possibilidade de negociar outros que, efetivamente, promovam a dignidade do trabalhador. Com efeito, a sanção reduzida ao constrangimento de ordem moral não se sobrepõe ao interesse dos grandes aglomerados econômicos que exercem hegemonia sobre os Estados”.

escravidão e o trabalho forçado.” (DENNY, GRANZIERA e RUDIGER, 2017, p. 399).

Diferentemente das tentativas acima elencadas que padecem de obrigatoriedade, a França avançou no sentido de aprovar a Lei de Responsabilidade Corporativa, em 2017. Assim, criou-se um novo modelo de responsabilidade empresarial que se repercute na responsabilidade da sociedade principal e em toda a cadeia de produção global: impõe o dever de vigilância às empresas no contexto de todas as suas atividades.

Esta legislação é fruto de negociações e consultas realizadas por mais de quatro anos combinando esforços conjuntos das organizações da sociedade civil, sindicatos e parlamentares:

Le devoir de diligence prévu par la loi française est triple : élaboration, publication et mise en oeuvre effective d'un « plan de vigilance ». Ce plan doit comprendre « *des mesures de vigilance raisonnables pour identifier correctement les risques et prévenir les violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, risques et préjudices graves pour la santé et la sécurité.* ». La loi énumère cinq mesures qui doivent figurer dans le plan : une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière des filiales, sous-traitants ou fournisseurs, l'adoption de mesures visant à atténuer les risques ou dommages sérieux, un mécanisme d'alerte et un dispositif de suivi du plan. L'obligation de diligence couvre les risques et dommages sérieux découlant « *des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article*

*L.233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.* » (SOUDAIN, 2018, p. 117)

Assim, após a aprovação legislativa, foram incluídos dois novos artigos no *Código Comercial Francês*, especificamente os artigos L225-104 e L225-105, que formataram o modelo legal do dever de vigilância (*due diligence*), a ser executado através de um plano de vigilância que deve conter medidas de vigilância razoáveis para identificar riscos e prevenir graves violações aos direitos humanos e liberdades fundamentais no âmbito da empresa.

A novel legislação francesa prevê a aplicação das medidas de proteção dos direitos humanos para empresas de grande porte que realizem a totalidade ou parte da sua atividade no território francês, as quais devem adotar mecanismos para a prevenção desses direitos em toda a cadeia de produção. Assim, diz-se respeito a todos os direitos humanos e leis ambientais, mas apenas em empresas com mais de 5.000 (cinco mil) funcionários ou mais de 10.000 (dez mil) trabalhadores internacionais. (SOUDAIN, 2018, p. 117) Importante destacar que as vítimas (e demais *stakeholders*) podem elaborar a denúncia diretamente e a corporação, caso seja considerada culpada, deverá sofrer sanções.

A evolução da legislação seja *soft* ou *hard* law no sentido de proteção aos direitos humanos é importante para a eficácia do primado do trabalho decente. Mas como entender tal fenômeno através de um olhar científico? A preocupação do presente estudo perpassa pela necessidade de se analisar a sociedade que perdeu o sentido de humanidade de forma sistemática.

A realidade social sofreu transformações históricas, com o desaparecimento de certas formas de organização social e o aparecimento de outras, com o aparecimento de novos atores sociais e o desaparecimento de outros e com o surgimento de ideias que não faziam sentido nos momentos em que as teorias clássicas<sup>11</sup> foram formuladas (NEVES, 2005, p. 08). E assim, as poucas tentativas teóricas que buscaram, contemporaneamente, abranger a análise de toda a sociedade, como o fizeram as teorias clássicas, limitaram sua eficácia ao definir apenas um ponto da sociedade ou das relações sociais.

Em razão da impossibilidade de entendimento do atual fenômeno que acontece com as relações sociais e com o próprio Direito, pelas teorias clássicas, convém analisar a teoria dos sistemas desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998). O referido pensamento ganha força em razão de ter sido elaborado por um autor que viveu no tempo atual, ou seja, vivenciou momentos do final do século XX e elaborou uma teoria contemporânea.

Niklas Luhmann critica a forma ultrapassada de análise social através do ser humano como centro da análise da sociedade. Para o referido autor, “o indivíduo é um elemento fora do sistema social e atua apenas como um elemento acoplado, provocando apenas ruído ou irritação ao funcionamento do sistema”. E não, como o centro do universo. Portanto, convém estudar tal teoria para análise da evolução de responsabilidade social corporativa para responsabilidade corporativa em matéria de direitos humanos e as imbricações entre o sistema da sociedade e os subsistemas: econômico e jurídico, não colocando o ser humano

---

11 As teorias clássicas de Émile Durkheim, Karl Marx e Max Weber que tentaram estabelecer teorias gerais para a sociedade.

(enquanto trabalhador) como centro das teorias, porque não o são. É importante destacar a preocupação na desumanização do humano, mas sempre atentar para o ser humano como elemento acoplado e não central na referida tese luhmanniana.

Em sua teoria, Luhmann descreve alguns conceitos-chaves<sup>12</sup> primordiais para o entendimento, dentre os mais significativos: sistema, ambiente, acoplamento estrutural, paradoxos e autopoíese. Na ideia luhmanniana, os sistemas sociais (o mais expansivo e mais abrangente de todos eles é a Sociedade), e esses, constituídos de subsistemas: Direito; Política; Economia; Ciência; Religião; Arte, por exemplo. Um sistema social (todo) é uma separação entre sistema e ambiente (partes), ou seja, a cada observação parcial da sociedade podemos fazer essa divisão.

Assim, os sistemas são dotados de complexidades e Luhmann busca explicá-las e não as repelir. Já o mecanismo de acoplamento estrutural<sup>13</sup> acontece quando os sistemas utilizam elementos de outros sistemas para evoluir e transformarem-se internamente. É o que se nota quando se analisam as alterações no sistema Sociedade após o colapso de Rana Plaza, por exemplo, onde muitas consequências nefastas foram sentidas. O subsistema econômico finda por interferir no subsistema do Direito bem como no sistema da Sociedade. Em razão de tantas alterações

---

12 “O desenho da teoria dos sistemas sociais foi apresentado de forma mais completa basicamente em duas obras de Luhmann, *Soziale Systeme (Sistemas Sociais)*, de 1984 e *Die Gesellschaft der Gesellschaft (A sociedade da sociedade)*, de 1998” (NEVES, 2005, p. 13)

13 Nesse sentido, a sociedade vai aparecer como resultado das relações entre sistemas não exatamente imbricados, mas acoplados desde as suas próprias estruturas. Pode-se dizer que as diversas formulações desta teoria buscaram dar conta de um problema comum tanto à sociologia quanto à economia, o de subsumir o econômico no social (NEVES, 2005, p.162)

sentidas, a França, por exemplo, elaborou uma legislação vanguardista no sentido de penalizar grandes corporações que não realizarem medidas de proteção dos direitos humanos e não adotarem mecanismos de prevenção em toda a cadeia de produção global.

Portanto, para Luhmann, os sistemas possuem paradoxos e se autorregulam através de acoplamentos estruturais realizados por meio da comunicação. Todo sistema é menor do que o ambiente, ou seja, o sistema está contido em um ambiente. Desse modo, um sistema passa por evolução e transformação em esforço contínuo para se harmonizar com o ambiente. Na busca pelo equilíbrio entre sistema e ambiente, nasce a ideia de *autopoiese*:

Os sistemas sociais, mediante a autopoiese, geram e reproduzem internamente seus próprios elementos de funcionamento sem a interferência ou influência de elementos externos. Os sistemas sociais são, portanto, sistemas auto referenciais, ou seja, todos os processos comunicativos internos dizem respeito a elementos internos e são definidos a partir de orientação interna. (NEVES, 2005, p.21)

O Direito é um subsistema cultural, linguístico e que cria condições próprias para se manter - buscando a harmonia- e se reproduzir (*autopoiese*). Para tanto, necessita gerenciar seus próprios paradoxos. Mas o que são paradoxos? A palavra advém do latim: *paradoxon* e segundo o Dicionário Houaiss, significa: pensamento, proposição ou argumento que contraria os princípios

básicos e gerais que costumam orientar o pensamento humano; contradição.

O paradoxo então se apresenta: “*Business as usual is not an option*”, como afirma Labowitz (2014), ou seja, os negócios como de costume não são mais uma opção. As grandes corporações não podem agir de forma indiscriminada a vilipendiar a saúde e a vida de trabalhadores ao redor do mundo (mesmo que não sejam diretamente empregados da empresa). Para Luhmann (2000, p.153), em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo: “a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista”. Assim, de acordo com a teoria dos sistemas luhmanniana, a razão de ser dos paradoxos é o liame condutor da mudança de paradigmas para garantir a estabilidade daquele sistema. É justamente o que se observa atualmente.

O paradoxo que se observa é a auto reprodução do sistema sociedade numa negação do ser humano e um distanciamento entre o conceito de trabalho decente e a sua efetivação. Seja em razão de um não consenso sobre a responsabilidade social corporativa e a falta de legislação (*hard law*) internacional que possua poder vinculante em matéria de direitos humanos, especialmente, laborais. Todavia, os sistemas estão em crescentes transformações (via acoplamentos estruturais) ou *autopoiesis* (como afirma Luhmann), e, portanto, surgem algumas alternativas e mudanças de paradigmas isolados, como é o caso da vanguardista legislação francesa que alterou o Código Comercial sobre o *due diligence*.

Segundo Luhmann, transformações do entorno são sempre observadas desde o ponto de vista do sistema e serão incorporadas desde o sentido que o sistema lhes atribui. Isso quer dizer



que fatores externos são sempre elementos de irritação, mas podem servir como elemento de mudança se assim o sistema o incorporar. Esse é o caso da mudança econômica, por exemplo, que é processada pelo sistema, mas sempre em função das alterações a que a sociedade como um todo passa em seu intercurso evolutivo (NEVES, 2012, P.163)

A ciência, portanto, reside no observador e está presa no paradoxo da observação. Assim como Frankenstein estava refém do dilema de não domar o monstro por ele mesmo criado, assim também o é o ser humano: preso as consequências criadas por seus semelhantes e dependente de evoluções dos diversos sistemas a ele interligado. Por isso, é tão necessário o olhar luhmanniano sobre os Direitos Humanos, não no sentido de negá-los, mas sim, de entendê-los substancialmente, em especial através de sua evolução.

## Referências

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**, São Paulo: Boitempo, 2018.

CARROLL, A. **Three Dimensional conceptual model f corporate performance**. Academy of Management Review, v. 4, p. 497-505, 1979.

CECATO, Maria Áurea Baroni. **Direitos humanos do trabalhador: para além do paradigma da Declaração de 1998 da OIT**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves;

DENNY, D. M. T.; GRANZIERA, M. L. M.; RUDIGER, D. S. **Direitos Humanos e acesso a mercados** Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 377-409, set./dez. 2017

FRIEDMAN, Milton. **The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits**. The New York Times Magazine. September 13, 1970

GONÇALVES, Ernesto Lima. **Responsabilidade social da empresa**. Rev. Adm. Empr. Rio de Janeiro, 24, (4) p. 226-240.

ILO Global **Employment Injury Insurance Programme**. Bangladesh: Employment Injury Insurance. 2018

LABOWITZ, S., and D. Baumann-Pauly. **Business as usual is not an option**. Technical report, New York University Center for Business and Human Rights. 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción de Ignacio Izuzquiza. Traducción de Santiago López PeHt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós / I.C.E.-U.A.B., 1990.

\_\_\_\_\_. **“The Autopoiesis of Social Systems”**. In: F. Geyer and J. van der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986, 172ff.)

\_\_\_\_\_. **“O enfoque sociológico da teoria e prática do direito”**. Tradução do alemão para o português por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis, *BuscaLegis – Revista*, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Junho, 1994.

NEVES, Fabrício Monteiro. AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de. **“O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann”** (*The Coupling Between the Economy and Society: The Theory os Systems in the contributions os Talcott Parsons and Niklas Lubmann*). Santa Maria/RS, Século XXI – Revista de Ciências Sociais (*Journal os Social Sciences Revne des Sciences Sociales*), Vol. 2, nº1, pp.138-167, jan./jun. 2012.

NEVES, C. E. B. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de São Paulo.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **“A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica”**. São Paulo, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, pp. 953-965, 2007.

SACHS, Jeffrey. **O Fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos**. São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SILVA, L. N. . **O observador e a teoria do conhecimento - a invenção do saber científico**. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. (Org.). *Filosofia do Direito - Estudos do Centro de Studi Sul Rischio dell'Università del Salento*, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, v. 1, p. 71-80.

SOUDAIN, Tenesse **La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme**. Droit. Université de Strasbourg, 2018. Français.

WIELAND, Andreas & Robert B. Handfield. **The Socially Responsible Supply Chain: An Imperative for Global Corporations**. Supply Chain Management Review, Vol. 17, No. 5. 2013

# O JUIZ DAS GARANTIAS E A GESTÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE UM FORTE PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL

Layz Barbosa Santos de Freitas<sup>1</sup>

Enoque Feitosa Sobreira Filho<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

Nos últimos anos o Brasil tem vivido um protagonismo judicial cada vez mais forte devido às ações dos órgãos do Poder Judiciário que, através de seus magistrados, por vezes, proferem decisões que extrapolam os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, o presente artigo, por meio da revisão de literatura de documentos bibliográficos, irá apresentar um estudo acerca da figura do Juiz das Garantias, criada pela Lei nº 13.964/19, objetivando analisar se a instituição de um magistrado para fiscalizar

---

1 Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

2 Doutor em Direito e em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco. Docente dos Mestrados e Doutorados em Direito e em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba. Coordenador do DINTER-Direito UFPB – UFPI e Coordenador do Projeto CAPES/AULP – UFPB – UEM – Moçambique.

a obtenção das provas e a garantia dos direitos individuais no curso do processo penal será instrumento eficaz à garantia da lisura do mesmo, resguardando as decisões de ativismos e reservando toda a imparcialidade do juiz que irá julgar a ação.

Para tanto, serão analisados os sistemas processuais penais e de gestão das provas, os aspectos da Lei nº 13.964/19 que tratam do Juiz das Garantias e alguns aspectos sobre o ativismo judicial e como ele pode se concretizar no âmbito do processo penal.

## **O “pacote anticrime” e a criação da figura do Juiz das Garantias**

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida popularmente como “Lei Anticrime”, surgiu em um momento no qual a população brasileira clamava por medidas que reduzissem a corrupção instalada no país.

A referida lei trouxe algumas mudanças para o Código de Processo Penal, sendo uma delas a criação da figura do Juiz das Garantias.

De acordo com a Lei nº 13.964/19, o Juiz das Garantias será um magistrado responsável por realizar o controle de legalidade da investigação criminal e por garantir o respeito aos direitos individuais das partes do processo. Além disso, a lei vedou a iniciativa do juiz na fase investigatória e que o mesmo substitua a atuação probatória do órgão de acusação.

Há agora uma distinção entre o magistrado que atuará na fase de investigação e na fase de instrução e julgamento do processo.

A medida se justifica no fundamento de que dessa forma a imparcialidade do juiz que irá instruir e julgar o processo estará

preservada, visto que não terá contato com o processo de obtenção de provas, inclusive, que não irá se contaminar com prova ilícita que, porventura, venha a ser produzida no curso da investigação.

Antes do advento da lei em comento, era de competência de um único magistrado o gerenciamento das provas, a instrução e julgamento do processo. O juiz poderia apreciar as provas contidas nos autos e deferir a produção ou não de novas provas de acordo com o seu livre convencimento se a prova seria útil ou meramente protelatória.

Ao juiz das garantias foi incumbida a verdadeira missão de gerenciar as provas do processo penal, diga-se, em um momento pré-instrução e julgamento.

Dentre as funções exercidas pelo juiz das garantias estão as de decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar (art. 3º - B, V); decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (art. 3º - B, VII); decidir sobre a prorrogação do prazo para conclusão de inquéritos de réus presos (art. 3º - B, VIII), assim como sobre o seu trancamento nas hipóteses em que não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (art. 3º - B, IX); decidir sobre a produção de provas obtidas por meio de interceptação telefônica ou outro meio de comunicação (art. 3º - B, XI, *a*), por meio de quebra de sigilo bancário ou fiscal (art. 3 - B, XI, *b*), busca e apreensão domiciliar (art. 3 - B, XI, *c*), acesso a informações sigilosas ou outros meios que restrinjam direitos fundamentais do investigado (art. 3 - B, XI, *d e e*), assim como decidir acerca do recebimento ou não da denúncia (art. 3 - B, XIV), dentre outros poderes conferidos ao juiz das garantias.

Nota-se que o juiz das garantias é um dos grandes responsáveis pela formação do conjunto probatório do processo, visto que está em suas mãos o poder de decidir quais provas serão produzidas e admitidas.

Conforme o parágrafo 1º do artigo 3º - C, o juiz das garantias atuará em uma fase pré-processual, visto que suas atribuições cessam com o recebimento da denúncia ou queixa, ficando as questões pendentes sob responsabilidade do juiz da instrução e julgamento. Ainda, cumpre salientar que, conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo, as decisões proferidas pelo juiz das garantias não são vinculantes, e o juiz de instrução e julgamento, após o recebimento da denúncia ou da queixa deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares que estiverem em curso.

Ao criar a figura do juiz de garantias, o que se fez foi reservar a um magistrado a competência para a gestão das provas, e a outro a competência para o julgamento.

Portanto, o que aparenta é que a proposta do legislador se preocupou mais com a instituição de uma figura que assegurasse que o sistema acusatório fosse adotado explicitamente, pois com o afastamento, ainda que não completamente, do juiz da instrução da fase de obtenção de provas, se teria uma clara separação das funções de investigar, acusar e julgar.

Contudo, o juiz das garantias é um magistrado, humano e passível de falhas, assim como as suas decisões podem ser revistas no curso do processo pelo juiz da instrução, outro ser dotado de acepções pessoais.

Diante disso podemos nos indagar se o juiz das garantias é capaz de garantir a lisura do processo penal diante do protagonismo judicial vivido nos últimos tempos no Brasil e, para tanto, é necessário analisarmos como o nosso sistema penal e de gestão de provas está posto no direito processual.



## **Os sistemas processuais e a posição do juiz no processo penal**

O conhecimento sobre como o processo penal se estrutura mostra-se relevante pois trataremos do tema da gestão das provas pelo magistrado, que presuppõe um certo saber sobre como aquele deve se posicionar no curso do processo.

O processo penal pode ser estruturado em um sistema inquisitivo ou acusatório, a depender de quais princípios o rege. Parte da doutrina ainda considera que há um sistema misto, o qual possui características de ambos os sistemas citados anteriormente.

O sistema inquisitivo nos remonta ao período da Inquisição, como o próprio nome sugere, no qual a Igreja caçava os hereges, julgando-os e condenando-os sem chance de defesa. Nesse período, havia uma verdadeira objetificação dos corpos e o processo de julgamento era constituído desde o início de acordo com as convicções pessoais do inquisidor, que extraía do réu a verdade já preconizada por ele (Khaled Jr., 2010).

Esse sistema é eivado de um caráter persecutório e é marcado pela ausência de contraditório e ampla defesa, concentrando na figura do juiz as funções de investigar, acusar e julgar o réu. Havia uma verdadeira mitigação dos direitos e garantias individuais, pois o réu era tido como um objeto de perseguição e não como um sujeito de direitos.

O sistema acusatório tem origem na Grécia e na Roma antiga, e está pautado na separação das fases de investigação, acusação, defesa e julgamento, sendo regido pelo crivo do contraditório e da ampla defesa (Lima, 2018). Nesse sistema, defende-se a imparcialidade do juiz, conferindo a outros sujeitos a competência para investigar, acusar e defender o réu.

O Código de Processo Penal brasileiro não adotou puramente o sistema inquisitivo ou o acusatório, havendo uma espécie de mescla entre as características que envolviam os dois sistemas, pois possuía um caráter inquisitorial na fase do inquérito policial e era predominantemente acusatório na fase processual, além disso, o juiz tinha poderes para interferir na investigação e na gestão das provas. Portanto, o Código de Processo Penal adotou um sistema considerado por parte significativa da doutrina como misto<sup>3</sup>.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com diversas garantias e direitos fundamentais e, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal, conforme o artigo 129, inciso I<sup>4</sup>, demonstrou implicitamente a opção por um sistema acusatório.

Apesar de ter um caráter predominantemente acusatório, até o advento da Lei nº 13.964/19, não havia um posicionamento expresso quanto ao sistema adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro que, como dito anteriormente, pautava-se em um sistema misto, considerando que os seus dispositivos traziam traços de ambos os sistemas. Contudo, a partir da referida lei, o Código de Processo Penal passou a adotar expressamente o sistema acusatório.

No que concerne ao sistema de apreciação das provas no processo penal, a doutrina os divide em sistema da prova legal ou tarifada, da convicção íntima do juiz e do livre convencimento.

---

3 Quando falamos em um sistema misto não se trata de um novo tipo de sistema processual penal, significa apenas que não se segue um único sistema de forma pura e ortodoxa, havendo influências de um sistema sobre o outro.

4 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

No sistema da prova legal ou tarifada, as provas tem uma valoração previamente determinadas pelo legislador, sendo defeso ao juiz valorar as provas conforme seus critérios pessoais e subjetivos.

Nas palavras de Santos (1985, p.382) “no sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas”. Nesse sentido, juiz estava adstrito a dizer a verdade conforme o que estava descrito na lei.

De acordo com esse sistema, o juiz deveria decidir estritamente com base no que foi alegado e provado pelas partes, ainda que seu convencimento pessoal indicasse que a prova não retratava a verdade. Concluiu-se, portanto, que o magistrado era um mero aplicador da lei.

No sistema da convicção íntima, o juiz decidirá livremente sem a necessidade de fundamentação. Por esse sistema não há uma valoração das provas, estando o magistrado livre para admitir e apreciar as provas baseado unicamente em sua íntima convicção.

Na acepção de Marques (1961, p. 298) “a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz”. Assim, o magistrado seria livre e soberano para formar sua convicção e proferir sua decisão.

Aqui vemos uma grande probabilidade de ofensa e violação dos direitos individuais, garantias fundamentais e processuais, visto que fica ao livre arbítrio do juiz a apreciação das provas que podem ou não estar nos autos, pois, as concepções pessoais do mesmo também podem ser consideradas como válidas no momento da decisão.

Pelo sistema do livre convencimento, tem-se que o juiz é livre para apreciar a prova desde que sua decisão seja fundamentada com base nos elementos contidos no processo. Ainda, não pode o juiz firmar seu convencimento em provas que foram obtidas em detrimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Dias (1981), a livre apreciação da prova seria uma liberdade condicionada a um dever, que seria o de perseguir a verdade material com critérios objetivos, devendo ser eivada de motivação e passível de controle.

No Brasil, o sistema de apreciação de provas adotado foi o do livre convencimento, conforme artigo 155 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, mas o que muitas vezes se percebe é que há uma burla a esse sistema por parte dos magistrados quando eles buscam a fundamentação de acordo com seu julgamento pré-concebido, fato que será analisado na sequência.

## **A gestão da prova e o protagonismo judicial**

Em tempos nos quais o protagonismo judicial está ascendendo cada vez mais e o princípio da separação dos poderes<sup>6</sup> vem sendo constantemente vilipendiado é necessário refletir como o sistema processual penal, que trata de um dos bens jurídicos mais

---

5 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

6 O princípio da separação dos poderes está elencado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o qual postula que são poderes da União o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada um com suas funções típicas, havendo independência e convivência harmônica entre eles.

valiosos do ser humano, qual seja, a liberdade, pode ser atingido por um governo de juízes cada vez mais fortalecido.

Apesar de o sistema de freios e contrapesos estabelecer controles recíprocos entre as três esferas de poder, o que se percebe é que o judiciário vem interferindo cada dia mais nas atribuições do legislativo, por vezes assumindo um verdadeiro papel legiferante.

De certo, as omissões praticadas pelo legislativo, assim como a produção de textos ambiguos ou obscuros, dão azo à conduta do judiciário de decidir sobre questões que envolvam questões relevantes de cunho político social ou moral de forma discricionária, mas nem sempre a atuação desse poder visa a proteção de direitos fundamentais ou o interesse da coletividade. Muitas decisões envolvem um aspecto subjetivo, calcado nos interesses e acepções pessoais dos magistrados.

Muito tem se falado em ativismo judicial, expressão utilizada para caracterizar as condutas do judiciário que vão além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Na acepção de Ramos (2010), o ativismo judicial pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pela ordem jurídica que incumbe ao Poder Judiciário a resolução de conflitos de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Na acepção de Barroso (2012, p.25-26) o “ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Lenio Streck (2013) afirma que o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade, o que o autor chama de decisões solipsistas.

Ainda, de acordo com Streck (2013), um juiz ou um tribunal pratica o ativismo quando decide baseado em argumentos políticos, morais ou quando o direito posto no ordenamento jurídico é substituído pelas convicções pessoais do magistrado ou do conjunto de magistrados.

Muito embora a expressão ativismo judicial esteja quase sempre relacionada a uma interpretação do poder judiciário na qual se amplia o sentido e alcance das normas contidas na Constituição, acreditamos que o ativismo judicial transcende as barreiras do controle de constitucionalidade.

O ativismo está presente em todas as instâncias, não apenas do STF, ela ocorre rotineiramente entre os magistrados que, por vezes, criam suas próprias jurisprudências.

Conforme preleciona Adeodato (2009. p.164-165):

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbção da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta.

Ainda, nos ensinamentos de Adeodato (2009), tem-se que o juiz deixa de ser considerado como uma figura neutra e imparcial, tendo em vista que na atual sociedade complexa, se espera que o juiz concretize sucessivas gerações de direitos, que não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, exigindo intervenção para serem realizados, fazendo com que o judiciário assuma também um papel político.

O poder judiciário parece estar envaidecido pela busca da justiça, e o que vemos cotidianamente é um decisionismo travestido de decisão politicamente correta, impondo suas preferências e valores acima das deliberações do legislador no exercício de sua função típica de legislar.

Nessa fase de um crescente protagonismo judicial, aposta-se na “boa escolha” discricionária do magistrado. Contudo, é preciso ter cautela e, é necessário refletir sobre como o magistrado chega à conclusão do que seria essa “boa escolha”.

De acordo com o arcabouço jurídico sobre o tema, compete à discricionariedade do juiz o deferimento ou não das diligências e produção de provas, se são imprescindíveis ou meramente protelatórias, havendo um juízo de valor por parte do magistrado do que será útil ou não para o deslinde do processo.

Streck (2010) afirma que a interpretação do direito é assolada pelos subjetivismos advindo das práticas solipsistas e a única forma de corrigir isso seria a partir de uma ordem que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso.

A valoração da prova se dá no âmbito da interpretação e o livre convencimento nada mais é do que o dever que o magistrado tem de, após a formação do seu convencimento, fundamentar sua decisão.

O problema são as obscuridades, ambiguidades e omissões da legislação pátria, que não se sabe se são propositais e por atecnia dos que as produzem, mas isso é um problema que dá azo a interpretações conflitantes para as mais diversas situações, deixando o jurisdicionado a mercê do que pensa o magistrado.

Para além disso, ainda há as decisões ativistas eivadas de um grande senso de moral e justiça que acaba mascarando os auspícios dos que as proferem.

Com a criação do juiz das garantias ainda haverá uma valoração por parte do magistrado quanto à apreciação das provas, o que muda é que agora ela será feita por um magistrado diferente do que irá julgar a ação.

A justificativa de que o magistrado que irá julgar pode ter sua imparcialidade afetada caso tenha contato com a fase de obtenção de provas é plausível, entretanto, o que se parece é que há a ocorrência de um velho ditado no qual se diz que “só está tampando o sol com a peneira”.

Certamente, as decisões judiciais não devem ser baseadas em subjetivismos, mas em uma fundamentação que passou pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Mas quem garante que não pode ocorrer um direcionamento das provas ocasionado pelo juiz das garantias?

Conforme foi explicitado na seção em que tratamos acerca da Lei Aticrime, traz-se aqui o exemplo da função do juiz das garantias de decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, disposta no art. 3º - B, VII da lei em comento.

Observa-se que, ainda que passe pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, é o magistrado que tem o controle sobre a valoração do que é ou não urgente.



O critério de urgência para uma parte pode ser diferente para a outra, assim como o critério de imprescindibilidade, razoabilidade, dentre outros pontos que afetam a decisão judicial e os jurisdicionados.

No tocante às funções de decidir sobre o requerimento ao acesso a informações sigilosas, por meio de interceptações telefônicas, ou outros meios que restrinjam direitos fundamentais do investigado, tem-se novamente a figura do subjetivismo do magistrado em decidir que prova é tão imprescindível ao processo ao ponto de violar direitos fundamentais.

Essa conduta não é incomum no judiciário brasileiro, que passa por cima de muitos dispositivos legais e depois busca fundamentações rasas para justificar as suas ações em desacordo com a lei.

Cumprе salientar que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não são vinculantes, portanto, a título de exemplo, se o juiz das garantias indefere um pedido de escuta telefônica e o juiz julgador, por não estar vinculado as decisões do juiz das garantias, poderia deferir a produção de provas por meio da escuta telefônica e ter assim contato com a prova?

São muitas as questões a serem levantadas, mas no tocante à gestão da prova, constata-se que o processo penal ou qualquer outro não está livre da atuação de um judiciário cada vez mais ativista.

O juiz das garantias pode ser um instrumento a mais na tentativa de garantir a lisura do processo penal, mas a sua atuação não pode ser totalmente desvincilhada de suas aspirações e do seu senso de moral e justiça, visto que isso é algo inerente à condição humana.

## Considerações finais

A Lei anticrime trouxe consigo uma esperança de mudança no cenário da política brasileira, com a tentativa de minimizar os atos de corrupção e ilegalidade cometidos pelas três esferas de poder.

A criação da figura do juiz das garantias é uma tentativa de afirmar o direito processual penal brasileiro nos ditames de um sistema acusatório, mas ainda falta muito para que o Código de Processo Penal e o próprio Poder Judiciário abandone alguns vestígios inquisitoriais.

O ativismo judicial está em todas as decisões baseadas na moral, na preferência política e acepções pessoais dos magistrados, ela não é praticada apenas no âmbito do STF, está no nosso dia-a-dia, nas decisões de todas as instâncias do poder judiciário e é algo preocupante, pois da mesma forma que podem garantir direitos podem violá-los.

Portanto, diante de todo o contexto demonstrado nesse trabalho, conclui-se que a figura do juiz das garantias pode até conferir um controle maior da legalidade do processo penal, entretanto, é preciso ressaltar que, enquanto as decisões estiverem em mãos humanas, a subjetividade sempre poderá atingir o curso processual.

## Referências

ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação de poderes?**. In: \_\_\_\_\_. A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em janeiro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei Anticrime**. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acessado em janeiro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, vol. 5, nº 1, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 1981.

KHALED JR., Salah Hassan **O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Porto Alegre: Civitas - Revista de Ciências Sociais, vol. 10, nº. 2, p. 293-308 maio-agosto, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal**. 4ª Ed. Bahia: Juspodivm, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1961.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, vol. II, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?**. Revista NEJ - Eletrônica., vol. 15, nº 1, p. 158-173, jan-abr 2010.

\_\_\_\_\_. **O que é isso, o ativismo judicial em números?**. Coluna Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em janeiro de 2020.

# **POR UMA ECOLOGIA DO DIREITO AUTORAL: AS TECNOLOGIAS JURÍDICAS DE AUTOCONSERVAÇÃO DA CRIATIVIDADE HUMANA E OS LAMPEJOS REVOLUCIONÁRIOS DA DIGITALIZAÇÃO DAS IDEIAS**

Matheus Victor Sousa Soares<sup>1</sup>

Robson Antão de Medeiros<sup>2</sup>

---

---

## **Introdução**

O estertor de criar, como se refere João Cabral de Melo Neto ao ato de produzir, é necessário ao progresso humano. Por mais lacônica que soe a afirmação – e desconcertantemente poética – é um fato que os sujeitos que se dedicam a criar e ao inovar, seja nas artes em geral, seja na ciência – presumindo, claro, uma preferência do leitor desse artigo por diferenciá-las de todo –, vislumbrando transmissão de conhecimentos ou aprimoramento industrial, contribuem de maneira significativa para garantir a existência do homem diante das alterações com a natureza e geram profícuas sensações de eternização da personalidade – expressão da individualidade, aquilo que molda o sujeito de

---

1 Mestrando do Programa de Graduação em Ciências Jurídicas vinculado à Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

2 Professor Doutor dos Cursos de Graduação em Direito, da Pós-graduação em Direito e do Mestrado Profissional em Gerontologia/UFPB.

direitos em lugar do objeto de direitos – , como bem a literatura pode ilustrar.

O fato é que a criatividade suplementa incapacidades, inaptidões físicas – em comparação com a ferocidade animal – de sobrevivência do homem e assim foi desde o início dos tempos. Da invenção da lança de ponta polida ao engenho da matemática, passando pela transmissão de conhecimentos através do canto e da dança, e desaguando na persistente tentativa de emulação da aptidão divina de desenvolver ou transferir consciências, o homem não se contentou em conviver com a natureza, insistiu em modificá-la, primeiro para sua própria adaptação, depois para seu conforto e, por fim, para desafiá-la, assumindo progressivamente controle para satisfação de suas artificialidades, sejam elas econômicas, políticas ou jurídicas.

A criatividade, assim, integra a complexidade do Mundo, percebida pelo sociólogo Niklas Luhmann, de maneira que tanto ela é estabilizadora dos múltiplos cenários de diferenciação – e, portanto, responsável pela formação dos sistemas sociais redutores de complexidade – quanto gera a necessidade de ela mesma ser “contida” no sentido de ser “assimilável” pela própria consciência humana.

É deduzível que a tarefa de reduzir a complexidade da própria criatividade – mais especificamente, de seus produtos no Mundo – transita por várias zonas de geração do conhecimento, confundindo-se, pois, com o próprio conhecimento em si. As estruturas dos sistemas sociais, pois, decorrem, em certa medida, de um esforço criativo, assim como a criatividade demanda também, ao mesmo tempo que se expressa com total liberdade, ser represada por algum sistema social, possibilitando sua cognição. Do mesmo modo, também se percebe claramente que lidar com tal problema com fins resolutivos somente conduz a uma batalha

semelhante à do mitológico Hércules contra a Hidra, mas sem qualquer possibilidade de desfecho vencedor.

O que se pretende neste artigo, com ares ensaísticos, diga-se, é, pois, ofertar uma visualização panorâmica de como o Direito lidou com criatividade instintiva do Humano. Parte-se metodologicamente do modo como realiza Raffale De Giorgi no artigo “*Por Uma Ecologia dos Direitos Humanos*” uma expedição para descoberta dos Direitos Humanos sem ignorar os paradoxos de sua semântica. Ambiciona-se ofertar um vislumbre *do que está por trás* do subsistema autoral, investigando os mecanismos escolhidos para se operar o límpido produto e o bruto substrato do agir criativo – atividade criativa propriamente dita –, tanto no passado, quanto no presente, entrevendo os lampejos de um futuro pré-moldado pela expansão tecnológica e suas consequentes exigências funcionais.

## **Das exigências do sistema autoral às suas estruturas operativas de catalogação de Direitos**

De antemão, é prudente salientar que nesse sistema social – o Direito –, o fenômeno criativo é reduzido de maneira a atrelar-se aos efeitos da propriedade, surgindo assim um *direito da propriedade intelectual*, e às consequências da dignidade da pessoa humana, atributo oriundo dos Direitos Humanos, de matriz natural e individualista – mas de curioso prospecto coletivo –, gerando um *direito cultural*. Ambas parcelas são reunidas na expressão *direitos intelectuais*. Essa situação exige estruturas operativas complexas que possam tanto lidar com interesses utilitários e econômicos quanto interesses estéticos e coletivos sem que, contudo, um se sobreponha ao outro – considerando ser

irrefreável a interrelação<sup>3</sup>; essencialmente, a gestão da criatividade demanda um processo de equilíbrio e reequilíbrio em razão, principalmente, da latente função social (CARBONI, 2008). Sobre o tema, completa Bittar (2013, p. 20-21) que:

A criação humana nunca é fruto exclusivo do indivíduo, tomado isoladamente. O pensando liberal assim interpretou [...] o sentido da propriedade individual que se passa a ter por um dom do espírito burilado em sociedade. Contudo, esta é apenas uma faceta da criação. A obra é, sim, fruto do espírito singular do autor que opera com qualidade pessoais o acervo de elementos que se encontram à disposição de todos por força das tradições e formas de transmissão da cultura, do conhecimento e dos legados socialmente compartilhados. Este processo, porém, se opera de maneira mais complexa que o mero florescimento do gênio criativo individual, pois a obra é uma criação-absorção de valores culturais [...] o ato de criação não parte do incriado, mas sedia

---

3 Com isso se quer dizer que os interesses provenientes do agir criativo podem ser utilitários e coletivos – é o caso das patentes –, estéticos e individuais – como no caso da afirmação do direito moral de ligação do nome do autor à obra ou do próprio direito de retirar a obra de circulação por lesão à personalidade do autor –, bem como estéticos e econômicos – como ocorre com composição de uma música ou roteirização de um filme, além de estéticos e utilitários – caso curioso das logomarcas. É exatamente essa fluidez que gera a necessidade de confeccionar uma arquitetura de salvaguarda da criatividade marcada por hibridismos heterárquicos, como se vê no estudo da natureza jurídica do Direito Autoral.



processos de transformações demiurgicamente significativas [...] relevante, portanto, o binômio interesse público e interesse privado na obra estética, de um lado, a mitigar o excesso de limitações decorrentes do direito sobre a propriedade intelectual [...] e a mitigar, por outro lado, o excesso de coletivismo amorfo, que decorreria da leitura socializante, que impediria a formação da autonomia necessária à expressão do espírito humano

Descortinando a propriedade intelectual, tem-se que esta biparte-se, conforme o aproveitamento de seus produtos, se utilitário ou estético, em direitos sob propriedade industrial – inseridos aí marcas e patentes – e os direitos autorais – onde estão chamadas obras do espírito humano como as literárias, artísticas e científicas e suas manifestações correlatas, como os direitos dos intérpretes, reunidos como direitos conexos.

No que pese os êxitos do emprego da criatividade no campo utilitário – gerando inventos com aplicabilidade industrial– este artigo sublinha outro produto da criatividade, caro nessa Era da informação construtiva, qual seja, as criações do espírito humano dotadas de elementos predominantemente – mas não exclusivamente – estéticos e informacionais reunidos sob a alcunha Direito Autoral.

O Direito Autoral, no auge de sua estruturação, recorreu a edificação de dois grandes blocos ditos de proteção da criação intelectual: o *Copyright* –norte americano e inglês, cada qual com suas particularidades, mas unidos pela fundamentação e objetivos – e o bloco unionista ou *droid d'auteur*. Com a Internet, a

conexão em Rede propriamente dita, há o surgimento de valores e, por consequência, a exigência de inéditas posturas éticas diante dos velhos e novos problemas reclamando, assim, um aguçado olhar partindo de um observador readaptado (ROVER, 2011).

Nesse cenário, a reflexão adensou-se: se mesmo antes do fenômeno da digitalização já era discutida a ideia de unificação dos sistemas de proteção, bem como a alteração de seu fundamento, de econômico à social, coletivo, com o advento de massivas formas de compartilhamento instantâneo e a baixo custo, amplo e quase irrestrito, limitado apenas pela curiosidade e, oportuna e inoportunamente (isso depende do observador, como se verá a seguir), pela criatividade do usuário, essa discussão envereda, ou pela denúncia da falência completa e inevitável de toda a arquitetura autoral, ou pela necessidade de reconstrução a nível atômico do subsistema protetivo, a começar pela sua afinidade com os direitos humanos ou, no mínimo, sua afinidade com *alguns* direitos humanos.

O subsistema direito autoral surge, assim, da necessidade de se racionalizar – no sentido de tornar cognoscível e, posteriormente, maleável – o produto do fenômeno criativo. Ao se falar em blocos de proteção autoral, quer-se expressar a diferenciação funcional que ocorre nas camadas interiores do direito autoral, gerando múltiplas estruturas de operatividade desse subsistema, tais quais o *Copyright* e o Bloco unionista.

Essas estruturas se dedicam a administrar os efeitos jurídicos da criatividade, que, por sua vez, refletem efeitos sociais, primeiro projetados economicamente – e assim sentidos simultaneamente pelos materializadores das ideias, isto é os autores, e pelos respectivos usufrutuários – e depois com carga social mais clara, reclamando formulações dirigidas à administração de conflitos gerados pela dupla natureza – por alguns considerados tripla – de

qualquer enxerto da criatividade humana na realidade: direitos morais, patrimoniais e culturais.

Porém, antes de adentrar à discussão de como os sistemas de proteção podem ser alterados para garantir uma sobrevivência ao subsistema autoral, antes de reunir – e atrair – argumentos para propor uma virada paradigmática que vá de proteção à acesso regulado, é preciso circundar o subsistema autoral, o que se faz mediante uma breve alusão ao que dele é exigido pelos demais sistemas sociais e o que ele exige para a descaotização de seu interior.

As primeiras pressões a um sistema autoral por outro sistema social e que acaba por fazê-lo revolucionar-se urgentemente surgem advindas do funcionamento tentacular – no sentido de invasivo e tendencialmente dominante – do sistema econômico, que passou – e continuamente ainda *passa* – a exigir que a criatividade tivesse valor de troca. A negociabilidade da criação intelectual e, portanto, da própria criatividade – ideia cristalizada no que viria a ser um bem comercializável – conduziu ao paulatino surgimento de formas de valoração alinhadas à lógica da propriedade.

Portanto, práticas como a transmissão de prerrogativas autorais desvincilhadas da compra e venda do objeto onde a criação está fixada, a gestão de uma relação jurídica paralela a corporalidade do bem – diferenciação entre corpo místico e corpo mecânico (FRAGOSO, 2009) – e as prerrogativas do Estado diante da taxatividade destas transações, se mostram como respostas às demandas surgidas da fricção do nascente subsistema autoral e do ancestralmente consolidado sistema econômico.

O sistema político também exigiu reação do subsistema autoral e forjou inúmeras de suas bases operativas, algumas que seguem em funcionamento, apesar da truculência manifesta

dessas engrenagens, hoje incompatíveis com a Sociedade da Informação, que somente aproveita os instrumentos de reforço ao sistema democrático de livre proliferação de ideias, negando qualquer absurda tentativa de reanimar arcaicas estruturas limitantes<sup>4</sup>. Como exemplo destas, o Sistema de Privilégios (FRAGOSO, 2012), embrião das estruturas modernas de contenção da criatividade, utilizado como forma de controle do conteúdo em circulação, bem como seu sucedâneo, o Estatuto da Rainha Ana, que se destinava à regulação do comércio de livros, portanto, aos editores e à coroa.

O que se observa diante dessas pressões é que a partícula autoral é sustentada apenas performaticamente, uma vez que o que se tinha era um predomínio do interesse dos negociantes e não do próprio autor. Sobre esses interesses, pairava o timbre estatal.

Isto posto, o subsistema autoral, então, surge enquanto resposta ao problema econômico representado pela fórmula “como

---

4 Sobre o tema, é com profundidade que Bittar (2013, p. 22-25) aponta que “oscilações históricas conduziram a diversas conjunturas sociopolíticas, ora favoráveis, ora desfavoráveis ao crescimento e ao florescimento do pensamento. O homem como gênio inato, criador criado, constantemente atrelado a circunstâncias as mais variegadas, viu-se, por vezes – e não foram raros estes momentos, o que se constata por um estudo pormenorizado o problema da dominação exercido pelo intelecto, através do intelecto, e contra o intelecto –, impedido de exercer livremente a faculdade criadora que lhe é inerente [...] a história da destruição dos objetos de cultura, dos livros e a perseguição ao *corpus* das obras estéticas fazem parte do que, como desafio, se põe a humanidade para os próximos séculos. Como evitar o bibliocausto? [...] o risco da recaída no *index librorum prohibitorum*, a exemplo da igreja medieval, é sempre atual. Nazistas também perseguiram livros e autores. Comunistas estalinistas, da mesma forma. O totalitarismo anda de mãos coladas com as expressões negadoras da liberdade intelectual, ideológica e política, e, portanto, cultural?”.

monetizar a criatividade?” e o dilema político “como aproveitar e evitar certas investidas ideológicas?” degenerando-se ao ignorar o que deveria ser seu comburent: “como possibilitar um progresso decididamente benéfico e amplamente acessível das ideias humanas?”.

Os fins de autocomposição do perfil jurídico e autopreservação da criatividade se manifestam no subsistema autoral, detidamente no papel destas estruturas operativas – em análise, os blocos *Copyright* e Unionista – por meio da *catalogação* dos direitos autorais demarcando, assim, o que é possível e o que não é possível – em termos do binômio lícito/ilícito, que caracteriza o sistema do Direito – ser realizado no âmbito da criatividade. São elas que determinam, no bojo de cada legislação autoral, como deve se comportar o indivíduo diante das possibilidades surgidas com exteriorização da obra em dado suporte material e sua posterior – ou simultânea – comunicação da obra ao público; elas reúnem, assim, diretrizes do agir econômico, do agir político e do agir jurídico.

Pode-se enxergar, nesse cenário de *catalogação*, respectivamente, o *Copyright* como o sistema que mais aferrou-se aos matizes econômicos e políticos, enquanto o Bloco Unionista despontou como àquele no qual essas pressões foram canalizadas em prol da realização de aptidões humanas, individuais e paulatinamente coletivas. Isso pode ser notado ao passo que os países integrantes do *Copyright* resistiram e ainda resistem fortemente ao reconhecimento de qualquer direito moral do autor, isto é, aqueles direitos ligados à personalidade (direito de paternidade, integridade da obra, ineditismo etc.) justamente pela dificuldade de coerentemente, em suas tradições, se atribuir valor jurídico a direitos, por essência, inegociáveis.

Doutra feita, os países unionistas tratam a negociação dos direitos autorais com parcimônia, acautelando-se o máximo o autor contra possíveis arroubos de usurários, das corporações culturais transfiguradas em simpáticos mecenas que podem tornar cativas as ideias e, sôfrega, a criatividade, gerando, assim, prejuízos incalculáveis, sentidos tanto no individual quanto no coletivo.

Contudo, indicar quais são os direitos autorais é apenas uma preocupação secundária; primeiro o subsistema autoral precisou de estruturas operativas que respondessem quem são os titulares desses direitos e quais direitos essa titularidade deve, de pronto, fornecer e quais devem ser reivindicados. Do mesmo modo como Di Giorgi (2017, p. 326) sustenta que “a razão fornece os critérios que permitem, ao mesmo tempo, universalizar e especificar esse direito”, são as estruturas operativas que emulam essa razão selecionam, primeiro os sujeitos relevantes ao direito autoral – em especial, claro, o autor –, seu objeto imediato – a obra – e as prerrogativas a eles reservadas – os direitos propriamente ofertados pelo subsistema autoral. Diz Di Giorgi (2017, p. 327) que “a autoconservação da razão, na realidade, significa que isso que se conserva são as razões de cada sistema social”, que é basicamente o que o subsistema autoral se prontifica a realizar por meio de suas estruturas operativas altamente especializadas e é onde também nascem os paradoxos (TRIDENTE, 2009)

Para acentuar a discussão, adiciona-se: ainda há espaço para propagação da lógica protetiva, seja do autor ou da obra ou do autor-pela-obra ou da obra-pelo-autor em plena emergência da inteligência coletiva “eletricamente” concebida pela Internet e seus aparados de consolidação?

## **A era da digitalização das ideias: fundição das estruturas operativas, emergência de novos artifícios de guarda ou diluição do direito autoral na fluidez técnica da criação livre?**

Quando se analisam os grandes blocos de proteção, são distinguíveis dois momentos que exigiram a reinvenção dessas estruturas operativas – e das próprias operações – em razão das iminentes colisões. Estas precisaram ser convertidas em mero ponto de contato reciprocamente vantajosos, tanto que acabaram até mesmo por alterar a feição clássica destes, impondo que, por exemplo, o *Copyright* reconhecesse direitos morais do autor, cedendo a, oportunamente, às diretrizes do bloco unionista.

O primeiro desses momentos, é o da proliferação de tratados internacionais versando sobre matéria autoral, impondo modificações nas legislações internas aos países de tradição europeia-continental – unionista – e também aos anglo-saxões – *Copyright*, bem como um conjunto de postulados, a exemplo dos fixados pela Convenção de Berna e pela Convenção de Paris, que deveriam ser seguidos pelos países que ainda não dispunham de normas específicas para tratar o produto da criatividade. Como afirma Maristela Basso (2000, p.23-26):

A vocação dos direitos do autor e do inventor é internacional. As atividades do autor e do inventor incidem sobre o campo social, enriquecem o patrimônio científico, fecundando-o a cada dia. Das invenções depende a expansão industrial e tecnológica. Das ideias, o desenvolvimento da humanidade. Logo, o interesse do Estado é encorajar e recompensar autores e inventores. Mas

não basta que o Estado o faça, ou que um Estado faça e outro não, ou o façam diversamente, porque as ideias, criações e invenções não resistem às fronteiras e se expandem naturalmente.

Como se vê, o processo de internacionalização colocou os blocos de proteção em contato através de acordos, primeiro, bilaterais e, depois, multilaterais, estabelecendo a peculiaridade de que as normas do subsistema autoral surgem *no* cenário internacional *para* se acoplar à legislação interna, o que invoca discussões sobre soberania. Parecia inevitável a unificação dos blocos em benefício do equilíbrio almejado pela Convenção de Berna, permitindo uma maior permeabilidade das fronteiras, assim facilitando a circulação das obras e das ideias nelas contidas. Isso não ocorreu.

Em pouco tempo, os Estados retomaram a rivalidade. Estabilizados internacionalmente, passaram a utilizar estas ferramentas e sua influência política no contexto mundial para estabelecer um mercado das ideias interligado globalmente e, alegando benefícios a essas linhas de comércio e à ordem às duras penas conquistada, se dedicaram a competir por repuxos nos postulados, colocando em xeque as adjacências da proteção mínima por discussões sobre a durabilidade e amplitude da proteção conferida ao autor.

Longe de uma fusão, dos embates entre Estados adotantes de blocos de proteção diversos, parecia somente se entrever uma relação de vencido e vencedor, na qual este último, só, determinaria as diretrizes autorais a serem seguidas. Como sentenciou Mello (2015, p.161) “o sistema de *Copyright* não tem nenhuma relação com o sistema antropocêntrico, personalíssimo que cuida do direito do autor”.



Com o desenvolvimento da tecnologia, entretanto, e o surgimento de um ambiente digital – o ciberespaço – experimentou-se uma nova intentona internacionalizante: a obra nacional, internacional e digital, portanto, instantânea e simultaneamente acessível, exigiu o planejamento de modos de operação transnacionais que conseguissem acompanhar a dinâmica virtualização das ideias. Afirmar Avancini (2011, p. 46-47), considerando que a aproximação entre os dois blocos de proteção é mais evidente com os avanços da tecnologia que:

A natureza proprietária Do direito autoral e sua mercantilização no ambiente digital fizeram da obra um produto altamente rentável para as economias de mercado, onde os titulares de direito autoral se utilizam do “absolutismo” o proprietário para garantir seus interesses econômicos em Franco desfavor dos autores dos usuários destas. este excesso não se restringe mais aos países o sistema do copyright. pelo contrário, abrange os países o sistema do *droid d'auteur*, que vem valorando, cada vez mais, o aspecto econômico sob a falsa visão de que se estaria protegendo moralmente os interesses dos autores [...] Essa situação levou José de Oliveira Ascensão a indagar: Se, diante do crescente interesse da exploração patrimonial das obras. em detrimento dos interesses pessoais do autor, os Estados Unidos não teriam conseguido ganhar a luta para fazer o direito do autor um mero apetrecho jurídico, capaz de garantir os investimentos econômicos das indústrias culturais?

Barbuda (2015, p. 26), assim, complementa que “converte-se o discurso jusautoralista em uma técnica para a consecução de operações comerciais lucrativas para os grandes empreendimentos da indústria cultural”. Isto posto, os acordos internacionais, claro, foram as bases elegidas como confiáveis para promover novamente essa aproximação. Egea (2015, 49) destaca o êxito do WCT (*WIPO Copyright Treaty*) e adota uma postura conservadora, porém não incomum, orientada para a manutenção, mediante simples correção, das estruturas protetivas ao considerar que “os poucos anos de convivência com a internet tampouco serão justificativa para a prática de atos lesivos aos interesses dos criadores de obras intelectuais”.

Contudo, o cenário fruto de experimentações com a tecnologia exigia soluções experimentais, de modo que somente aproximar os sistemas por meio de postulados comuns não seria o suficiente.

Afirma Rover (2011, p. 36) que “estamos passando por um período de transição, de longo prazo, de um sistema baseado na produção industrial para uma produção cultural, em que o importante não é o bem, mas o acesso a ele”.

Com a Era da digitalização das ideias, parece se aproximar a era da unificação dos blocos de proteção autoral. E mais: foi colocada na berlinda a própria lógica da proteção, quer dizer, se ela deveria mesmo ser a ambição do subsistema autoral.

A discussão passou a ser se a função social deveria, de aspecto dos direitos autorais, se tornar seu fundamento. Desnecessário mencionar os impactos dessa mudança gravitacional, sobretudo no *Copyright*, de todo, às raias da extinção; o bloco unionista também sofreria, vez que é dirigido a proteger a *pessoa* do autor, sua *individualidade* – ou suas individualidades permitidas pela projeção pessoal na obra –, conceitos que seriam necessariamente

reinterpretados para se adequar ao novo fundamento; a personalidade criadora do sujeito se diluiria no coletivo, como se deixa diluir no anonimato permitido pela Rede.

Dessa maneira, a criatividade continua sendo relevante, dirigida ainda ao público, mas emanada nem do centro, nem das arestas, mas de todas as direções, de uma progressiva inteligência coletiva em erguimento pela tecnologia. Como destaca Lévy (2012, p. 137): “não sou o ‘eu’ que sou inteligente, mas o ‘eu’ com o grupo humano do qual sou membro, com minha língua, com toda uma herança de métodos e tecnologias intelectuais”, atestando, ainda, Lévi (2016, p.171) que “pensar é um devir coletivo no qual misturam-se homens e coisas”.

Seria o fim do autor, mas o início de uma nova concepção de obra. Para prosseguir, o subsistema autoral precisaria se concentrar nos destinos da criação e não nos desejos do criador; nenhum dos dois blocos de proteção – a começar por serem de proteção exclusivamente – tende a se comportar assim, sugerindo que nem mesmo a fundição do *Copyright* e o Bloco Unionista harmonizaria o direito autoral e a conectividade modeladora da sociedade contemporânea.

Os artifícios, tais como os tratados e convenções internacionais, foram sistematicamente descontinuados, revelando suas fragilidades. Se só em situações de crise manifesta-se o paradoxo (LUHMAN, 2016, p. 154), é certo que, para a autoconservação da criatividade enquanto bem juridicamente tutelado na Era da digitalização das ideias, é preciso provocar uma “ruptura com a premissa de consideração dos direitos autorais como propriedade intelectual, num universo hipermediático como o da sociedade da informação”. Reclama-se, pois, um novo eixo paradigmático de sustentação do subsistema autoral que perpassa pela revisão de suas estruturas operativas.

## Considerações finais

Com maior ou menor grau de intensidade, o subsistema autoral digeriu em suas estruturas operativas as pressões dos sistemas sociais; não foi capaz, entretanto, de ignorar a necessidade de empréstimo de estruturas pré configuradas pelo sistema econômico e político e desenvolver desenvolvamente suas próprias bases de operação, como por exemplo os institutos dos contratos e do registro público de obras autorais, em alguns casos, bem como a dependência de certos órgãos centralizadores de gestão.

Também não seria de todo possível tal ajuste, uma vez que atomizar-se, isto é, isolar-se – por mais que se assemelhe ao que se pretende ao se falar em sistemas autopoieticos – somente produz efeitos negativos, sendo necessário a construção de mecanismos de refração que permitam influências recíprocas, porém que não incapacitem, as operações de cada sistema social.

Portanto, as aproximações entre os blocos de proteção devem ser estimuladas diante do avanço tecnológico, mas só até a medida que um não usurpe o caracteres do outro, fato que se mostra cada vez mais, como apontado acima, um problema incontornável, dada a pressão do sistema econômico por, uma unificação das estruturas operativas no sentido de se garantir a comercialização no âmbito internacional físico e digital.

A existência de uma preocupação exponencial com a realização da função social a ponto de exigir um deslocamento na fundamentação das prerrogativas autorais, faz com que a mera fundição dos blocos de proteção se desvaneça, uma vez que não mais se fala em proteção, mas em acesso, recepcionando os direitos autorais como direitos culturais e, como tais, coletivamente fruídos e salvaguardados, o que, por seu turno, impõe que *Copyright* e Bloco Unionista deem lugar a uma lógica limitadora,

não das ações do autor, criador criado pelo social, mas dos atores econômicos, estranhos ao fenômeno criativo. A alteração na natureza jurídica do direito do autor, por óbvio, leva a uma revisão de toda a tecnologia jurídica, o que sugestiona aos autoraisistas: chegado é o momento de reclamar que mais nítida se torne a ecologia do direito autoral.

## Referências

AVANCINI, Helenara Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9-44

BARBUDA, Ciro de Lopes. **Princípios do direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008

DE GIORGI, Rafaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. *In*: **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 324-346, 2017

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. As novas formas de expressão das obras intelectuais nas tecnologias digitais e de comunicação

e os direitos autorais. *In*: COSTA NETTO, José Carlos da *et al* (Org.) **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Cap. 4. P.45-54

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009

LÉVY, Pierre. As **Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. São Paulo: Editora 34, 2012

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de se desdobramento. *In*: **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2016

MELLO, Roberto Corrêa de. O Regime legal do Brasil: diferenças entre o direito de autor e copyright. *In*: COSTA NETTO, José Carlos da *et al* (Org.) **Direito Autoral Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Cap. 12. p. 162-167

ROVER, Aires J. O direito intelectual e seus paradoxos. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2011. p. 33-37. 3ª reimpressão

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

# A SOLIDARIEDADE COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO DO TRABALHO E ECONOMIA

Raíssa Maria Falcão Costa<sup>1</sup>  
Marília Marques Rêgo Vilhena<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

A relação capital-trabalho sempre se mostrou complexa, diante do confronto de interesses que guarda por sua própria natureza. Assim, se de um lado a livre iniciativa econômica pretende fazer prevalecer as regras do mercado, de outro a classe trabalhadora reivindica a garantia de seus direitos e liberdades, com a conseqüente limitação dos anseios capitalistas.

De forma a assegurar os direitos humanos e fundamentais do trabalhador, a Constituição Brasileira de 1988 delineou um projeto social, pautado na solidariedade, igualdade material e justiça social, todos fundamentados na dignidade humana. A solidariedade, que antes era tida como um mero sentimento, passou à direito humano de terceira dimensão e alcançou envergadura

---

1 Mestre em Direito Econômico (PPGCJ-UFPB). Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ-UFPB). Advogada. Email: raissa-mariafalcao@gmail.com

2 Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ-UFPB). Professora da UFPB. Email: vilhenamarilia@gmail.com

constitucional no sistema jurídico pátrio, o que conferiu protagonismo aos direitos de segunda dimensão, como o direito ao trabalho.

Nesse sentido, o objetivo desse artigo é analisar o papel da solidariedade na sistemática entre trabalho e economia. Definido o objetivo do presente artigo, surge o seguinte questionamento: é possível encontrar um equilíbrio na relação entre trabalho e economia? Para resolver esse problema, formulou como hipótese o fato de que sendo a economia subsistema social que se comunica com outros subsistemas, como o direito do trabalho, a solidariedade realiza um acoplamento estrutural, na busca pelo equilíbrio desta relação.

Com vistas ao alcance do objetivo do presente artigo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa de que a solidariedade é responsável por orientar a relação capital-trabalho conforme os ditames constitucionais, com vistas a alcançar seu equilíbrio. Outrossim, o corrente trabalho tem como método de procedimento o monográfico e adotou, como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e documental.

Por fim, o presente trabalho foi construído em três seções: na primeira, será analisada a construção histórica da solidariedade enquanto direito; na segunda, será estudada a solidariedade no constitucionalismo pátrio e; na terceira, será abordada a relação entre trabalho e economia, na perspectiva sistêmica luhmanniana e o papel da solidariedade como agente equilibrador desta relação.



## **A construção histórica da solidariedade como Direito**

Por mais que alguém se assemelhe a outrem, em razão de fenótipo, cultura, hábitos, opção religiosa, é a condição humana o verdadeiro elo entre todos. E foi essa condição que favoreceu, desde as primeiras formações humanas, a aproximação do homem com seus pares, sendo, portanto, a semelhança a melhor maneira de identificação como pessoa.

Mais que uma mera identificação, a condição de ser humano suscitou o fortalecimento de laços afetivos entre as pessoas e o auxílio entre os integrantes de um mesmo núcleo familiar. Além disso, para os que não fazem parte de um determinado grupo social, a condição humana desperta uma inclinação ao auxílio dos menos favorecidos, concretizada por um sentimento de solidariedade com o próximo.

A solidariedade é representada, portanto, por uma ajuda mútua e que expressa um sentimento fraterno, de corresponsabilidade com o semelhante. Por mais que haja posicionamentos doutrinários no sentido de diferenciar a solidariedade da fraternidade, como o de Barzotto e Oliveira (2018, p. 147), que entendem que a fraternidade ocorre entre iguais, por meio de responsabilidade recíproca, enquanto que na solidariedade há auxílio entre desiguais, no qual o mais forte ajuda o menos favorecido, não é objeto deste artigo tal diferenciação, mas sim o estudo da solidariedade como direito e como ponto de equilíbrio da relação capital- trabalho.

Demais disso, cumpre ressaltar, que a solidariedade não nasceu como direito, motivo pelo qual demanda uma incursão histórica na construção da solidariedade como direito humano, a fim de que se possa avançar na temática proposta.

Como é cediço, a partir das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, imbuídas pelo espírito iluminista orientado pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, é que surgiu a necessidade de constituir um Estado fincado na lei e garantidor dos direitos dos cidadãos. A soberania, antes monárquica absolutista, passou a ser da lei, balizadora de qualquer resquício de poder tirano.

Dessa forma, com vistas a assegurar o exercício pleno da liberdade e propriedade dos indivíduos, formalizou-se os chamados direitos humanos de primeira dimensão, os quais abarcam os direitos civis e políticos. Esses direitos, conforma assevera Douzinas (2009, p. 19), “foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática”.

Nesse horizonte, a formalização desses direitos ocorreu sob o contexto do Estado Liberal, que era orientado pelos ditames da liberdade e propriedade. Ainda, como tais direitos exigem uma abstenção do Estado, são entendidos como liberdades negativas, ou seja, um “não fazer” estatal, para que os direitos do indivíduo sejam exercidos em plenitude.

Ocorre que, com as transformações sociais e políticas, a ótica individual de direitos foi perdendo o vigor, pois o Estado transformava-se em um ente interventor na economia e provedor de necessidades sociais. Desse modo, os direitos de segunda dimensão passaram a integrar a cartilha de direitos humanos, sendo entendidos como liberdades positivas e sendo representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais.

Diferentemente das liberdades negativas, os direitos de segunda dimensão exigem uma atuação efetiva do Estado, a fim de possibilitar à coletividade a melhoria das condições de vida,

através da instituição de políticas públicas. Por tal motivo, é que são denominados de liberdades positivas, haja vista a imposição ao Estado de uma obrigação de fazer, através da realização desses direitos.

Especificamente, tais direitos possuem como marcos normativos a Constituição do México, de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, ambas editadas sob o panorama do movimento do constitucionalismo social, que pregava a inserção desses direitos nos textos constitucionais dos Estados.

Já a terceira dimensão de direitos, cristaliza o princípio da solidariedade, alcançando direitos e interesses de titularidade coletiva. Assim, essa dimensão congrega os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento e ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

A propósito, a solidariedade passou a ocupar lugar de tamanha importância, que passou a se falar em um Estado Solidário de Direito ou Estado de Solidariedade, em que haveria a “predominância da ordem do direito de solidariedade sobre a ordem do individualismo jurídico” (FEITOSA, 2007, p. 158). No panorama desse modelo estatal, permite-se e legitima-se a intervenção do Estado na economia, de modo a garantir a justiça social, privilegiando-se assim a solidariedade em todas as relações travadas na sociedade.

Oportunamente, na própria teoria do contrato social de John Locke, também vige a ideia de solidariedade, eis que todos saem do conflito constante do estado de natureza para formar uma sociedade civil. Ou seja, todos os indivíduos se submetem à comunidade, por meio do contrato, para que a paz e a ordem social sejam mantidas. É a solidariedade no rateio das

obrigações e concessões, a fim de se alcançar um estado ordenado na sociedade.

Convém registrar ainda, que há uma distinção entre princípio da solidariedade e direitos de solidariedade. O primeiro constitui um enunciado axiomático, cristalizado pela ética e moral, a fim de orientar a concretização dos direitos sociais, além de orientar as relações entre indivíduo, Estado e sociedade, enquanto que os segundos dizem respeito aos próprios direitos de segunda dimensão, voltados a alcançar os objetivos que a terceira dimensão de direitos designa: desenvolvimento, paz, meio ambiente etc. (REMEDIO, 2016, p. 260-261).

Demais disso, a solidariedade exprime um valor universal, que pode assumir diversas facetas, mas que é reconhecido em todo o mundo, como sendo “a obrigação moral, em alguma forma ou outra, de ajudar indivíduos e grupos mais vulneráveis, em particular, os doentes e pobres. Neste sentido, a ideia de solidariedade é universal, pois transcultural” (PETERKE, 2013, p. 75). Isso porque, antes de ser um direito humano, é como se constituísse uma inclinação do ser humano, inerente a todos, ainda que em maior ou menor grau.

Nesse sentido, tendo em vista que a solidariedade assume diversas nuances, seja como princípio ou direito humano, seja como valor ético/moral imanente a toda pessoa, é certo dizer que “a condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade” (DOUZINAS, 2009, p. 128). Para tanto, ainda que o compromisso formal dos direitos humanos não seja garantia de seu atendimento, é imprescindível subordinar os interesses humanos à soberania estatal, pois o Estado disponibiliza os instrumentos necessários para a tutela e a efetivação de tais direitos.

## A solidariedade na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) delineou um Estado Democrático de Direito pautado em valores irreprensíveis, tais quais a dignidade humana, o desenvolvimento, a justiça social, a redução das desigualdades sociais e a solidariedade.

Especificamente sobre a solidariedade, pode ser visualizada em diversos pontos da Excelsa Carta (BRASIL, 1988), dentre eles: a) art. 3º, inciso I: prega uma “sociedade livre, justa e solidária”, sendo um dos objetivos fundamentais da República; b) art. 170, *caput*: baseia a ordem econômica no trabalho humano e na livre iniciativa, com fulcro a assegurar dignidade a todos, conforme a justiça social; c) art. 193: fundamenta a ordem social no trabalho, tendo como objetivos o bem-estar e a justiça sociais.

É nessa perspectiva que nasce o solidarismo constitucional, voltado a corroborar que o texto constitucional pátrio assentou suas bases no princípio da solidariedade, o qual atua conjuntamente com o rol de princípios que compõe a Carta de 1988, sobretudo a dignidade humana e a justiça social (REMEDIO, 2016, p. 261). Além disso, o solidarismo constitucional se volta a realizar os objetivos do desenvolvimento traçado pela Constituição, que ultrapassa o mero progresso econômico.

A dignidade humana é o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo a finalidade última buscada pelos direitos e demais princípios estatuídos no texto constitucional, estando ligado ao princípio da solidariedade, pois é através deste que se pode tornar digna a vida de todos. Já a justiça social, como envolve a distribuição de renda e a igualdade material, também está intrinsecamente ligada à ideia de solidariedade social.

Ocorre que, nem todos têm interesse em se solidarizar com os mais vulneráveis da sociedade. Isso acontece com muita frequência no âmbito do mercado, haja vista este ser guiado pelo espírito capitalista, visando a maximização de lucros, a competição entre os concorrentes, a redução dos custos de produção, o individualismo. Definitivamente, esse não é o modelo fim de desenvolvimento perseguido pelo texto constitucional.

De outro norte, uma sociedade pautada na solidariedade, encara o seu próximo como sujeito de direitos, e não como um concorrente, o que acentua a ideia de que a dignidade só é possível através do desenvolvimento pleno da pessoa (ARAÚJO, 2018, p. 136). O desenvolvimento que se busca quebranta toda ideologia (neo)liberal-individualista, a fim de que a pessoa possa desenvolver suas potencialidades.

Nesse espeque, se a terceira dimensão solidária de direitos deve orientar a atuação estatal – o que se vislumbra, sobretudo, pelas políticas públicas implementadas e executadas pelo Estado em favor da sociedade –, é pelos direitos humanos de segunda dimensão que a solidariedade mais se manifesta. Dentre esses direitos, encontra-se o direito a um trabalho prestado em condições dignas, que demanda um meio ambiente laboral sadio e ecologicamente equilibrado, para que seja garantido o desenvolvimento do trabalhador.

Ainda acerca da temática do desenvolvimento, pontua Araújo (2018, p. 140):

O percurso econômico centrado nas pessoas deve promover uma conformação sólida da atuação estatal ao valor social do trabalho de modo a permitir a integração econômica

dos sujeitos socialmente mais débeis, garantindo oportunidades e meios para a participação democrática na economia.

Desse modo, um Estado pautado na solidariedade não repele a economia, mas extrai dela as oportunidades sociais necessárias para um pleno desenvolvimento social, garantindo assim os primados da livre iniciativa econômica, apoiada no trabalho digno. Somente assim, o trabalhador poderá, participando ativamente do processo democrático na economia, exercer em plenitude os direitos e liberdades dos quais é titular.

Outrossim, é através da expansão de tais garantias constitucionais que se concretiza o desenvolvimento delineado no texto constitucional, seja como meio (papel instrumental), seja como fim (papel constitutivo), em um ciclo de ampliação do espectro de direitos e liberdades da pessoa (SEN, 2000, p. 52). Na perspectiva constitucional pátria, não há espaço, portanto, para a bandeira do progresso econômico, maquiada com tons de desenvolvimento. Na verdade, o processo de desenvolvimento possui um significado que ultrapassa a ótica monetária.

## **O acoplamento estrutural entre Direito do Trabalho e Economia**

Diante de tais considerações, percebe-se que a solidariedade, como princípio ou dimensão de direitos, sempre está voltada a humanizar o processo econômico, dando a tônica do discurso desenvolvimentista constitucional, a fim de equilibrar a balança capital-trabalho. Nesse sentido, afirma-se que a solidariedade funciona como o acoplamento estrutural entre direito do trabalho e

economia, sob a perspectiva da teoria sistêmica luhmanniana, na vertente dos sistemas.

Segundo a mencionada teoria, a sociedade é um grande sistema, que possui cognição aberta, o que permite a conexão com subsistemas ou sistemas parciais. Acerca do tema, Neves e Aguilar Filho (2012, p. 152-153) asseveram que, mais do que interrelacionados, os sistemas se interpenetram, sendo tal característica essencial para a manutenção social; por outro lado, os subsistemas são interdependentes, havendo o equilíbrio destes, quando há equilíbrio no sistema maior, a sociedade.

Além disso, cada sistema se relaciona com um ambiente específico, que é o observador, responsável por descrever e criar as complexidades sistêmicas – estas são os problemas que o observador formula e denomina. Todo sistema possui suas complexidades ao relacionar-se com o ambiente, cabendo ao observador conferir significado àquelas, ao criá-las e tentar reduzi-las.

De mais a mais, cada sistema possui determinados elementos que os caracteriza individualmente, havendo um constante mecanismo de seus elementos com funções interdependentes. Isso também ocorre com os subsistemas que, sendo sistemas autopoieticos auto-referenciais<sup>3</sup>, produzem-se e reproduzem-se de acordo com a manutenção de suas estruturas e a relação sistema-ambiente.

Dessa forma, ao considerar a economia como subsistema social, pode-se concluir que possui seus observadores respectivos, mas por ser cognitivamente aberto, permite a inter-relação

---

3 Conforme esclarece Lima (2010, p. 15), “a auto-organização dos subsistemas se refere à construção e operacionalização de estruturas dentro do sistema executadas por ele mesmo. Já a *autopoiesis*, diz respeito à determinação do estado posterior da operação a partir da limitação anterior?”.



com outros sistemas parciais, o que lhe permite uma conexão constante. Vale dizer, o subsistema economia é composto por elementos, dentre eles o trabalho. E não poderia ser diferente, afinal não se pode pensar em trabalho sem economia, tampouco economia sem trabalho, mormente quando se está em um cenário de economia capitalista.

E o tema ganha relevância, ao se observar que o binômio trabalho-economia rende um sem número de complexidades, pela própria natureza dessa organização sistêmica. Nesse sentido, são os ensinamentos de Lima (2010, p. 12), entendendo que no mundo atual só se tem certeza de algo depois que o fato acontece, pois a regra é a imprevisibilidade, diante da complexidade das operações sociais.

Assim, diversas complexidades podem surgir na balança trabalho-economia, mas sem dúvidas, o principal desafio a ser vencido é a questão do equilíbrio a ser encontrado entre ambos. Isso porque emergem da mencionada relação interesses contrapostos, mas que, involuntariamente, mantêm relação direta e constante, tornando difícil um “consenso” entre o trabalho e a economia.

De qualquer forma, como foi sustentado anteriormente, o equilíbrio dos subsistemas advém do equilíbrio societal. Em uma sociedade capitalista, é natural e lógico que se busque priorizar o lucro, adequar a produtividade de acordo com o panorama do mercado, reduzir os custos de produção etc. No entanto, nem o próprio capitalismo pode agir indiscriminadamente, pois limites devem ser fixados, para que o sistema não entre em colapso.

E é justamente nesse ponto que o direito do trabalho adentra, eis que funciona como um balizador para que direitos e garantias mínimos não sejam desprezados sob a justificativa dos ganhos de mercado. À guisa de exemplo, o art. 170, *caput*, CRFB/88

(BRASIL, 1988) preconiza que a ordem econômica se fundamenta no trabalho humano e na livre iniciativa, de modo a garantir a dignidade para todos, nos moldes da justiça social.

Outrossim, no próprio Título da Ordem Econômica, há mais referências ao trabalho e aos valores que buscam garantir a dignidade e a igualdade social do que à economia, pois aquele necessita de maior tutela, o que é realizado pelo sistema jurídico pátrio. Assim, a tutela constitucional do trabalho é quem estabelece limites e, mais do que isso, as bases axiológicas e normativas para a limitação dos anseios econômicos.

Conquanto seja elemento do subsistema economia, o trabalho não possui o condão de, por si só, acompanhar a ambição capitalista, motivo pelo qual os sujeitos sociais precisam se conscientizar acerca do papel do trabalho na sociedade, para que os direitos inerentes a ele não sejam sucateados.

Nesse sentido, exsurge a solidariedade, enquanto princípio e dimensão de direitos, para conferir equilíbrio à relação capital-trabalho, colocando-se “como o centro dos objetivos constitucionais, de modo a conduzir a efetivação dos direitos, funcionando como a síntese da materialidade constitucional que se deseja alcançar” (ARAÚJO, 2018, p. 144).

Desse modo, como se afirma que a comunicação entre os sistemas é realizada pelo acoplamento estrutural entre eles, é que ora se justifica que a solidariedade é a responsável por estabelecer a coligação estrutural entre (direito do) trabalho e economia, com vistas à manutenção do sistema social.

Assim, muito mais que equilibrar a relação trabalho-economia, a solidariedade acopla o direito do trabalho à economia, com o escopo de garantir a realização dos direitos humanos, sobretudo

os de segunda dimensão que são viabilizados pela orientação de solidarismo constitucional que o ordenamento pátrio persegue.

## **Conclusão**

A solidariedade está presente na história desde as primeiras formações humanas, nas quais exalava um sentimento de ajuda a quem estava necessitado, de modo a minorar as dificuldades do próximo.

Posteriormente, a solidariedade alcançou o patamar de princípio, como orientador valorativo das ações sociais e estatais e, ainda, foi enquadrado na categoria de terceira dimensão de direitos humanos, sendo destinado a tutelar a coletividade, através da garantia de paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, desenvolvimento e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

No ordenamento jurídico pátrio, a solidariedade representa um princípio norteador da conduta estatal e social, sendo um dos objetivos fundamentais da República, nos termos do art. 3º, inciso I, CRFB/88 (BRASIL, 1988), visando alcançar a dignidade humana, primado do Estado Democrático de Direito. Aliás, no próprio Título da Ordem Econômica, a solidariedade está representada pelos ditames do trabalho humano, bem-estar e justiça sociais, ao lado da livre iniciativa.

Como subsistema social, a economia possui íntima relação com um dos seus elementos que é o trabalho. Mas nem por isso deve a economia capitalista preponderar sobre o trabalho, pois este, além de ser direito humano, possui princípios e direitos atinentes de estatura constitucional, que o colocam em posição

privilegiada, de acordo com os moldes do projeto desenvolvimentista insculpido na Constituição.

Para tanto, é mister encontrar um ponto de equilíbrio entre trabalho e economia, o que se sugere através da solidariedade, eis que orientadora do sistema jurídico pátrio, para estabelecer o acoplamento estrutural entre o direito do trabalho e a economia, além de manter equilibrada a referida balança capital-trabalho, para efetivação dos direitos humanos e demais objetivos desenvolvimentistas perseguidos pela Carta de 1988.

## Referências

ARAÚJO, Jailton Macena de. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, p. 134-158, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://direitoestadoso-ciedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>. Acesso em: 16 dez. 2019.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 141-156, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/84689>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista Direito Público**, Brasília - DF, n. 32, v. 7, p.142-155, mar./abr. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1737/97>>5. Acesso em: 05 jan. 2020.

NEVES, Fabrício Monteiro. AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de. O acoplamento entre sociedade e economia: a teoria dos sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. **Século XXI – Revista de Ciências Sociais**, Santa Maria/RS, v. 2, n. 1, p. 138-167, jan./jun., 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/seculoxxi/article/view/6387>. Acesso em: 09 jan. 2020.

PETERKE, Sven. **Direitos humanos coletivos e a proteção dos interesses fundamentais da humanidade: avanços e impasses**, p. 17-88. In: *Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses*. Orgs. Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa *et al.* Curitiba: Appris, 2013.

REMEDIO, José Antonio. Os direitos de solidariedade, o princípio da solidariedade, a solidariedade social e a filantropia como instrumentos de inclusão social. **Argumenta Journal**

**Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 24, p. 251-279, jan./jun. 2016.  
Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/696>. Acesso em: 06 jan. 2020.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**.  
Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras,  
2000.

# A ORGANIZAÇÃO DAS COMPLEXIDADES E A FALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO DIREITO AO ACESSO À INTERNET POR MEIO DA TEORIA DOS SISTEMAS

Renan Farias Pereira<sup>1</sup>  
Luciano do Nascimento Silva<sup>2</sup>

---

---

## A Autopoiese do Direito e a teoria dos Sistemas Sociais

Antes de qualquer consideração acerca dos Direitos Humanos, se faz necessária uma mínima compreensão da Teoria Luhmmaniana dos Sistemas Sociais. A teoria proposta por Niklas Luhmann foi inspirada no conceito desenvolvido por Maturana e Varela – biólogos – desenvolvendo-se assim sua própria teoria na observação da sociedade.

- 
- 1 Doutorando em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: profrenanfariasp@gmail.com
  - 2 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento - CSR-FG-UNISALENTO (2013-2015); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC (2003-2007); Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo - USP (2001-2003).

Para os supramencionados autores, os organismos vivos são sistemas fechados e autopoieticos, ou seja, existe uma rede fechada cujos processos de criação são promovidos pelas interações daqueles que a produziram. Dentro dessa perspectiva biológica, o sistema se autorregula, autorreferencia e, igualmente, autoreproduz. Mesmo com o fechamento operacional, o sistema se comunica com o meio – também chamado de entorno – podendo modificar-se não por um agente externo, mas por conta de seus próprios códigos.

A primeira concepção de Sistemas Sociais partiu de Talcott Parsons cuja concepção partia da noção de sistemas abertos que realizavam trocas de elementos entre si. Em Luhmann houve uma mudança de paradigma, considerando-se que os sistemas sociais operariam dentro da sua própria base, ocorrendo uma diferenciação de todo o resto e criando seus próprios limites (RODRIGUES e NEVES, 2012, p. 79).

A concepção luhmanniana estabelece que a natureza fechada da operação do sistema conduz, a partir da cognição, à sua abertura, visto que só existirá resposta à causalidade externa através dos mecanismos que o próprio sistema desenvolve. Neste sentido, há a característica de autorreferenciabilidade dos sistemas visto que operam dentro de suas próprias operações e se comunicam com o entorno a partir de suas próprias operações.

Os sistemas, aliás, limitam as operações sociais que fazem parte das suas operações internas, ocorrendo o sentido a partir da diferenciação realizada entre sua própria organização (sistema) e a sociedade (entorno) (NEVES, 2005, p. 18). Assim, na teoria de Luhmann, os sistemas sociais são formados por operações em que a sociedade complexa é dividida. Esta divisão é consubstanciada no sistema e seu ambiente. O ambiente, portanto, se trata de tudo aquilo que não está no interior do sistema. Vislumbra-se,



portanto, a existência de fronteiras em que se concebe os elementos inseridos no sistema e os que respectivamente não estão.

Sistema e ambiente não operam em conjunto ou influenciam as operações um do outro; no entanto, os sistemas não conseguiriam sobreviver de maneira autônoma e completamente diferenciada se fossem anacrônicos em relação ao ambiente, pois não conseguiriam estabelecer nenhuma forma de convivência adaptativa ou de utilização dos elementos de outros sistemas para possibilitar a operação de seus próprios elementos. (NEVES, 2005, p. 20).

É por intermédio dos Processos Comunicativos que se constituem os Sistemas Sociais. Tal formação acontece por meio de três partes: informação, participação e compreensão. Estas três partes se referem à escolha de uma mensagem – com seus elementos válidos e não-válidos; à forma de participação desta mensagem e, por fim, à estrutura de compreensão em que se terá formada uma nova informação. Para que ocorra o processo comunicativo, deve-se verificar a existência dos três processos supramencionados.

Da ótica de suas próprias operações, o sistema além de fechado se diferencia de tudo o que não seja ele próprio, estabelecendo suas definições a partir exatamente de suas diferenças. Seleciona-se, portanto, aquilo que faz sentido para o seu próprio sistema e se acrescenta aos processos internos.

A ideia de acoplamento estrutural de Luhmann é outra questão de relevância a ser discutida, podendo ser entendido como uma ocorrência entre dois sistemas. Esta manifestação é possível quando um sistema (ego) dispõe para o outro sistema (alter) um rol de informações que possam ser aproveitadas para a formação de mais comunicação.

Diante de todo esse aparato, é possível verificar que pela teoria de Luhmann, a sociedade não é composta por um conjunto de seres humanos ou de suas ações, mas de comunicação. É essa comunicação que proporcionará a própria criação das condições de existência e modificação, autorreproduzindo-se nesse cenário.

Na teoria Luhmanniana, os sistemas sociais são compostos por subsistemas. O sistema denominado Sociedade teria, portanto, os seguintes subsistemas: o Direito, a Política, a Economia, a Ciência, a Religião e a Arte. No caso do Direito, seu sistema pertence ao código de comunicação classificado no binômio dos valores “legal” e “ilegal” (LUHMANN, 2016, p.90).

É a partir desse binômio que a comunicação poderá se integrar e realizar, inclusive, uma abertura autopoietica. Em se tratando desse sistema, aliás, somente o direito poderá afirmar o que é o direito. Ou seja, o Direito possui a estrutura e os mecanismos para reconhecer, produzir e organizar conflitos por meio da complexidade do sistema jurídico. Se refere à organização de conflitos, visto a impossibilidade de sua resolução, pelo sentido estrito da palavra.

Há, no direito, uma função principal que é a de manutenção das expectativas normativas. Isso ocorre, inclusive, quando essas expectativas não são atingidas plenamente. Nesse sentido, ocorrendo o binômio de “lícito/ilícito” anteriormente citado, as expectativas são atendidas quando as normas são seguidas. Em

contrapartida, a expectativa é frustrada justamente quando há o desrespeito à norma.

É esse critério que tornará o direito um sistema diferenciado dos demais, principalmente porque ele não se pautará por nenhum outro mecanismo de interpretação.

Ao produzir norma jurídica – seja pela lei ou pela decisão judicial – o Direito organiza conflitos. Não é possível afirmar que o mesmo resolve os conflitos, porque a organização das complexidades tem o condão de gerar mais complexidade. Ou seja, dentro da sua própria estrutura, enquanto volta sua observação para um conflito e gera comunicação em relação a esse conflito, a sua possível “solução” poderá gerar situações conflituosas outras. Diante desse argumento é que se afirma que o Direito é um subsistema que serve para organizar as complexidades.

Servindo como mecanismo de orientação das condutas da sociedade (LUHMANN, 2008), embora vise a reduzir a complexidade que a própria sociedade produz, o Direito acaba por construir o que Luhmann concebe por “alta complexidade estruturada”. A complexidade – no caso – se trata das “possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido” (LUHMANN, 1983, p. 12).

Em contrapartida, na complexidade estruturada, problemas de compatibilidade e compossibilidade surgem. Ou seja, “a ativação de uma determinada possibilidade bloqueia a da outra, mas permite, por outro lado, a construção de novas possibilidades que a pressupõem” (LUHMANN, 1983, p.13).

O argumento leva à ideia de que o aumento da complexidade realizado por uma estrutura, embora ocorra a limitação das possibilidades, se gera ao final de mais possibilidades para que ocorra uma escolha racional. É justamente na exclusão das

possibilidades que se constrói ordenamentos que não permitem qualquer possibilidade, mas apenas aquelas possíveis dentro do código.

É por meio da autopoiese que o direito produz sua estrutura e os elementos que o constitui. Baseando-se – portanto – nas expectativas, a comunicação desempenha uma relação no sistema em que se autodesenvolve. Assim, um sistema autopoietico se reproduz e se desenvolve por meio da comunicação e de suas próprias estruturas, inexistindo meio de realização de tal procedimento se não for dentro de sua própria codificação.

Inexistirá, ainda, forma de um sistema suprimir o outro, dentro da lógica da Teoria dos Sistemas. Mesmo que as perturbações advindas do entorno ocorrem, apenas por meio da cognição – que é aberta – que o sistema poderá reagir. Entretanto, mesmo essa reação se dará com base e nos critérios estabelecidos pelo próprio sistema. Aliás, quando existem perturbações entre subsistemas, ocorre o que se chama de Acoplamento Estrutural. A Constituição, por exemplo, é o acoplamento entre os subsistemas Direito e Política.

As Constituições – como fruto do acoplamento estrutural entre Direito e Política – foram o grande trunfo da modernidade para a concretização e harmonização das expectativas da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, o programa civilizatório da modernidade foram os Direitos Humanos, cujas disposições adentraram nas cartas políticas de inúmeras nações ocidentais. Como foco do presente trabalho, passa-se a analisar o papel dos Direitos Humanos sob o viés da Teoria dos Sistemas.

## Os Direitos Humanos e a Teoria dos Sistemas

Conforme apresentado no tópico anterior, os sistemas sociais são estruturados por meio da comunicação. A sociedade – portanto – se constitui como um sistema mais abrangente que compreende os subsistemas das quais o Direito faz parte de um deles. Na sociedade esses subsistemas se diferenciam dentro de um código binário próprio, reproduzindo-se mediante interpretação.

É importante salientar que na percepção do presente artigo, os Direitos Humanos foram erigidos enquanto uma construção comunicativa que tem relação, ao longo do tempo, com a formação dos Estados Modernos.

Não se está apresentando que a criação dos Estados Modernos gerou diretamente a criação dos Direitos Humanos, mas que a formação das Declarações de Direito figurou como fenômeno de desenvolvimento dos mesmos (SILVA, 2015, p. 70). Nas Revoluções Liberais que surgiram as primeiras formas estruturadas de afirmação desses direitos.

Com um viés completamente jusnaturalista - estando positivada na forma de direitos – a Declaração do Bom Povo da Virgínia trouxe uma série de disposições relacionados à liberdade do ser humano. Pouco tempo depois, a Declaração de Independência dos Estados Unidos trouxe disposições acerca da igualdade dos homens, concebendo a vida, a liberdade e a busca da felicidade como inerentes à natureza humana.

Por sua vez, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, adotou a igualdade e a liberdade como direitos inatos aos indivíduos, consubstanciando a noção de que os homens nascem livres e com igualdade de direitos. No caso dos franceses, houve igualmente uma forte influência do jusnaturalismo.

É importante salientar o discurso em torno dos Direitos Humanos passaram necessariamente pela base do humanismo, seja dentro do viés das declarações internas – por meio do constitucionalismo – seja em uma fase mais atualizada por meio de tratados internacionais.

Tal processo conduz, por um lado, à criação de sistemas dogmático-normativos como expressão de sua luta histórica para ocupar espaço jurídico, político, sociológico, cultural, econômico e social na agenda da comunidade internacional; por outro, no plano dos Estados nacionais, procura exercer influência fundamental quanto à recepção dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos pelo direito constitucional pleno. (SILVA, 2015, p. 70).

O socialismo também teve sua participação na construção do discurso em torno dos Direitos Humanos. Com a necessidade de abarcar os *direitos sociais*, os franceses erigiram em 1793 uma nova Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão com reconhecimento de outros direitos para além da liberdade.

Esses direitos sociais, aliás, tiveram forte introdução no plano constitucional, garantindo-se critérios mínimos de existência, como educação, saúde e trabalho. Destacam-se, portanto, a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919).

Já no plano internacional, teve sua construção principal após a Segunda Guerra Mundial. Anteriormente apresentadas em

normas esparsas em matérias específicas, a temática dos Direitos Humanos foi condensada no plano internacional como uma reação aos resultados do nazismo no mundo.

Foi com a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948 que a ONU trouxe um rol de direitos com aceitação universal. Com natureza de direitos políticos, econômicos, sociais, culturais e liberdades políticas, a Organização das Nações Unidas influenciou a construção da maioria das Constituições nacionais na atualidade. Tratou-se, portanto, do que Luciano Silva (2015, p. 71) chama de “novo paradigma de civilidade do mundo ocidental”.

Fundamentados nas Constituições, os Direitos Humanos acabaram por figurar significados diversos para os subsistemas sociais. Enquanto que para o Direito (sistema jurídico) os direitos colocados na Constituição – que figura como lei suprema – acabam por fundamentá-la; na Política (sistema político), os direitos e a própria Constituição são instrumentos políticos.

Aliás, no que concerne aos Direitos Humanos, é possível vislumbrar três composições: jurídica, política e escolástica. Enquanto que na proposição jurídica se busca uma fundamentação dos direitos humanos, conformando os instrumentos normativos e os mecanismos de efetivação; na proposição política se vislumbra o estudo das correntes políticas com a efetivação dos direitos humanos, configurando-se pela inclusão e exclusão e legitimidade das lutas em torno dessas garantias. Por fim, na proposição escolástica, se verifica um olhar sobre o ensino dos Direitos Humanos desde o ensino Fundamental até o superior. (SILVA, 2015, p.71).

Convém ressaltar que a construção de Direitos Humanos não deixou de produzir outras complexidades e, inclusive, paradoxos.

Dessa forma, seja por parte do sistema jurídico enquanto fundamento, seja pelo sistema político enquanto instrumento, os direitos humanos não conseguem convergir entre ambas as coisas. Ou seja, não é possível integrar direito e política (MAGALHÃES, 2010, p. 45).

Essa ausência de integração – nos dizeres de Magalhães (2010, p. 45) decorre sobretudo porque cada sistema social se volta, dentro de seus próprios códigos, para a solução de problemas sociais diversos. Ou seja, o sistema jurídico e o sistema político irão interpretar cada complexidade surgida de uma forma diferente, mediante seus próprios códigos binários.

Nesse passo, embora tenha figurado como mecanismo civilizatório moderno, os Direitos Humanos, inserindo-se tanto no plano nacional, como no plano internacional, é possível verificar que não foi possível ocorrer uma organização das complexidades. Aliás, é possível inclusive deduzir uma supercomplexidade gerada pelos Direitos Humanos, notadamente pela ocorrência de diversas agressões aos dispositivos normativos e tratados internacionais.

É possível, portanto, dizer que os Direitos Humanos não conseguiram se efetivar dentro do plano estrutural de apresentação, ocorrendo paulatinamente sua falência em termos de função. Saliente-se que não se está no presente trabalho, defendendo quaisquer supressões ou encerramentos do conteúdo dos Direitos Humanos. Ao contrário, reconhece-se a importância e os avanços que foram advindos dos mesmos. Entretanto, se afirma que sua função de organização das complexidades está esvaziada, como será possível vislumbrar no próximo item.



## **A supercomplexidade e os paradoxos dos Direitos Humanos: o caso do Direito ao acesso à Internet**

Desde a propagação da Internet em nível mundial, é possível perceber a ausência de mecanismos suficientes para que a legislação acompanhe o ritmo instantâneo que o trânsito na rede virtual proporciona. Informações, notícias, entretenimento e negócios são estabelecidos de forma que a lei termina por se tornar obsoleta diante de tamanha inovação.

Neste diapasão, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX estabelece a liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença. No art. 220 da mesma Carta, a seu turno, estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” observado o disposto na Constituição.

Ocorre que a natureza intrínseca, subjetiva e aberta da Constituição Federal não é suficiente para estabelecer ditames e limites que regulamentem a questão da comunicação e informação virtual. Faz-se necessário, portanto, mecanismos que aporrem conceitos e disposições que abarquem a pluralidade factual existente na sociedade.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, através da Norma 004/95, apresentou o uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à Internet, definindo-a como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores” (ANATEL, 1995, p. 01).

Nos Estados Unidos, durante o processo *Janet Reno vs. American Civil Liberties Union* conceituou-se a internet como uma “rede internacional de computadores interconectados que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações no mundo” (EUA, 1997, p. 01).

Pelos conceitos extraídos de Lorenzetti (2004, p. 25), apresentando as características relevantes da internet, é possível entender que a internet é uma rede aberta, interativa e internacional; onde existe uma multiplicidade de operadores, possuindo “aptidão para gerar suas próprias regras”, apresentando uma “aceleração do tempo histórico” e permitindo “a comunicação em tempo real e desterritorialização das relações jurídicas”; diminuindo, assim, os custos das transações.

Importante salientar que o retromencionado autor deixa explícito que “a rede não é um produto isolado, pois apresentam regras de diferenciação que também influenciam os conceitos e regras jurídicas”, principalmente na “defesa do consumidor” (LORENZETTI, 2004, p. 25). Ressalte-se que a revolução tecnológica não é fruto de uma atuação virtual de ofício, mas sim da necessidade direta da sociedade enquanto usuária e, até mesmo, dependente desta mesma tecnologia.

A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os

utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia. (CASTELLS, 2007, p. 17).

Vincula-se, portanto, ao disposto por Castells (2012, p. 29) quando admite que o sistema político se encontra desafiado pela emergência de uma comunicação sem barreiras e auto-organizada, forçando a necessidade de promoção de medidas que se adaptem às novas necessidades impostas pela inovação tecnológica.

No ano de 2011 a Organização das Nações Unidas, através do Conselho dos Direitos Humanos, publicou o *“Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue”*<sup>3</sup>, na qual se estabeleceu que o Acesso à Internet é um direito humano que deve ser garantido a todos.

Pela análise do relatório, constata-se que através o acesso à Internet é possível garantir direitos essenciais ao ser humano, como a liberdade de opinião e de expressão. Foi através da Internet que se ampliou e consolidou inúmeras espécies de direitos individuais e coletivos, muito embora exista o aumento de atos que ataquem estes mesmos direitos. Assim, nos termos do relatório, cabe às nações fortalecerem o acesso à rede entendendo-o como um direito universal e proteger este acesso de quaisquer agressões que venham a tolher direitos dele provenientes.

---

3 Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue

O Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos ainda demonstrou no relatório certa preocupação com o poder que alguns estados possuem de realizar um controle centralizado sobre o tráfego da Internet, entendendo que quaisquer medidas realizadas com o intuito de desconectar os usuários do acesso à internet violam direitos de propriedade intelectual. (ONU, 2011, p. 14).

O Conselho de Direitos Humanos trouxe ainda em seu relatório o termo “digital divide<sup>4</sup>”. Axiologicamente a divisão digital seria uma lacuna entre pessoas com acesso efetivo à internet e aqueles com acesso limitado ou nenhum acesso. Entende-se, portanto, que apenas com a existência de políticas e planos de ação concretos que favoreçam o acesso universal à Internet é que será possível combater a segregação de seu acesso. (ONU, 2011, p. 16-17).

Em que pese a construção do discurso em torno do acesso à internet, convém apresentar a perspectiva paradoxal e problemática de fundamentação dos direitos humanos, proveniente do esfacelamento do direito natural. Em Luhmann (2010, p. 159) é possível extrair a consideração de que a validade de uma norma se mostra quando ocorre o seu descumprimento. Neste sentido, as normas são reconhecidas a partir de suas violações e, no caso dos direitos humanos, estes se tornam reconhecidos na medida em que há o seu próprio descumprimento.

A construção dos direitos humanos passa por uma questão de desenvolvimento primário com base de validação do direito subjetivo a partir de sua objetivação. Neste sentido, a construção do conceito de Direitos Humanos possui sua gênese na relação

---

4 Em tradução livre: divisão digital.

com a ideia de contrato social (LUHMANN, 2010, p. 156). Diante dessa perspectiva, os direitos humanos passariam de um estado de natureza para um estado civil na impossibilidade de denúncia do contrato, diferenciando-se dos direitos convencionalmente construídos.

A solução para o primeiro paradoxo dos direitos humanos está justamente na textualização, positivando-se os direitos considerados pré-positivos. Esse processo se deu inicialmente com o reconhecimento em textos declarativos, como é o caso da *Bill of Rights* e da Declaração Francesa, mas atinge sua concretização quando as Constituições do Estado passam a dispor normativamente dos direitos humanos de forma escrita.

O gerenciamento do paradoxo – nos dizeres de Luhmann (2010, p. 158) – passa a ser uma questão do Estado, obscurecendo para a sociedade a base de validade dos direitos humanos, um problema que aumenta proporcionalmente. É importante perceber que o sociólogo alemão não propõe a renúncia destes direitos, mas a redução dos paradoxos que o envolvem.

É exatamente neste contexto que se insere o reconhecimento dos direitos humanos por meio de sua própria violação. Quando se vislumbra um processo de frustração do conteúdo normativo, o sistema processa aquela ocorrência e passa a reconstruir, com base na memória, produzindo como resultado a própria legitimação dos direitos humanos.

Não se deve esquecer, ainda, o questionamento de Luhmann (2010, p. 159) acerca de uma nova forma de desdobramento dos direitos humanos, visto o assoberbamento de garantias estatais acerca da tutela e observância dos direitos humanos, além das formas inadequadas de sua efetivação, que pode ser trazido de forma integral a discussão ora levantada.

Este paradoxo pode ser gerido a partir da desconstrução, a partir da observância das mudanças sociais, mas, sobretudo, por um nível diferenciado de reflexão, partindo-se de um ponto sólido de apoio, sobretudo quando se trata da manipulação dos meios de massa.

Retornando-se, portanto, ao objeto em análise, um estudo realizado pela Organização das Nações Unidas trouxe ainda dados acerca do uso da rede virtual, trazendo um perfil econômico de acesso à internet. Nos países desenvolvidos, o acesso se dá através de 71,6 usuários para cada 100 habitantes. Em contrapartida, nos países em desenvolvimento esse valor cai para 21,1 usuários. Quando se trata da região africana, este valor é reduzido para 9,6 usuários. A conclusão evidente é a de que o padrão econômico se torna o fator preponderante na determinação de quem pode ter acesso à Internet, se concentrando em países socioeconomicamente fortes. (ONU, 2011, p. 17).

No ano de 2016 o IBGE realizou pesquisa acerca do acesso à internet no Brasil, verificando que o acesso é existente em 69,3%. A margem em relação a região se dá em 76,7% no Sudeste; 74,7% no Centro-Oeste, 71,3% no Sul, 62,4% no Norte e 56,6% no Nordeste. Quando comparada a relação no que diz respeito às zonas urbana e rural, constatou-se que esta não passa dos 40% em todas as regiões<sup>5</sup>.

A discussão protagonizada pela Organização das Nações Unidas se relaciona de maneira essencial com a existência do Direito ao Desenvolvimento. A resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU destacou que o desenvolvimento de um processo

---

5 Em 2017 o IBGE publicou pesquisa sobre o Acesso à Internet, entretanto da perspectiva dos domicílios e dos indivíduos, não apresentando dados quanto às regiões.

que se atrela a questões econômicas, sociais, culturais e políticas, visando “o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.

A Internet e o acesso à rede são mecanismos que podem proporcionar o bem-estar da sociedade através de uma maior participação dos indivíduos, bem como tem a potencialidade de distribuição de informação de uma maneira mais equânime socialmente, muito embora ainda exista diferenças abismais de acesso.

O excluído digital é toda pessoa que possui limitações para acesso e interação de conteúdos por intermédio da internet (BALBONI, 2007, p. 12). Esta ausência de disponibilidade se dá não somente sob o prisma econômico, mas igualmente social e cultural. A internet, como mecanismo centralizador de atividades nas áreas social, econômica e política, torna àqueles que não possuem acesso no patamar de marginalidade, mesmo para aqueles que possuem o acesso limitado (CASTELLS, 2003, p. 203).

É possível considerar o acesso à internet foi construído por intermédio de uma norma princípio, capitaneado em uma geração de direitos fundamentais de cunho eminentemente social, por intermédio do fomento – sobretudo por parte da Organização das Nações Unidas – para que os Estados adotassem posturas positivas no sentido de promoção do acesso à internet. Não obstante, a quantidade de excluídos digitais não só no Brasil, mas internacionalmente é muito grande, fomentando o paradoxo dos Direitos Humanos que mesmo universais, só são considerados essenciais em razão de existir o seu descumprimento.

## Considerações finais

O término da Segunda Guerra Mundial configurou uma virada nos rumos da civilização da sociedade. O surgimento de uma proposta humanizada ascendeu, sobretudo em virtude das graves transgressões capitaneadas pelo nazismo. Essa virada teve como centro um novo programa civilizatório, encabeçado pelos Direitos Humanos como ponto nevrálgico de toda a estrutura social.

A partir de então toda a base teórica dos direitos humanos foi erigida com fundamento em garantias ao longo da história, moldando-se à medida que a sociedade necessitava. Em 1948 surge então a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento que traduziram os direitos básicos dos indivíduos e figurou como ponto de partida de inúmeras outras garantias dentro dos mais variados espaços da sociedade.

Ocorre que é possível vislumbrar uma ausência de concretização àquilo que os Direitos Humanos se propuseram. Isso se verificar, sobretudo, pela série de descumprimentos aos dispositivos que foram internacionalmente positivados, gerando uma fragmentação da força cogente do seu conteúdo normativo. Não deixa de ser – nos dizeres de Niklas Luhmann – um dos paradoxos dos Direitos Humanos, tendo em vista que um dos critérios de sua fundamentação não deixa de ser o seu descumprimento.

Nesses termos, com base na Teoria Luhmanniana dos Sistemas, o presente artigo propôs a realizar uma discussão teórica acerca da falência dos Direitos Humanos como organizador das complexidades existentes na sociedade, tomando por base um dos direitos consagrados pela ONU, qual seja, o acesso à internet.



Utilizando-se de um único Direito Humano considerado pela ONU e repercutido em várias legislações nacionais pelo mundo, o acesso à internet figura como uma das garantias que não possui sua concretização, como acontece na maioria dos direitos humanos. Dentre os motivos para sua ocorrência, está a discrepância de interpretação e comunicação entre os sistemas jurídico e político.

Pela ausência de efetivação universal do acesso à internet, é possível concluir que embora tenha figurado como um programa civilizatório ocidental – sobretudo com os benefícios que a conexão online traz para o indivíduo – do ponto de vista do aumento das complexidades, vislumbra-se que os Direitos Humanos não conseguiram organizá-las. Ao contrário, essas complexidades aumentaram e ao passo que parcela da sociedade possui pleno acesso, outra parcela se encontra totalmente excluída, o que forma como obstáculo – inclusive – a várias outras garantias que estão no rol dos Direitos Humanos.

Esse fenômeno, ao final, não está restrito ao acesso à internet, mas abarca uma gama de direitos humanistas que foram estruturados ao longo do tempo, mas que se encontram longe de sua efetivação, o que leva – inevitavelmente – ao desgaste e à falência dos Direitos Humanos.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Norma 004/95 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)**. Aprovada pela Portaria n. 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações. Disponível em: < [http://www.anatel.gov.br/hotsites/direito\\_telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/minicom\\_19950531\\_148.pdf](http://www.anatel.gov.br/hotsites/direito_telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/minicom_19950531_148.pdf). Acesso em: 04 ago 2018.

BALBONI, Mariana Reis. **Por detrás da Inclusão Digital: Uma Reflexão sobre o consumo e a produção de informação em centros públicos de acesso à Internet no Brasil**. São Paulo: USP, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Tradução: Roneire Venâncio Majer. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura; v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política. Organizado por: Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Belém: 2007.

LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Col. Comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Kapitalismus uns Utopie.** n.3, p. 189-198. Merkur: 1994.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo Procedimento.** Brasília: Editora da UnB, 1980

\_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociais. Esboço de Uma Teoria Geral.** 1ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O Paradoxo dos Direitos Humanos.** Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.** São Paulo, 2005.

SILVA, Felipe Calabrez da. **Reforma do Estado e Política Macroeconômica no Governo Cardoso.** 2010. Disponível em: < [http://www.uel.br/eventos/sepech/sumarios/temas/reforma\\_do\\_estado\\_e\\_politica\\_macroeconomica\\_no\\_governo\\_cardoso.pdf](http://www.uel.br/eventos/sepech/sumarios/temas/reforma_do_estado_e_politica_macroeconomica_no_governo_cardoso.pdf)>. Acesso em 29 de jul. 2018.

SILVA, Luciano Nascimento. **Direitos Humanos e o Observador: Complexidade,Contingência, Autopoiesis, Paradoxo e Expectativa.** Revista On-line do CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento. v.16, n. 24/25, janeiro a dezembro de 2015



# UM ENSAIO SOBRE A DIMENSÃO FRACTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Thaynara Alves Goulart<sup>1</sup>

Alessandra Correia Lima Macedo Franca<sup>2</sup>

---

---

A Dignidade Humana está longe de ser caracterizada por definitivo, mas segundo Lawrence Reed (2018, p. 80) “há dois prismas básicos pelos quais podemos ver, estudar e antecipar a sociedade humana: individualismo e coletivismo” e, segundo acreditamos, estes dois prismas podem nos servir para analisar a dignidade.

Num primeiro plano individualista, cita-se a concepção do filósofo prussiano Immanuel Kant, para quem a Dignidade da Pessoa Humana compreenderia a dimensão infungível do indivíduo, segundo explica:

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo

---

1 Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), área de concentração em Direitos Humanos, Linha 3 – Abordagens inter/pluri/transdisciplinares dos Direitos Humanos. Professora de língua inglesa e graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (2016).

2 Membro do LABIRINT - Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade - e Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Genebra (2014). Professora da Universidade Federal da Paraíba.

equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” (KANT, p. 65).

Entende-se então que para Kant, o aspecto individual da Dignidade da Pessoa Humana prevalece, pois esta é tratada como um fim em si mesma. Inicia em um único ser humano e se finda nele. Não advém do coletivo, mas sim, dos indivíduos. Conclui-se então que é um dos atributos do indivíduo possuir preço ou dignidade, é inato do ser humano, é o cerne do coletivo.

Rhoda Howard-Hassmann<sup>3</sup> arguia, no início dos anos 80, acerca de uma possível hierarquia dos Direitos Humanos, primeiro vindo os direitos civis e políticos e posteriormente, direitos econômicos, sociais e culturais. Em sua visão, essa realidade seria cabível em países ocidentais, mas, de acordo com sua publicação vislumbra-se que nos países da África subsaariana não seria possível seguir a ordem pré-estabelecida de Direitos Humanos do mundo ocidental.

Partindo da visão da professora canadense, admite-se que os Direitos Humanos, embasados na concepção ocidental da Dignidade Humana, possuem um núcleo comum de significados em ambas as realidades mencionadas (África subsaariana e mundo ocidental), mas o derredor seria variável conforme a realidade cultural de cada lugar. Ou seja, a Dignidade Humana possui um certo padrão em seu núcleo, mas o seu entorno é passível de plasticidade. Nas palavras da escritora (1984, p.467), “the “full-belly” thesis is that a man’s belly must be full before

---

3 “The Full Belly Thesis: Should Economics Rights Take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa” disponível no site da Universidade Wilfrid Laurier em: <[https://scholars.wlu.ca/poli\\_faculty/17/](https://scholars.wlu.ca/poli_faculty/17/)>

he can indulge in the “luxury” of worrying about his political freedoms.”<sup>4</sup> Afinal, de que adiantam direitos políticos aos povos subsaarianos se estes estão passando fome?

Agora já no segundo plano, ou seja, a concepção coletiva da Dignidade da Pessoa Humana, adviria da ideia de que, ao existirem direitos que pertencem coletivamente a todos, enquanto indivíduos que partilham o mesmo ambiente, haveria uma dignidade coletiva, como se depreende do que aduz o professor Richard Falk, “(...) global solidarity will be needed to address such issues as climate change, regulation of the world economy, establishment of security, maintenance of human rights, and implementation of the ethos of a responsibility to protect peoples confronting an imminent human catastrophe, (...) supportive of individual and collective human dignity.” (2009, p.58).

É interessante notar que a Constituição Federal brasileira de 1988 dá sinais de adotar esta concepção. O constituinte à época, anota no próprio enunciado do Título II, Capítulo I da Constituição Federal de 1988, “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, como inseparáveis, presumindo uma coexistência da Dignidade Humana individual e da coletiva.

Karel Vasak, foi o primeiro a propor uma divisão dos Direitos Humanos em gerações<sup>5</sup>. Tendo como inspiração os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade),

---

4 Extrato do artigo “The Full-Belly Thesis: Should Economics Rights Take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa” onde pode ser traduzido como: “ a tese da Barriga Cheia é a de que a barriga de um homem deve estar cheia antes de ceder à “luxúria” de se preocupar com suas liberdades políticas. ” Tradução nossa.

5 Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier, 11:29–32.

proferiu discurso em 1979 utilizando como base um texto de sua autoria publicado em 1977 afirmando que a primeira geração (relacionada à liberdade) envolveria as liberdades individuais, civis e políticas. A segunda geração (inspirada pela igualdade) consistiria nos direitos voltados à igualdade entre os indivíduos e, por último, a terceira geração (com vistas à fraternidade) partiria da consciência de que existiriam direitos além da proteção individual ou coletiva, que mereceriam tutela jurídica, a exemplo dos direitos difusos.

Apesar de tal teoria já ter sido refutada por muitos juristas, tanto os que consideram um único conjunto de elementos, como as proposições acerca de oito gerações ao invés de três<sup>6</sup>, a elasticidade da noção de Dignidade Humana parece permear a grande maioria das teorizações, até mesmo para incluir diversidades culturais. Patrícia Jerônimo (2001, p. 312), ao analisar as óticas universalistas e relativistas dos direitos humanos considera que diante da impossibilidade de uma lógica universalista simples, que corresponderia ao modelo ocidental, “isso não significa que devemos prescindir de um corpo de referentes ético jurídicos de dimensão transcivilizacional”. Ou seja, é preciso que o conceito inclua padronização e diversidade.

Diante das dificuldades de compreender tal conceito que serviria de pano de fundo para todas as possíveis dimensões de direitos humanos, incluindo tanto perspectivas individualistas, quanto coletivistas e ao mesmo tempo abrindo-se para outras possíveis configurações, ocorreu-nos buscar uma imagem que

---

6 A Oitava Dimensão, de acordo com Jeferson Botelho Pereira, discorre acerca da Segurança Pública, “As dimensões do Direito e a Segurança Pública”. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3949, [24] abr. [2014]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27710>>



pudesse servir de modelo analógico ou metafórico, capaz de ilustrar que tais ideias são apenas aparentemente contraditórias.

Tal recurso é comum na ciência, como nos mostra Levy Joel (2011, p. 6-7), para quem, “as analogias têm grande poder porque se ligam à arquitetura da mente humana. A mente evoluiu em um ambiente complexo e fluído e se especializou em processar informações, muitas vezes confusas e incompletas, de um modo rápido e eficaz. Ela usa regras gerais e atalhos, sempre que possível, razão pela qual as pessoas tendem a ter dificuldade em seguir processos de pensamento estritamente lógicos. Ao invés disso, achamos mais fácil raciocinar comparando o desconhecido com o conhecido, fazendo experiências que procuram ligações entre as coisas e buscando padrão e significado”.

Neste diapasão, encontramos na “geometria dos fractais”, modelos que poderiam eventualmente servir de ilustração para o modelo de dignidade pelo qual advogamos, observamos que os fractais possuem identidades com o conceito de dignidade conforme percebemos.

Os modelos fractais representam figuras geométricas que não são normalmente explicadas pela geometria clássica, o termo data de 1975 pelo matemático Benoît Mandelbrot, sendo “une fractale, terme qu’il a forgé à partir du mot latin signifiant « cassé », est une forme géométrique que l’on peut morceler en plus petites parties, chacune rappelant comme en écho la forme du tout à une échelle plus petite.”<sup>7</sup>

---

7 Extrato do livro traduzido do inglês para o francês e publicado em 2009 “Une Approche Fractale des Marchés”, autoria de Benoît Mandelbrot e Richard L. Hudson, página 12, cujo trecho significa “um fractal, termo forjado a partir de uma palavra do Latim “quebrado”, é uma forma geométrica que podemos romper em partes ainda menores, cada uma recordando como que em eco a forma do todo numa escala menor.” Tradução nossa.

Existe uma grande quantidade de fractais na natureza passíveis de observação e análise, a exemplo da íris do olho, das nuvens, das conchas do mar, do DNA, das impressões digitais e, um dos pioneiros a ser estudado, do floco de neve. Étienne Ghys, matemático francês que participou de um encontro de matemáticos no Rio de Janeiro em 2018<sup>8</sup> é um entusiasta do estudo acerca do floco de neve e sua estrutura fractal, refutando a hipótese de uniformidade dos flocos. Os instrumentos de observação permitiram observar que, embora o conceito de cristais de gelo que se reúnem permaneça imanente, a configuração destes cristais reunidos é muito mais diversa do que se imaginou um dia e, apesar desta configuração diversa, nota-se que há neles um padrão que se repete: a forma hexagonal, sendo estrelas de seis pontas. Ainda a respeito do floco de neve, Étienne Ghys explana que “o entendimento da natureza através da matemática é um conceito muito moderno. E as simetrias que Johannes<sup>9</sup> tentou encontrar na natureza ainda hoje estão na raiz da ciência. As simetrias governam a matemática e a física.”

Entende-se que seja possível realizar uma comparação deste fenômeno da natureza com o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, compreendida como “uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade, integridade física e moral, materializando-se em um conjunto de direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano” (BAEZ, p. 35).

---

8 Notícia acerca da participação de Étienne Ghys no evento foi coberta pelo jornal da Universidade de São Paulo, disponível em: <<https://jornal.usp.br/universidade/a-matematica-que-nasce-de-um-floco-de-neve/>>

9 Johannes Kepler foi o primeiro a sugerir que talvez existisse um padrão nos flocos de neve, era astrônomo e matemático.

Encontramos na dignidade um núcleo básico, como, os direitos (à vida, à segurança, à liberdade, à personalidade, etc.). Que seriam a parte uniforme, como os cristais de gelo. E, por outro lado, quando reunidos interligados coletivamente manifestam suas diferenças.

O que se vislumbra é o fato posto: a não uniformização conceitual de Dignidade da Pessoa Humana não exclui a existência de um núcleo comum onde os elementos ao redor são tão variáveis quanto a própria definição de Dignidade, todavia a existência de tal núcleo faz este conceito estar em sincronia com a geometria dos fractais, figuras também variáveis cujo núcleo é comum. A dialética própria das figuras geométricas fractais tem oferecido material para interpretações em vários campos de estudo, como o mercado financeiro, a tecnologia e agora a Dignidade da Pessoa Humana.

As análises comparativas são necessárias, constituem uma metodologia dentre muitas que se mostra eficaz e que outrora trouxe resultados positivos para a medicina, a sociologia, a tecnologia, o turismo, etc. Étienne Ghys mesclou matemática e fractais da natureza (flocos de neve)<sup>10</sup>, Benoît Mandelbrot por sua vez conectou os fractais com o mercado financeiro<sup>11</sup>, Rhoda Howard-Hassmann ligou a Dignidade da Pessoa Humana com a

---

10 Étienne Ghys participa de eventos divulgando suas pesquisas com flocos de neve e matemática, como o Congrès Mathématiques et Diffusions de Nantes <<http://www.fpl.math.cnrs.fr/madina/fr/node/18.html>> e La Géométrie des Flocons de Neige na Université de Neuchâtel <<https://math.ch/archive/documents/conference-ghys-flocons-de-neige.pdf>>

11 Obra intitulada “Une Approche Fractale des Marchés: Risquer, perdre et gagner”, publicada em 1975.

cultura e a geografia<sup>12</sup>, e este artigo propõe uma metáfora entre um conceito jurídico e uma figura fractal graças à linguagem.

O escritor americano James Gleick afirmou que:

“A dependência sensível das condições iniciais não serve para destruir mas sim para criar. Enquanto um floco de neve vai ficando (sic; caindo?) para a Terra, flutuando tipicamente ao vento durante uma ou mais horas, as escolhas feitas pelas pontas que se vão ramificando dependem de modo sensível em qualquer instante de fatores como a temperatura, a humidade e a presença de impurezas na atmosfera. As seis pontas dum único floco de neve, ocupando um espaço minúsculo, sentem as mesmas temperaturas; e, dado que as leis de crescimento são puramente deterministas, mantêm uma simetria quase perfeita. Mas a natureza do ar turbulento é tal que qualquer par de flocos de neve irá sofrer experiências muito diferentes. O floco final registará a história de todas as variações do tempo por que passou e essas combinações são em número praticamente infinito.” (GLEICK p. 383)

Portanto, na intenção de conceber uma correlação existencial entre a Dignidade da Pessoa Humana e um fractal, há de se verificar quais são os elementos padrões que compõem o núcleo comum e quais são os elementos de diversidade que constituem o entorno, levando em consideração igualmente as alterações periféricas que formam o entorno do núcleo comum, os elementos de diversidade que são variáveis mas que não deixam de fazer parte daquilo que se pretende expor, seja na alçada da natureza, das finanças, do direito ou da tecnologia. Admite-se então que apesar de não existirem formatos idênticos de flocos

---

12 Obra intitulada “The Full Belly Thesis: Should Economics Rights Take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa”, publicada em 1984.

de neve, todos são considerados flocos de neve, vez que possuem as mesmas estruturas padronizadas, centrais e periféricas, onde estas últimas são passíveis de alteração de acordo com o meio em que surgirem e as condições ali verificadas. O mesmo diz-se da Dignidade da Pessoa Humana e seu conceito elástico, abrangendo elementos inatos e variantes, mas sempre em conformidade com o que a Dignidade Humana é, ou pelo menos, almeja ser.

## Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc. 2011.

FALK, Richard. *Achieving Human Rights*. Routledge. 2009.

GLEICK, James. *Caos: A construção de uma nova ciência*. Lisboa: Gradiva. 1989.

HOWARD-HASSMANN, Rhoda. *The Full-Belly Thesis: Should Economics Rights Take Priority Over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press. 1984.

JERÔNIMO, Patrícia. *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações*. Coimbra: Almedina. 2001.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos, São Paulo: Martin Claret. 2002.

LEVY, Joel. Analogias Científicas. Madrid: Librero. 2011.

MANDELBROT, Benoît; HUDSON, Richard. Une Approche Fractale des Marchés: Risquer, perdre et gagner. 1975.

PEREIRA, Jeferson. As dimensões do Direito e a Segurança Pública. Teresina: Jus Navigandi, ano 19, n. 3949. 2014.

REED, Lawrence. Desculpe-me, socialista: Desmascarando as 50 mentiras mais contadas pela esquerda / Lawrence W. Reed ; tradução de Leonardo Castilhone. – São Paulo: Faro Editorial. 2018.

# O DECISIONISMO E O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INVENÇÃO DA DEMOCRACIA MATERIAL: O PAPEL DOS JUÍZES E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

Thaynná Batista de Almeida<sup>1</sup>  
Adriana Alencar Setubal Santos<sup>2</sup>

---

---

## Introdução

A atual configuração do Estado Brasileiro pautado em um sistema republicano se deu de forma bastante tardia, tendo em vista todo o contexto histórico de dominação que marcou o período colonial. Além disso, durante muito tempo, o Brasil viveu sob a égide de ditaduras que culminaram na feitura de diversos documentos constitucionais que tiveram por base o atendimento dos anseios sociais e políticos de cada período que o país viveu (BARBOSA, 2015). A última Carta Magna foi promulgada em 1988 sob um contexto histórico do fim de um regime político marcado por um viés autoritário, violento e repressivo do Poder Executivo.

Nesse quesito, sob a ânsia da efetivação de um Estado Democrático de Direito que prezasse pelas formas democráticas

---

1 Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba

2 Doutora em Ciência Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba

da política e pela busca de um ideal da efetivação dos direitos fundamentais, a Carta de 1988 foi escrita como forma de buscar meios cada vez mais eficazes de limitar o Poder Executivo, como forma de coibir possíveis arbitrariedades que pudessem ser cometidas, tendo por base uma atuação protagonista do Poder Judiciário (LIMA, 2013).

Concomitante a feitura da Carta de 1988, surgiu no âmbito global o que os teóricos denominaram de a Era Judicial que tinha por base o fomento a um modelo judicial em que o juiz teria mais poder decisório no sentido de combater possíveis abusos que viriam a ser cometidos pelo Poder Executivo ou Legislativo, tendo em vista o contexto histórico trazido pela Segunda Guerra Mundial, marcado pelo autoritarismo do Executivo que tinha nas mãos o poder decisório como forma de evitar o caos.

Assim, somando-se as novas previsões constitucionais que davam mais poderes para os juízes limitar os atos do executivo, somado ao viés histórico de um maior poder ao judiciário, surgiu o que a doutrina denominou como ativismo judicial, um conceito de difícil delimitação por parte dos doutrinadores mas que em tese representa uma interferência do judiciário em âmbitos que não são de sua competência na forma de garantir direitos. Atrelados a isso, as teorias decisionistas também passaram a fazer cada vez mais parte da atuação do juiz tendo em vista que esta passa a ser considerado como um novo poder soberano que através do seu poder decisório dado pela sentença é capaz de impedir que o caos se instale na sociedade.

Nesse viés, a importância deste trabalho vem exatamente no sentido de estudar como as concepções de ativismo judicial e decisionismo estão intimamente atrelados ao papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil como garantidor de direitos fundamentais. Assim, o problema do presente artigo se traduz da



seguinte forma: Entre decisionismo e ativismo como se dá o papel do Supremo Tribunal Federal para a construção da democracia material? O objetivo geral consiste em investigar os fundamentos da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) para construir a democracia material. Além disso, o trabalho tem como objetivo específico construir os conceitos limítrofes judicantes do ativismo e do decisionismo bem como a forma que se dá a construção da democracia material nos dias atuais.

No que diz respeito a metodologia adotada, será realizada uma pesquisa qualitativa, descritiva, documental e bibliográfica que será apresentada em duas partes: A primeira diz respeito a uma breve conceituação acerca do que significa ativismo judicial e decisionismo e como se deram a sua construção história. Na segunda parte será tratado sobre os aspectos da democracia material e o papel do STF no Brasil para a efetivação de direitos.

## **Conceitos Limítrofes Judicantes do Ativismo Judicial e do Decisionismo**

### Do Decisionismo Schmittiano a Complexidade em Luhmann

O decisionismo é uma teoria que está relacionada a obra do jurista alemão Carl Schmitt, embora autores contemporâneos como Marcelo Neves também tenham tratado sobre o tema em seus livros. Nesse sentido, há dois momentos em que Schmitt fala sobre a questão da decisão. O primeiro se encontra na obra *Gesetz und Urteil. Eine-Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, em que ele trata a decisão como algo que está intimamente relacionada a práxis jurídica. O segundo momento se dá no ano

de 1922, quando há a publicação dos livros *Politische Theologie* e *Verfassungslehre* em que o tema central diz respeito ao fato de que a decisão cabe àqueles que são soberanos dentro de um estado de exceção, como forma de garantir a ordem.

Assim, o pensamento Schmittiano sobre o decisionismo se traduz no fato de haver um poder soberano que seja fundador de uma ordem jurídica e que tenham por objetivo garantir a ordem em um estado de exceção. Nas palavras de Schmitt:

“Para o jurista de tipo decisionista, a fonte de todo o “direito”, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando” (SCHMITT, 1934)

Importante notar que, embora Schmitt tenha sido o pioneiro no sentido do desenvolvido de uma teoria sobre a decisão atrelada ao poder de estado, suas ideias tiveram por base a obra de Bodin e Hobbes em que esse último teve especial destaque no século XVII. Isso porque Hobbes traz a peça chave da ideia de Schmitt que é exatamente a justificação racional do poder ilimitado do estado soberano, em que há uma rejeição a qualquer critério exterior que venha a limitar a decisão do soberano no estabelecimento das leis.

Ademais, Hobbes ainda explica que a ideia de um poder soberano ilimitado encontra respaldo no fato de que tal poder é o único que poderá livrar toda a sociedade do pior mal que pode haver: um estado permanente de guerra de todos contra todos. Assim, a preservação da vida de cada indivíduo está nas mãos

de um poder soberano ilimitado que poderá se valer da decisão como forma de impedir o caos, ideia esta que é a base do pensamento Schmittiano para justificar um poder soberano ilimitado e que foi o principal responsável pela legitimação dos regimes totalitários na Europa durante a década de 30 e 40.

Contemporaneamente, a questão do decisionismo pode ser explicada pela análise feita pelo jurista Marcelo Neves das ideias de Dworkin e Alexy, tendo por base a teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Para Neves, inicialmente os princípios e as regras podem estar dispostos de forma direta e indireta no texto constitucional com o cuidado para que tais enunciados estejam dispostos de forma a respeitar os dispositivos que já estão presentes, conforme disciplina a ideia de dupla contingência trazida por Luhmann.

Assim, o jurista brasileiro traz toda uma discussão acerca dos princípios no direito constitucional tendo em vista que a positivação dos mesmos possibilita a autonomia do direito na sociedade moderna. Tal ideia tem por base a teoria de Luhmann sobre o acoplamento estrutural entre o direito a política, cuja a Constituição poderá ser tido como seu resultado mais exitoso, e que pressupõe a efetivação de um Estado democrático de Direito, devendo o entendimento da Constituição ser firmado tanto pela interpretação das normas como a pela aplicação das mesmas. (NEVES, 2013)

Nesse sentido, é importante perceber que a positivação dos princípios dentro da Constituição possibilita que haja uma diferenciação destes das regras, tendo em vista estas serem insuficientes para garantir a satisfação das expectativas normativas dentro de uma sociedade complexa. Assim, as regras, que configuram uma realidade estrutural desestruturada, quando passam pelo crivo das expectativas normativas presente no entorno do

sistema do Direito, se transformam nos princípios, que configuram a complexidade do sistema. Nesse viés, a observância da relação entre os princípios e as regras, obedecem a ideia de dupla contingência do sistema jurídico, que Neves se vale para explicar a relação entre o legislador e o aplicador do direito. Ou seja, a norma não poderá ter sua interpretação apenas baseada no sentido dado pelo legislador, como também não pode se basear apenas na interpretação do juiz aplicador. (SÁ, 2003)

Destarte, a ideia de Neves é exatamente no sentido de preservar relação entre o legislador e o juiz, sob pena de acarretar em um positivismo que só respeita a vontade do legislador, desconsiderando as diversas variáveis sociais, ou ainda um desprezo por parte do juiz da consistência jurídica das leis positivadas pelo legislador, acarretando no fenômeno do decisionismo. Logo, os princípios e as regras, estando em perfeita harmonia com o sistema, tem uma fundamental importância no sentido de preservar o equilíbrio entre a vontade do juiz e do legislador.

## Do Ativismo Judicial

O tema do ativismo judicial é bastante controverso e por isso comporta uma série de definições. Inicialmente, é importante notar que os debates acerca do seu conceito e sua extensão tiveram início na metade do século XX quando surgiu o que os doutrinadores denominaram de Era judicial que tinha por base a criação de um modelo de jurisdição composto por um órgão administrativo alheio aos três poderes concebidos por Montesquieu e que tinha como principal objetivo atuar como freios e contrapesos a uma atuação decisionista por parte de um poder soberano.

No Brasil, devido a nova configuração trazida pela Constituição Federal de 1988, o poder de limitação das arbitrariedades impostas por outros poderes foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), canalizando este também a função de guardião da Constituição. (BARBOSA, 2015, p. 21). Nesse quesito, surgiram os primeiros debates sobre a atuação ativista do STF. Na definição do jurista e professor Luiz Roberto Barroso, o ativismo pode ser compreendido como uma forma de interpretação extensiva e proativa da Constituição com o objetivo de buscar a concretização de princípios constitucionais e direitos fundamentais sendo uma de suas formas a imposição de condutas ao Poder Público, invadindo seu âmbito de atuação. (BARROSO, 2011, p. 6).

Assim, de acordo com a ideia de Barroso, é possível perceber três condutas que caracterizam o ativismo judicial: a declaração de institucionalidade (tendo por base critérios pouco rígidos); a aplicação direta da constituição (mesmo com a ausência de dispositivos que tratam sobre determinado tema de forma expressa); e, por fim, a imposição de condutas ao Poder Público, tendo por base limitar a possível arbitrariedade que pode haver em suas decisões.

Um dos pontos chave da questão do ativismo judicial, diz respeito, portanto, a uma participação mais intensa do judiciário na busca pela realização material do direito (concretizar valores e fins constitucionais), invadindo o âmbito de atuação do Poder Legislativo e do Executivo. Assim, o ativismo judicial poderá ser compreendido como um fenômeno eminentemente jurídico (ao contrário a judicialização da política que se apresenta como um acontecimento social), sendo uma conduta adotada pelos juízes no exercício de suas funções, vinculando a decisão judicial a vontade daquele que julga, configurando um Poder Judiciário dotado

de supremacia no ato decisório com competências que não lhe foram atribuídas na Constituição. (STRECK *et al*, 2015, p. 56).

As discussões sobre o tema têm ganhado cada vez mais a mídia bem como os debates acadêmicos tendo em vistas as reiteradas decisões do STF que tem uma base eminentemente política como forma de atender a algum anseio da época. Um exemplo disso foi a propositura da Súmula Vinculante n.º 11 que diz respeito a limitação do uso das algemas por parte da autoridade policial. A referida súmula foi feita durante a operação Satiagraha e ensejou a soltura de dois banqueiros que foram presos e levados algemados para a carceragem.

No caso analisado o enunciado editado pode ser considerado ativista tendo em vista que desrespeito o rito de feitura das Súmula Vinculantes que está previsto tanto no artigo 103 - A da Constituição como também na Lei 11.416/06 que disciplina que as Súmulas Vinculantes devem ser um enunciado pacificado de um entendimento reiterado sobre a matéria. No caso da Súmula n.º 11 só haviam três casos anteriormente julgados sobre o tema e que vieram no sentido de dar liberdade a autoridade policial para a utilização das algemas.

Ademais, a motivação para a feitura da referida súmula pode ser considerada um tanto controversa tendo em vista que no voto dos ministros há uma grande preocupação com a exposição midiática dos acusados, algo que pode ser visto apenas nas pessoas de grande notoriedade midiática, como políticos, banqueiros, famosos, dentre outros. Assim, a edição da Súmula Vinculante n.º 11 poderá ser considerada, na definição trazida por Barroso, como uma forma de ativismo judicial na medida em que extrapolou os limites da lei para a feitura de uma decisão, impondo ao Poder Público uma forma de atuação.

## **A Legitimidade do Poder Judiciário para a construção da Democracia Material**

### **O Papel dos Juízes na Efetivação da Democracia Material**

Com o advento do Estado Contemporâneo há a decadência do modelo liberal que esteve fortemente presente durante o Estado Moderno para dar lugar a ideia de um bem-estar social. Tal fator significou uma mudança no paradigma social, político e econômico e teve reflexos imediatos no meio jurídico, tendo em vista o reconhecimento de novos direitos advindos principalmente do contexto histórico da Revolução Industrial. Nesse viés, há uma expansão da obrigação do poder público no sentido de garantir os direitos das pessoas por meio de prestações materiais e é nesse contexto que surge um juiz mais ativista e decisionista. Isso porque a nova gama de direitos sociais existentes começa a ser positivados nos mais diversos códigos e para possibilitar a eficácia de tais direitos o judiciário toma para si a função de exigir do estado a prestação material ao qual as pessoas tem direito.

Assim, para viabilizar essa nova função, há uma mudança principalmente nas normas de direito processual que antes eram caracterizada pela indistinção do plano processual e material e que passa a ser observada a partir do aspecto da instrumentalidade, ou seja, um processo não deverá ser um fim em si mesmo mas sim algo que possibilite a efetivação de um direito.

Dessa forma, a nova configuração de Estado que preza pelo bem-estar social afasta a ideia de um juiz que é inerte frente ao processo e coloca-o como protagonista na garantia dos direitos sociais. Isso acarreta um desapego por parte do juiz das formalidades tendo em vista que a sua preocupação fundamental diz

respeito efetividades dos direitos materiais. Assim, o preponderante agora será a finalidade do ato e não o ato em si mesmo, embora o juiz ainda deva obedecer a regras formais que o processo impõe, e mesmo se assim não o fizer, sendo a finalidade alcançada, não há do que se falar em vício formal.

Logo, num estado de bem-estar social, a atividade do juiz deixa de ser a aplicação mecânica das leis e passa a ser imposição para que o Estado efetive os direitos de seus cidadãos. Sobre o tema, é importante ressaltar as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método de pensamento do processualista e do profissional do foro, o que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. (DINAMARCO, 2006)



Uma das consequências do papel garantidor do judiciário no âmbito de um estado de bem-estar social é exatamente a função de criador que o juiz passa ocupar em que para garantir a efetividade do processo ele decide conforme as suas convicções. Além disso, os magistrados também passam a ser movidos pelo cenário social que se apresenta. Diante de tanto poder, o juiz passa a ser menos imparcial, na medida em que sua imparcialidade depende inexoravelmente da sua independência funcional, tendo em vista que não há nenhum poder acima dele, construindo a figura de um juiz soberano que decide conforme as suas próprias convicções e que não possui nada que estabeleça limitações ao seu poder de julgar, remontando os conceitos estabelecidos por Schmitt que dizem respeito a um poder soberano que possui o condão de decidir para evitar o caos social.

Destarte, a nova configuração trazia pelo Estado Contemporâneo diz respeito a participação do magistrado de forma muito mais constante e efetiva, que tem como base garantir os direitos previstos no ordenamento e que por vezes não são observados pelos demais poderes. Assim, no âmbito do Estado Social o juiz como representante maior do Estado deverá decidir conforme o interesse coletivo e como um meio de se alcançar a paz e a justiça social, o que acaba por absolver além de uma função jurídica um papel político.

### O Papel do STF na construção da Democracia Material e os limites de sua atuação

Através da análise prévia do que foi discutido sobre os conceitos de ativismo judicial bem como do decisionismo pode-se entender que são dois fenômenos que estão relacionado a falta de uma forma concreta de limitação do poder decisório do juiz.

Importante notar que a configuração história e jurídica do Brasil é feita de intensas rupturas constitucionais cuja última ocorrida em 1988 teve por base o fim de uma ditadura do executivo marca por fortes abusos e que culminou na feitura de um documento que tinha por objetivo principal ser uma carta cidadã ,que promove os mais diversos direitos sociais e que ao mesmo tempo limite os demais poderes.

No entanto, na ausência de um órgão específico que fosse responsável pela limitação do executivo, tal papel acabou nas mãos do Supremo Tribunal Federal resguardado pelo fato de ser o guardião da Constituição. No entanto, apesar da importância jurídica da Suprema Corte Brasileira, os enormes poderes que ela cumula deram a base para uma atuação cada vez mais ativista e dicisionista por parte dos ministros que dela fazem parte.

Um exemplo que podemos citar é o caso Donadon, que não teve seu mandado cassado pela Câmara Legislativa tendo em vista a condenação por crime de corrupção transitada em julgado. Importante lembrar que tal decisão estava consoante a mudança do entendimento do STF sobre a perda do mandado não ser automática, dependendo do voto da Casa Legislativa. No entanto, a mídia não gostou de tal decisão, o que acarretou em um mandado de segurança por parte deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP) para suspender os efeitos da deliberação que foi dada na Câmara. Para surpresa de todos, o pedido foi acatado pelo STF que suspendeu a decisão da Câmara dos Deputados tendo em vista toda a comoção social dada pelo Caso Donadon. (STRECK *et al*, 2015, p. 54).

Tal posição por parte do STF reabriu os intensos debates sobre até que ponto a Corte pode modificar as decisões para que atenda aos anseios sociais da opinião pública. Nesse sentido, as lições trazidas pela Teria Pura do Direito, de Kelsen, afirmam que

as normas jurídicas carecem de uma determinação semântica, tendo em vista os múltiplos sentidos possíveis. Nesse quesito, a leitura da norma fica a critério do julgador, o que enseja um caráter político a decisão judicial, transformando a vontade subjetiva do juiz em uma interpretação objetiva da norma. (KELSEN, 2006, pg. 387)

No entanto, há que se entender que o que ocorre atualmente em muitas decisões do STF é um extrapolamento da mera convicção moral do juiz no momento do proferimento da decisão judicial o que acaba por transformar o STF também em uma corte política que serve para atender aos anseios tanto da população em geral como dos entes político de maior poder. (BARBOSA, 2015). Assim, o que há de se discutir como uma forma de limitação a esse poder soberano de decisão do juiz é exatamente se as regras do jogo estão sendo cumpridos na decisão judicial, ou seja, se há o atendimento dos princípios e regras trazidas pela Constituição. No Caso Donadon, é exatamente um exemplo de como as normas constitucionais foram extrapoladas, tendo em vista o atendimento a um anseio social.

Destarte, é importante salientar que o papel da limitação de um poder que vai além das competências elencadas pela Constituição não é tarefa de fácil execução e alcance. Isso porque como afirma Kelsen em sua obra, o juiz sempre irá de alguma forma colocar as suas convicções nas decisões que profere. No entanto, é importante perceber que essas decisões devem estar consoantes as normas e regras estabelecidas pelos diversos códigos, sob pena de uma desestrutura normativa do Direito e a não efetividade de direitos.

## Conclusão

A configuração histórica e jurídica brasileira fez com que o fenômeno do ativismo judicial bem como do decisionismo se tornasse marcas bastante presentes dentro do ordenamento jurídico pátrio e até hoje ainda suscita debates entre os doutrinadores. Nesse sentido, é importante que se entenda a necessidade de se entender primeiramente como tais fenômenos estão atrelados ao modelo de jurisdição brasileiro para que finalmente se discutam as formas de solucionar os problemas existentes.

Nesse viés, é importante ressaltar que o ativismo e do decisionismo podem ser considerados como os sintomas de um modelo jurisdicional que a todo instante necessita que o juiz seja mais atuante tendo em vista as constantes violações de direitos que são rotineiramente verificada pelos dois outros poderes que encontram limitação no Poder Judiciário. No entanto, o próprio judiciário necessita de formas concretas de limitação para que não se torne um poder soberano que imponha arbitrariedades.

## Referências

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**. Tese (doutorado) Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós-graduação em Ciências Políticas. Recife, 2015. 167p.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org).

**Constituição e Ativismo judicial:** limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

DINAMARCO, Cândido Rangel. – Instituições de Direito Processual Civil/Candido Rangel Dinamarco. - São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: Uma proposta de delimitação do debate.** Tese (doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós-graduação em Direito. Recife, 2013. 300p.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SÁ, Alexandre Franco de. **Do Decisionismo à Teologia Política Carl Schmitt e o Conceito de Soberania.** Revista Portuguesa de Filosofia, vol. 59, fasc. 1, Braga, 2003, pp. 89-111

SCHMITT, Carl. **über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens** (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. Trad, italiana parcial de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, I tre tipi di pensiero giuridico, in *Le Categorie del "Político"* (Bolonha, Il Mulino, 1972), p. 261.

STRECK, Lênio Luis; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51 – 61.

# DECISÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: OBSERVAÇÕES A PARTIR DO PENSAMENTO DE CESARE BECCARIA E TOBIAS BARRETO SOBRE O DIREITO DE PUNIR

Tiago Medeiros Leite<sup>1</sup>  
Luciano Nascimento Silva<sup>2</sup>

---

---

*Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera de una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione (Cesare Beccaria)<sup>3</sup>.*

*Tudo quebrou o primitivo invólucro poético, só o direito não quer sair da sua casca mitológica (Tobias Barreto).*

- 
- 1 Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, sob orientação do Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto.
  - 2 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália (UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor Adjunto no CCJ/UEPB. Professor Colaborador Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB e no PPGDH/CCHLA/UFPB. Pesquisador Visitante CAPES/CNPQ no *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau, Baden Wuttemberg, Deutschland*.
  - 3 BECCARIA, 1973, p. 13. Uma desordem que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal não é de se colocar em confronto com as desordens que nascem da interpretação (tradução nossa).

## Introdução

O Direito é um sistema de linguagem. A linguagem constitui a construção da norma escrita e da decisão judicial. Decisão judicial é a linguagem transformada em linguagem. A decisão impõe sua força. A força que impõe a força. O Direito que impõe o Direito por meio da força, da linguagem.

O direito moderno, no qual o Direito brasileiro o compõe, possui entre suas características a decisão judicial como instrumento de construção de poder e resolução de conflitos. Nas repúblicas democráticas, a força do Poder Judiciário compõe a estrutura de controle de poderes e limitação das autoridades estatais. Também o Direito moderno mantém o monopólio do direito de punir. O *Jus Puniendi* que atravessou todos os sistemas de persecução penal desde a constituição do Estado, sempre representou a força dos poderes nas várias sociedades.

Com este artigo busca-se compreender o direito de punir. Por escolha metódica, dois autores foram escolhidos para serem objetos de observação de seu pensamento: o italiano Cesare Beccaria e o brasileiro Tobias Barreto. Como a delimitação do objeto está no direito de punir na atual fase do direito brasileiro, os dois autores representam a construção da base do direito de punir à luz do pensamento iluminista e a construção do direito de punir no pensamento judicio brasileiro em sua gênese, respectivamente. Assim, o objetivo com este trabalho é observar o direito de punir, representado na decisão judicial brasileira, diante do pensamento de Beccaria e Tobias Barreto.

A necessidade de se embrenhar nessa pesquisa parte da inquietação de refletir sobre quais as observações que o pensamento do Marquês de Beccaria, principalmente em sua obra



*Dei Delitti e Delle Pene*, e do professor Barreto, basicamente em seus textos organizados na obra *Estudos de Direito*, tem a oferecer aos estudiosos do Direito diante dos fundamentos do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. Se a forma moderna de efetivação do direito de punir é a decisão judicial, quais elementos tal decisão não pode prescindir? O julgador precisa de elementos concretos e provas indubitáveis para punir ou sua simples convicção é suficiente? E ainda, que é o direito de punir?

Como meio de construção do trabalho, foi escolhido o método dialético para compreender o pensamento dos dois autores, confrontando posições intelectuais sobre o direito de punir e sobre decisão judicial na atualidade, entre eles e outros pensadores. O tipo de pesquisa será bibliográfica e documental, a partir da produção de vários observadores do Direito e de áreas afins.

Inicialmente será abordado o pensamento de Beccaria, posteriormente, o de Tobias Barreto e por fim a temática da decisão judicial como instrumento do direito de punir moderno. Não se busca aqui exaurir a interpretação do direito de punir para os dois autores em questão. Muito menos apontar verdades sobre o pensamento de cada um e tal direito de punição do Estado. Mas tentar refletir sobre as inquietações que impulsionou este trabalho, gerando, se possível, mais inquietações.

## Pensamento clássico do Direito Penal e o direito de punir para Beccaria: A pena como construção humana útil

Quando em 1764, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria<sup>4</sup>, publicou o livro *Dei Delitti e Dele Pene*<sup>5</sup>, o pensamento iluminista e conservador reagiram de imediato: de um lado o reconhecimento do texto como adequado às novas ideias do ser humano e às limitações do Estado soberano e, por outro lado, a crítica ao texto e suas acusações de traição ao principado e à igreja. Frei Angelo Fachinei foi um dos críticos imediatos de Beccaria, já quando da publicação *Dos Delitos e Das Penas*.

Dizia, o sacerdote italiano, que Beccaria não respeitava o Príncipe e seu livro era contrário à religião (CRETELLA JR; CRETELLA, 1999), realizando, inclusive, o autor da obra uma resposta incluindo texto anterior à introdução prevista na primeira publicação sobre quem deve ler o livro. Já o pensamento iluminista reconheceu Beccaria como um dos seus<sup>6</sup>, tornando referência desta corrente no chamado iluminismo penal e, posteriormente, na Escola Clássica do Direito Penal. A obra de Beccaria difundiu-se pela Europa. Várias edições foram publicadas na

---

4 Região do norte da Itália.

5 Na tradução para o português o título seria *Dos Delitos e Das Penas*.

6 Bobbio descreve o reconhecimento de Beccaria por Voltaire: “Sabe-se que o livro de Beccaria teve estrepitoso sucesso. Basta pensar na acolhida que lhe deu Voltaire: grande parte da fama do livro de Beccaria se deve sobretudo ao fato de que foi acolhido favoravelmente por Voltaire. Beccaria era um ilustre desconhecido, ao passo que na pátria das luzes, que era a França, Voltaire era Voltaire. Sabe-se também que, por influência do debate sobre a pena de morte que teve lugar naqueles anos, foi emanada a primeira lei penal que aboliu a pena de morte: a lei toscana de 1786, que no § 51, depois de uma série de considerações” (BOBBIO, 2004, p. 69).

Itália e noutros países. Em 1807, com a publicação em Brescia (Itália), a obra já tinha 30 edições e traduções para sete idiomas (LUISI, 2013, p. 236).

O livro *Dos Delitos e Das Penas* surge numa sociedade de principado, constituída de um sistema inquisitivo de persecução penal, não fundamentado em leis, mas na vontade do soberano membro da nobreza. Beccaria apresenta já em seu início a sua posição em favor do Contrato Social (pensamento de Lock, Hobbes e Helvetius) e da natureza da lei advinda da criação humana, além da crítica pela necessidade de uma nova política criminal, combatendo a crueldade das penas e a irregularidade dos processos (BECCARIA, 1973, p. 5-6).

A concepção de Beccaria para a natureza da lei é de fruto da vontade humana. Apesar de reconhecer que o soberano é o legítimo depositário e administrador de uma nação, ele advoga a ideia do sacrifício da sociedade pelos interesses da maioria (BECCARIA, 1999, p. 27). Para ele as pessoas independentes e isoladas se uniram, abrindo mão de sua plena liberdade para viver em sociedade. Apesar de seguir o pensamento hobbesiano, Beccaria entende que os homens abriam mão de parte de sua liberdade pelo convívio coletivo e não todos seus direitos naturais. Esta posição de direitos parcialmente sacrificados é comunicada com o pensamento de Jonh Locke, discordando o Marquês de Beccaria deste, quanto aos direitos não tutelados no contrato social. Para Beccaria, o valor de sua jurisdicionalidade se encontra na pessoa humana, valor primeiro da ordem jurídica e não da transação do pacto social (LUISI, 2013. p. 240).

Beccaria ao fazer reflexão sobre o direito de punir questiona quais os fundamentos do direito de punir do soberano. Para ele a lei e a pena devem ser necessárias e úteis para gerar efeitos nos fatos sociais, evitando mais crimes. O coração humano deve ser

alcançado e atingiremos os principais fundamentos do direito de punir do soberano (BECCARIA, 1973, p. 8). Portanto, a posição de Cesare Beccaria sobre o direito de punir é fundamentada na lei fruto da criação humana e que é útil e necessária à sociedade, prevenindo crimes, não adotando, assim, a tese da pena justa ou injusta.

Sobre os fins da pena, é clara a posição utilitarista no pensamento de Beccaria. Para ele a pena deve ser útil, pois as simples paixões são inúteis crueldades. Explica em sua obra que “o fim da pena, pois não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido [...] é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos demover os outros a agir desse modo” (BECCARIA, 1999, p. 52)<sup>7</sup>. A tese de pena útil para a sociedade é influência do utilitarismo de Helvetius sobre o Marquês, e sua teoria do sensualismo materialista. Nas reflexões de *Dos Delitos e Das Penas* sobre a tortura, a pena de morte e sobre as medidas penais necessárias, ficam evidentes a influência deste filósofo sobre o autor, explica Luis Luisi (2013, p. 241).

Aponta Beccaria em sua obra pelo menos quatro consequências deste pensamento iluminista penal sobre a natureza da lei: primeira, a pena só poderá existir mediante lei penal, criada de um corpo de legisladores; segunda consequência seria a necessidade de uma terceira pessoa para julgar os delitos, no caso o magistrado; terceira consequência seria a pena útil para impedir a realização de novos delitos e, por última, a autoridade de se

---

7 Beccaria ainda aponta a utilidade quando diz que: “o prêmio e o castigo, a distribuição inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se a pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem” (BECCARIA, 1999, p. 39).

interpretar as leis penais seria obrigação dos legisladores e não dos julgadores. Beccaria aponta a preocupação, já no pensamento iluminista, sobre a decisão judicial e os limites do poder de interpretar e julgar na perspectiva do Direito.

A interpretação das leis, juntamente com a finalidade da pena, constituem elementos centrais da obra de Beccaria. Pergunta o pensador: “Quem será então o legítimo interprete da lei?” (BECCARIA, 1999, p. 33). Esta preocupação se estende até a atualidade, quando o limite da decisão judicial não é bem estabelecido e os juízes e tribunais decidem de acordo, ou não, com as normas constitucionais e legais ou suas próprias convicções. A decisão judicial e a condução do processo foi alvo de preocupação no pensamento de Beccaria, quanto aos meios empregados (tortura, publicidade das provas, acusação etc.), limites da atuação da persecução penal e com a situação das partes mediante a condução do processo, muitas vezes vítimas da decisão judicial. Aponta o referido autor:

Assim, vemos a sorte de um cidadão mudar várias vezes, ao passar por diversos tribunais e vemos a vida dos miseráveis ser vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz, o qual tomou como legítima interpretação o vago resultado de toda uma série confusa de noções, que lhe agitam a mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações (BECCARIA, 1999, p. 33-34).

Beccaria traz em seu pensamento a preocupação com a interpretação e aplicação da lei penal. Para ele o papel do legislador já era preocupante numa sociedade não democrática e republicana de sua época, mais ainda dos intérpretes da lei. Não se pode considerar Cesare Beccaria um jurista dogmático do direito penal do século XVIII, muito menos reconhecê-lo como um filósofo do Direito em sua época, mas importa refletir, como faz Luis Luisi (2013, p. 236-237), que ele apontou reflexões sobre bases futuras do Direito e do direito de punir.

A utilidade dos delitos e das penas tem como ponto relevante do debate na obra de Beccaria, no capítulo XXVIII, dedicado à pena de morte. Apresenta reflexões se a pena de morte torna pessoas melhores e ainda questiona qual o direito que uma pessoa tem para matar outro semelhante. Para ele a pena de morte não é um direito, mas é a guerra da nação contra o cidadão, que ela julga útil e necessária (BECARRIA, 1999, p. 90). Cabe destacar que a crítica que Beccaria faz à pena de morte advém de sua compreensão de inutilidade da mesma, mesmo apontando que ela deveria existir se fosse útil para impedir delitos futuros. O pensamento iluminista influencia o pensamento beccariano, pois a fundamentação humana da lei é um dos pontos fortes de seu pensamento. Para Beccaria, a lei deve atingir o coração do ser humano, sua essência. A extensão da pena é mais profunda e útil que o grau intenso de sua gravidade, conforme ensina em sua obra:

Não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim sua extensão, pois a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas efêmero (BECCARIA, 1999, p. 91).

A espetacularização da pena também foi alvo de críticas de Beccaria. Para ele a pena de morte é um misto de compaixão e desdém (BECCARIA, 1999, 92). Desnecessária e longe de seus propósitos finais. O tema da pena como espetáculo sempre foi ponto forte no pensamento moderno. A influência do penalista italiano influenciou escolas criminológicas abolicionistas e teóricos da filosofia do Direito que se posicionaram contra a pena de morte, tendo como base fundamental deste pensamento a ausência de utilidade da pena e suas consequências a partir da decisão judicial.

A punição pública deixou aos poucos de existir e o espetáculo público foi se apresentando como agradável. Michel Foucault explica que os suplícios passaram a ser vistos de forma negativa, as cerimônias perderam a compreensão, sendo consideradas selvagens, e a execução pública como um estímulo à violência (FOUCAULT, 2014, p. 14). Citando Beccaria, Foucault diz que “o assassinato que nos é apresentado como crime horrível, vemos sendo cometido friamente, sem remorsos” (BECCARIA, apud FOUCAULT, 2014, p. 14).

Debatendo sobre a pena de morte, Norberto Bobbio reconhece a importância de Beccaria contra o pensamento secular. Ensina Bobbio que “é preciso dizer, desde já, que o ponto de partida usado por Beccaria em sua argumentação é a função exclusivamente intimidatória da pena” (BOBBIO, 2004, p. 68). Sobre essa intimidação que a pena apresenta, Beccaria desenvolve em seu pensamento o raciocínio de que quanto mais intensa a pena, mais efetiva, contrariamente ao grau de severidade que a mesma impõe. Em outras palavras, conforme compreende o autor, a pena será intimidatória de acordo com a certeza de sua efetividade e não do grau de gravidade dela. Essa posição do Marquês pode ser compreendida quando o mesmo afirma que “a

certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temos de outro mais severo, unido à esperança de impunidade, pois os males, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos” (Beccaria, 1999, p. 87).

Comentando sobre os males que atingem as pessoas, Beccaria também buscar examinar a relação da lei, pena e seus efeitos com a utilidade destas. Descrevendo o raciocínio de um ladrão ou assassino, cita o autor sobre o possível sentimento deste diante das leis e dos delitos: “Que leis são essas que devo respeitar e que põem tão grande distância entre minha pessoa e a do rico? Ele me nega o centavo que lhe peço e se desculpa, mandando-me trabalhar, fazendo o que ele mesmo não sabe fazer” (BECCARIA, 1999, p. 93-94). Neste momento, Beccaria apresenta sua preocupação com a humanidade da pena, também relacionada com as condições sociais de sua época.

A humanidade das pessoas e sua relação com a lei e a pena, contrariamente a coisificação da pessoa humana, é um dos fundamentos do direito de punir em Cesare Beccaria. No capítulo que trata da violência, Beccaria defende que “não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*” (BECCARIA, 1999, p. 73). Luis Luisi aponta que a “inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, e na ilegitimidade de seu uso, como meio e coisa, é, portanto, que se esteiam as concepções penais de Beccaria” (LUIZI, 2013, p. 243). A concepção humana do ser humano, com direito e deveres, negada e não reconhecida no sistema inquisitivo de persecução penal, passa à categoria de dogma central do pensamento iluminista, com prevalência da dignidade da pessoa humana e limitação do



Estado perante o indivíduo, estas como bases do sistema acusatório democrático de persecução penal atual<sup>8</sup>.

Márcio Bartel incube três teses ao pensamento de Beccaria. A primeira tese é a de que *Dos Delitos e Das Penas* foi uma obra propulsora do pensamento filosófico-iluminista num ambiente hostil aos direitos e garantias, como o direito penal e processual penal de sua época. A segunda tese é a igualdade dos criminosos e das penas para todos os cidadãos, no conteúdo da obra. Essa tese corrobora a ideia de legalidade e clareza na construção dos delitos pela lei, como também, na produção de provas pelo acusador e julgador. Esta última, como a terceira das principais teses da obra, a construção de provas sem torturas ou outros meios cruéis (BARTEL, 2014, p. 8).

Sem dúvidas, a contribuição do escrito *Dos Delitos e Das Penas* para o pensamento penal iluminista do século XVIII e para a construção do direito penal e processual penal moderno é imensa. Destaque-se, contudo, que Beccaria não é um filósofo do Direito, muito menos a principal referência do pensamento iluminista de sua época, mas o sucesso de suas observações influenciou a construção da base humanística do direito moderno constitucional e internacional como se observa hoje.

A pena útil é ponto central na obra *Dos Delitos e Das penas*. Beccaria critica as falsas ideias de utilidade sobre lei em sua época. Diferencia entre o perigo dos homens sociais, para ele maior que

---

8 Explica ainda Luis Luisi: “Também todos os princípios inovadores enunciados por BECCARIA se enraízam no dogma moral da dignidade ímpar da pessoa humana. “*O nullum crimen sine lege*”, a pena compreendida como “punitur, no pecetur”, a suavidade das penas, e principalmente a afirmação clara do “Estado de Direito” em oposição ao império do arbítrio, são decorrências fundamentais de uma concepção da valia especial da pessoa” (LUI SI, 2013, p. 244).

o perigo dos homens selvagens, pois estes só prejudicam terceiros por necessidade (BECCARIA, 1999, p. 127). A utilidade dos delitos, para o pensador italiano, deve ser voltada para a prevenção dos mesmos. Ensinou ele que “melhor prevenir os crimes que puni-los” (BECCARIA, 1999, p.128), numa clara defesa, já em seu tempo, da tese da função da pena como preventiva das condutas delituosas, além de útil.

Aponta o penalista italiano, ao concluir *Dos Delitos e Das Penas*, que a pena e a lei deverá ser pública, rápida, necessária, mínima, proporcional e editada por lei (BECCARIA, 1999, p. 139). Esta posição constitui a base do direito penal e processual moderno, buscando garantir os limites do Estado com o cidadão.

### **Escola do Recife do Direito e Direito de Punir segundo Tobias Barreto: Construção Tupiniquim da Teoria do Direito**

Tobias Barreto de Meneses (1839-1889), estudante e professor da Escola do Recife de Direito, sempre foi um misto de poeta e observador das ciências, que influenciou e influencia gerações que estudam as ciências jurídicas. Natural de Sergipe, desenvolveu leituras sobre a filosofia alemã e ajudou a construir o pensamento jurídico brasileiro no século XIX, tendo sido reconhecido como o primeiro filósofo do Direito brasileiro e o pai do culturalismo brasileiro. Clóvis Beviláqua, contemporâneo de Tobias, mas na condição de estudante de Direito do Recife, descreve o mesmo afirmando:

O que, porém, mais teria a vista de quem o contemplava na cátedra escolar, e, principalmente, na tribuna popular, eram a

mobilidade extrema da fisionomia, o modo estranho por que lhe giravam os olhos nas órbitas, e as várias contorções em que se lhe contraíam os músculos faciais enquanto orava (BILÁCQUA apud MENEZES, 1982, p. 56).

Tobias Barreto desenvolveu importante obra com o seu pensamento. Autodidata em alemão, estudou os filósofos clássicos alemães como também o pensamento francês de sua época. Sylvio Romero, que foi amigo de Tobias e contemporâneo discente na Escola do Recife, organizou parte da produção deste autor numa publicação póstuma intitulada *Estudos de Direito* e disse que “o poeta, jurista e pensador sergipano, como se vê, não escreveu demais, nem de menos” (BARRETO, 2004, p. VI)<sup>9</sup>, na apresentação da publicação de 1892, denominada *Por Que Estou à Frente Desta Publicação*.

Crítico da metafísica, principalmente na perspectiva da Filosofia do Direito, Tobias Barreto entendia o estudioso do Direito como um homem da sociedade, membro de uma sociedade (BARRETO, 2004, p. 15). Para ele a construção da mente humana, seus órgãos nervosos, a moral, a religião etc., são produtos sociais (BARRETO, 2004, p. 18). No seu trabalho sobre os fundamentos do direito de punir, Barreto critica os pensadores metafísicos, chamando-os de pessoas que possuem o dom de tornar coisas simples desse mundo em coisas incompreensíveis. Criticando Kant, reconhece a força ainda presente da

---

9 Sylvio Romero explica, na apresentação da publicação, a sua relação com Tobias Barreto, além da autorização da família deste para acesso a toda produção intelectual do jurista presente na obra.

metafísica na compreensão filosófica do conhecimento em sua época, defendendo que ela ainda não está acabada, mas pertence a vários momentos cíclicos do pensamento humano, de ideias que reaparecem como se fossem novidade (BARRETO, 2004, p. 162).

Tobias Barreto também teceu críticas à Sociologia de seu tempo. Indagava a sociologia quando ao objeto de estudo, que ela deveria não somente se apegar ao método, mas ao objeto a ser observado. O acaso não traria respostas científicas. O direito é fruto da cultura humana e não da metafísica anterior ao ser humano (BARRETO, 2004, p. 24). Tobias apontava o Direito como fruto da cultura humana. E cultura, nesse sentido, é um processo de desenvolvimento da humanidade, antítese da natureza, antítese da metafísica. “Não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito” (BARRETO, 2004, p. 36), afirmou Tobias. Convicto crítico da metafísica e do direito natural, reinante no Brasil do século XIX, também entendia que “o direito é um sistema de regras” (BARRETO, 2004, p. 38).

Ainda no seu trabalho intitulado Fundamento do Direito de punir, Tobias Barreto Apresenta que tal direito possui fundamento científico, como uma fórmula algébrica (BARRETO, 2004, p. 164) e mais adiante, defende que a pena possui um fundamento político. O fundamento da pena é o mesmo da guerra, possui natureza política (BARRETO, 2004, p. 177). Nesse ponto, Tobias critica os pensadores que acreditam que a pena é consequência do delito, portanto, possuindo natureza jurídica. Parte da Teoria Geral da pena moderna debate quais os fins da pena, dividindo-se esses entre fins retributivos, preventivos, ressocializadores e outros. Tobias manteve posição clara que a pena busca a vingança, o castigo: a *vindicta*.

Tobias inicia suas reflexões sobre o direito de punir apresentando duas interrogações: 1) há ações perturbadoras da ordem social e o ser humano realmente pode cometê-las? 2) há medida repressivas contras tais ações? Sem dúvidas, reconhece o autor, é inegável que existem ações que abalam o Direito e nesse ponto ele tece crítica a corrente teórica do crime-doença positivista italiana, capitaneada mundialmente por Cesare Lombroso, apontando que transformar a pena em apêndice do hospital “reclamando para o delinquente, em vez da pena o remédio, não pode criar raízes no terreno das soluções aceitáveis” (BARRETO, 2004, p. 165). Cabe lembrar, que no ano da publicação da obra de Tobias o pensamento teórico dominante em terras europeias e brasileiras em matéria penal e criminológica era a Escola Positivista italiana<sup>10</sup>. Mesmo não concordando com o pensamento lombrosiano, Tobias não deixou de destacar a importância de tal escola para o mundo científico, como também para o combate à metafísica. Explica Sérgio Salomão Shecaira:

Tobias Barreto, por exemplo, examinou o homem delinquente no livro *Menores e Louco em direito penal*, cuja primeira edição é de 1984. Embora o e mestre de Recife não tenha aderido às ideias de Lombroso, não deixa de aplaudir o golpe que o professor

---

10 Explica Sérgio Salomão Shecaira: “As ideias de Lombroso repercutem muito rapidamente no Brasil. No estado do Rio Grande do Sul, o respeitado médico Sebastião Leão, propõe ao Chefe de Polícia, Borges de Medeiros, a criação de uma “oficina de identificação” que poderia fazer os primeiros estudos antropométricos [...] Outro importante autor brasileiro com influência da Escola Positivista foi Raimundo Nina Rodrigues. Sua principal obra, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, publicada em 1984, mereceu um longo artigo de Lombroso e Bruni” (SHECAIRA, 2013. P. 97-98).

de Turim dá nos criminalistas metafísicos, como Carrara. Embora tenha vaticinado o positivismo italiano, não deixa de considerar importante tal contribuição e, mesmo, adotar algumas de suas ideias, apesar de sua concepção humanista (SHECAIRA, 2013, p. 95).

Contraopondo a posição da Escola Positivista italiana, Barreto acreditava no direito de punir como algo necessário à sociedade e não como uma doença do ser humano. Como produto da humanidade, nas suas relações sistemáticas sociais. Como parte do Direito, o direito de punir possui princípios e tais princípios também são históricos (BARRETO, 2004, p. 166). Apesar de não seguir o campo da teoria historicista, Tobias compreendia o direito como desenvolvimento também histórico do ser humano, como produto deste.

Outro ponto central no pensamento de Barreto sobre o direito de punir é a relação do delito e a *vindicta*. Para ele tal relação se acha fundamentado nas relações religiosas de castigo dos deuses com os seres humanos. Diz o autor que “a expiação, aumenta o lado social e político da *vindicta*, que permanece ainda hoje como predicado indispensável para a definição da pena” (BARRETO, 2004, p. 172). A relação de expiação, castigo e vingança é mútua entre deuses e seres humanos no início. A *vindicta* coloca Tobias na linha teórica de defender a pena como retribuição ao delito pela sociedade, por isso a posição de pena como necessária e política nas relações sociais. Ensina o autor:

A mais alta expressão da *vindicta* é o talião, que firma-se na ideia da conservação do equilíbrio physiologico no organismo dos

povos, e que devendo ter aparecido bem antes da formação dos estados, nas pequenas *politeias* ou sociedades rudimentares, ainda nos tempos hodiernos, a despeito de todo progresso cultural, conserva um resto de sua força primitiva na consciência popular. É assim que vê-se o filho orphão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvei a, em ocasião opportuna, ao peito do assassino (BARRETO, 2003, p. 139).

Dessa forma, compreender o pensamento de Tobias é a sociedade que cria e criminaliza as condutas, na busca de castigar as ações que causam danam as relações sociais. A pena e a punição é a legitima defesa que a sociedade exerce perante o delinquente (BARRETO, 2004. p. 176). Tobias Barreto ainda critica a ideia de utilitarismo e justiça moral, defendido por juristas penalistas, afirma que:

A combinação binária de *justiça moral* com a *utilidade social*, que se costuma dar como uma solução satisfatória do problema da penalidade, eu deixo aos metachimicos do direito, que conhecem perfeitamente a natureza d'aquelles dous saes e as proporções exactas, em que elles devem ser combinados, a tarefa de explica-la e demonstra-la perante os seus discípulos, dignos de melhores mestres (BARRETO, 2004, p. 176).

Por isso Tobias Barreto advoga a tese da pena como conceito político e não jurídico. Assim, o mestre do Recife, ensina que o direito penal positivo atravessa regularmente três estados: primeiro, da *vindicta* privada, da expiação; segundo, a *compositio*, a mudança da vingança para a pena pecuniária e, posteriormente, a punição pública, tendo carácter social o direito de punir. A *vindicta* privada, por mais que deixou de ser da vingança da autotutela, ainda tem resquícios nos ordenamentos penais modernos, principalmente quanto à titularidade das ações penais, que podem ser por uma autoridade pública ou de forma privada pela vítima do fato delituoso, como funciona no processo penal brasileiro.

Neste ponto, o pensamento de Tobias Barreto não se coaduna com o de Beccaria quando a função da pena. Tobias acredita que a pena seja a busca do castigo, da vingança estatal sobre o acusado. Já Beccaria, iluminista, acreditava na pena como útil a sociedade, principalmente na prevenção dos delitos. Ambos concordam que a pena, como a lei, são produtos da criação humana, refutando o direito natural, distanciando pouco a pouco dos fundamentos morais da aplicação penal.

## **Convencimento provado e possível convicção da decisão judicial: paradoxos do direito de punir**

A atual fase do Direito ocidental moderno, mais especificamente do Direito penal e Direito processual penal passa por um período de polêmicas e observações. Ao observar o comportamento destes ramos do Direito em relações às ações sociais, o cientista irá problematizar quais as consequências da decisão dos juízes e dos tribunais, qual o fundamento dessas decisões e quais os limites desse direito de punir.



A modernidade reserva ao Estado o *jus puniendi*, o direito de punir exclusivo do Estado. Desde os primeiros documentos da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, algumas garantias já se encontravam previstas limitando a atuação do Estado. Entre elas se encontra a publicidade dos atos, a divisão entre acusador e julgador e a presunção de inocência.

A presunção de inocência é considerada como o principal princípio do processo penal moderno. Ela garante a limitação da atuação estatal na investigação, acusação e julgamento dos acusados. A *Déclaration française des Droits de L'Homme et du Citoyen*, de 1789, um dos marcos histórico, político e jurídico da modernidade e dos direitos humanos, apontou no seu artigo 9º, a presunção de inocência: Art. 9. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei<sup>11</sup>. O povo francês, precursor do pensamento moderno, positivava em sua declaração a necessidade de preservar a inocência do acusado até sua condenação, como um direito natural, inalienável e sagrado do homem (ALVES; LEITE, 2015, p. 71). A Constituição brasileira também reconhece a presunção de inocência em texto, determinando que toda pessoa será considerada inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória (Art. 5º, LVII).

Na verdade, a presunção de inocência busca garantir a humanização da condução da acusação ao indivíduo perante o Estado e pelo Estado. A pena sempre foi causadora de dor. A

---

11 Texto original: Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Idade Média já tinha começado a reagir aos espetáculos degradantes e anti-humanitários de torturas e suplícios. A influência do pensamento judaico-cristão, por mais que este mesmo pensamento foi promotor de perseguições e abusos durante a inquisição, e a influência da gênese do pensamento iluminista e renascentista iniciou mudanças em torno da pena. Explica Michel Foucault:

É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco; o suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”. (...) Como se o poder soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a ver “correr o sangue”, o povo aprende rápido que “só pode se vingar com sangue”. Nessas cerimônias que são objetos de tantas investidas adversas, percebem o choque e a desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado (FOUCAULT, 2014, p. 63).

A diferenciação entre acusar e julgar é uma invenção moderna. As formas de investigação mudaram com o tempo, passando de simples juramentos aos deuses para construções probatórias por

meio de inquéritos. O inquérito moderno possui garantias ao indivíduo acusado (FOUCAULT, 2003). A distinção entre acusar e julgar é uma garantia do sistema acusatório moderno.

A publicidade dos atos processuais também compõe o *hall* de princípios e garantias de invenção moderna. Os documentos constitucionais, incluída a Constituição brasileira, garante a publicidade dos atos processuais, principalmente na construção probatória. A prova é o núcleo central do processo penal (LOPES JR., 2015). A decisão judicial moderna depende diretamente da prova para sua concretude, apesar de não seguir sempre está regra.

Um problema surge: a decisão do julgador deve ter como base o convencimento do julgador por meio de provas concretas ou a convicção do julgador por elementos probatórios é suficiente? Uma observação complexa, repleta de hermenêutica é necessária ao problema.

É famosa a frase de Eduardo Couture, incluída nos seus 10 Mandamentos do Advogado, que diz para lutar, pois o dever do advogado é lutar pelo Direito, mas quando o advogado encontrar o Direito em conflito com a justiça, lute pela justiça<sup>12</sup>. No entanto, faz-se necessário questionar sobre esta justiça, qual justiça será aplicada? A do advogado ou do julgador? A justiça do advogado não seria a mesma do acusado, do réu? A justiça do julgador não seria um perigo para a efetividade dos direitos fundamentais previstos no Direito? Certamente o julgador, como também o advogado deve lutar pelo Direito.

---

12 O texto original de Eduardo Couture intitulado *Los 10 mandamientos del Abogado*, diz: “*Lucha. Tu deber es luchar por el derecho: pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia*”. Disponível em: <https://www.fder.edu.uy/node/20>. Acessado em: 09 dez 2018.

O Direito de punir, que no Estado brasileiro tem fundamento no monopólio estatal para tal fim, possui respaldo constitucional na fundamentação das decisões judiciais e do convencimento do julgador mediante provas. Para a devida pena no Direito brasileiro é necessário convencer o juiz do fato acusado, ônus da prova da acusação, conforme direito internacional. A recíproca também se faz verdadeira, pois o julgador somente poderá condenar por uma pena, convencido e demonstrar tal convencimento em construção probatória. Sendo assim, deduz-se, facilmente, que o julgador somente poderá aplicar a pena, o direito de punir que o *jus puniendi* lhe garante competência, com respaldo probatório indubitável, quando o mesmo se convence e convence a todos que não existem dúvidas para tal decisão.

Mas há que recordar que: o direito é um sistema de linguagem e como tal está ligado às consequências da interpretação dos seus interpretes. A interpretação produz linguagem, limitando-a ou expandindo-a, pois só a linguagem limita a linguagem (SILVA, 2012, p. 306). O interprete observa a linguagem da norma, ele é observador. O acusador, o defensor, o julgador e a sociedade observam o fato e o Direito, esperando a decisão judicial.

O observador produz ciência, produz a linguagem do Direito. Para o Direito, a decisão judicial constrói a verdade do Direito e para o Direito. Como ensinou Heinz Von Foerster, “nas ciências, a verdade é a construção de um grande mentiroso” (VON FOERSTER, 1994, p. 288-289). Ao decidir, o julgador cria sua verdade e poderá criar sua justiça. Contudo, sua tarefa precípua é interpretar o Direito ao caso concreto e não sua justiça.

A interpretação e aplicação da decisão judicial conforme seus conceitos de justiça ou verdade, pelo julgador, gera o risco de divisionismos ou ativismos judiciais prejudiciais ao Direito e à sociedade. O risco de erro e prejuízo na decisão judicial aumenta

com estes critérios pessoais do julgador ou tribunal, na maioria das vezes não mais sanáveis em matéria de direito de punir.

A preocupação sobre os procedimentos de construção probatória, construção dos limites do Estado na atuação judicial, aplicação da pena, publicidade dos atos, prazos prescricionais entre outras preocupações do pensamento de Beccaria, estão ligados ao risco do exercício estatal do direito de punir.

Apesar de não tratar diretamente da temática da decisão judicial, Tobias Barreto sempre foi um crítico do ensino jurídico e da atuação dos juristas no Brasil. Em discurso pronunciado numa colação de grau em 1883, na Faculdade de Direito do Recife, o professor apelou para a necessidade de se construir uma ciência jurídica, dizia ele “da necessidade de tomar outros caminhos. Para isto é mister estudar, como para isto também é mister ensinar... Novo sistema de estudos, novo sistema de ensino” (BARRETO, 2009, p. 445). Mais a frente complementa na defesa da ciência na prática jurídica alertando para que os formandos não fossem “um povo de chicanistas, fazedores de petição, sem ciência, sem ideal” (BARRETO, 2009, p. 446).

Tobias clamava por uma linguagem do Direito de forma científica, concreta. Confrontando este discurso com suas teses sobre o direito de punir, pode-se concluir que a responsabilidade e a segurança da punição pública, relacionada com a sociedade, devem possuir elementos concretos e determinados por lei, referente à atuação da decisão judicial. Para devidamente limitar a atuação da decisão judicial. O risco do erro no caminho da persecução penal, da investigação inicial até a punição, é maior conforme a ausência de limitações da decisão judicial. Vários processos, várias linguagens, várias verdades aparecer na condução do procedimento em busca da

reconstrução do fato e na interpretação e aplicação do Direito. Destaca Michel Foucault:

O juiz de nossos dias – magistrado ou jurado – faz outra coisa, bem diferente de “julgar”. E ele não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelas se multiplicaram em torno do julgamento principal: perito psiquiátrico ou psicólogos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar (FOUCAULT, 2014, p. 25).

Durante todo o trâmite de atuação do Estado, o risco processual possui relação com as argumentações do julgador e das partes envolvidas. O julgador utilizará os argumentos mais plausíveis e convincentes na sua decisão, as partes também. “Decidir é uma forma de agir e a deliberação de quem precede decidir é parte constitutiva da própria decisão” (FEITOSA; FREITAS; BASTOS, 2012, p. 18). O problema surge quando o julgador decide em desacordo com a lei, decide algo não conhecido pelo próprio Direito, decide fundamentando em argumentos sem fundamentos jurídicos, decide com apenas convicções pessoais e não mediante um convencimento atestado com provas, decide com forte apego emocional ou político, ultrapassando os limites que a linguagem da norma jurídica impõe ao direito estatal de punir.

## Considerações Finais

O trabalho até aqui observado abordou o direito de punir para dois dos mais influentes autores do Direito moderno, especificamente brasileiro: Beccaria e Tobias Barreto. Abordar o direito de punir implica a tratar da aplicabilidade da decisão judicial como instrumento de aplicação da pena.

Foram vistas as reflexões de Cesare Beccaria acerca do direito de punir. Este autor compreende o delito como produção da lei, que por sua vez deve ser proveniente do legislador. O delito e a pena para ele devem ser úteis e necessários. A utilidade da pena vai gerar influência nas relações sociais dos seus membros, influenciando as condutas futuras. Assim, a pena serve para prevenir os delitos. Sem tal prevenção ela é inútil, como demonstra seu pensamento sobre a pena de morte.

Beccaria Também desenvolve raciocínio sobre a gravidade da pena e sua efetivação. Diz o autor que a certeza da pena impõe utilidade e eficácia na decisão do indivíduo. AS penas espetáculos também foram al de críticas de Beccaria, que sefendeu a humanização do direito penal e combateu a coisificação da pessoa humana pelo Direito, por meio de instrumentos claros e públicos ao processo, fundamentais no Direito Moderno atual.

O brasileiro Tobias Barreto também apresentou vasta contribuição à Teoria do Direito, especialmente o brasileiro. Entendia o Direito como produto da cultura humana e combateu fervorosamente a metafísica nas ciências, principalmente do Direito. Defensor da educação e da construção do ensino jurídico no Brasil defendeu o fortalecimento das ciências jurídicas pela produção científica e crítica ao pensamento de sua época. Entendendo que o direito de punir é a *vindicta* do Estado perante o indivíduo, não se alinhou a tese da pena como ressocializadora

do indivíduo, mas como forma de castigo pelo delito cometido. Tais contribuições favoreceram o desenvolvimento das ciências jurídicas na recém República brasileira.

Dessa forma os dois autores contribuíram com a formação do direito de punir moderno e brasileiro, construindo a base jurídica dos limites do Estado e das garantias individuais constitucionais e legais atuais. Contudo, a decisão judicial atual precisa do desenvolvimento das ciências para entender os limites que a interpretação do aplicador do Direito possui.

## Referência

ALVES, Clarissa Cecília Ferreira; LEITE, Tiago Medeiros. Presunção de inocência no Brasil: reflexões sobre o caso da prisão dos acusados de latrocínio contra um policial em Patos /PB à luz da justiça de transição. *In: Processo penal e constituição*. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor Eduardo Araruna Santiago. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 65-82. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/b37Noec5f78LJMB0.pdf>. Acessado em: 08 dez 2018.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. **Menores e loucos em direito penal**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.



BARTEL, Márcio Renato. **A influência do iluminismo sobre Beccaria e sua reflexão sobre a pena de morte.** Juiz de Fora: Revista Estação Científica, nº 12, julho, dezembro, 2014, p. 1-14.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Dele Pene.** Milano: Letteratura Italiana Einaudi, 1973.

\_\_\_\_\_. **Dos delitos e das penas.** Trad. J. Cretella Jr; Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CRETELLA JR, J.; CRETELLA, Agnes. Nota do tradutor número 1. *In*: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. J. Cretella Jr; Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; BASTOS, Ronaldo. **Marxismo, direito e realismo: a trajetória de duas pesquisas confluentes.** FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (Orgs.). **Marxismo, realismo e direitos humanos.** João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento das prisões.** Trad. Raquel Ramallete. São Paulo: Editora Vozes Ltda., 2014.

LOPES, JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2015.

LUIZI, Luis. Sobre Cesare Beccaria. Porto Alegre: Revista do IBF Rio Grande do Sul, 2013, p. 236-345. Disponível em: file:///C:/Users/Tiago%20Leite/Desktop/66472-Texto%20do%20artigo-87859-1-10-20131125.pdf. Acessado em: 03 dez 2018.

MENEZES, Djacir. **A influencia de Tobias Barreto na conceituação filosófica do direito de Clóvis Bevilácqua**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Políticas, mai/ago de 1982, p. 56-62. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/60092/58417>. Acessado em: 06 dez 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Artur Stamford da. Decisão jurídica na sociedade como sistema de comunicação. O caso da “igualdade” no STF. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (Orgs.). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

VON FOERSTER, Heinz. **Wissen und Gewissen**. In: SCHMIDT, Siegfried J. (Org.). Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.

### **Sobre o livro**

<b>Projeto Gráfico e Editoração</b>	Leonardo Araujo
<b>Design da Capa</b>	Erick Ferreira Cabral
<b>Formato</b>	15 x 21 cm
<b>Mancha Gráfica</b>	10,5 x 16,5 cm
<b>Tipologia utilizada</b>	Garamond 12 pt

